A pag. 317.

INSTITUIÇÕES

DE

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ,

POR

M. A. Coelho da Rocha,

Lente da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, e Vogal Ordinario do Conselho Superior de Instrucção Publica:

PARA USO DOS SEUS DISCIPULOS.

TERCEIRA EDIÇÃO.

TOMO II.

COIMBRA,

NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1852.

LIVRO SEGUNDO.

DOS DIREITOS DAS COUSAS

Razão de ordem

§. 400. SEgue-se tractar dos direitos considerados com relação ao objecto, sobre que versam, as *Cousas* (§ 47) Debaixo deste ponto de vista tractaremos principalmente dos direitos, que se exercem sobre o uso, disposição e posse de uma cousa, os quaes os JCtos romanos enumeravam nas differentes especies de *jus in re*, e que os modernos comprehendem na expressão geral de *propriedade:* accrescentando os *modos de os adquirir*, quando provém immediatamente da disposição da lei Subdividiremos este Livro em nove Secções

Na 1ª tractaremos *da propriedade em geral.*

Na 2ª *dos modos de a adquirir, em virtude do estado da cousa mesma*

Na 3ª *da posse e prescripção*

Na 4ª *da propriedade commum.*

Na 5ª tractaremos da primeira especie de propriedade limitada, os *vinculos*

Na 6ª *da emphyteuse*

Na 7ª *das servidões.*

Na 8ª *do usufructo*

Na 9.ª *do penhor e hypotheca.*

Reflectindo-se, facilmente se comprehenderá, que os direitos não podem ter por objecto, senão *cousas* ou *factos*. Neste Livro tractamos da primeira especie, dos que se exercem sobre as cousas e estes mesmos não os consideraremos em quanto a adquisição, senão quando esta provem da disposição immediata

da lei, porque se provém de algum *acto juridico*, pertence á doutrina do Livro terceiro.

SECÇÃO 1.ª

DA PROPRIEDADE EM GERAL.

Noção, e especies de propriedade.

§ 401. *Propriedade*, no sentido lato, diz-se tudo o que faz parte da nossa fortuna, ou patrimonio: tudo o que nos pertence, seja corporeo, ou incorporeo No sentido estricto diz-se *propriedade (dominium)* o direito de usar e dispor de uma cousa livremente, com exclusão de outros ¿O direito de propriedade contém, para assim dizer, um complexo de direitos parciaes, como o de dispor da cousa, de usar, de alienar, de a desfructar, de a possuir, e outros, os quaes se podem ainda decompor Quando estes direitos parciaes competem todos á mesma pessoa, diz-se que ella tem a *propriedade livre*, ou *perfeita (dominium plenum)*. Porém muitas vezes estes direitos acham-se, ou divididos por differentes pessoas, ou ao menos restrictos pelos direitos, que outrem exerce sobre a mesma cousa, e neste caso diz-se *propriedade dividida*, *limitada*, *imperfeita*, ou *gravada (dominium minus plenum)* Outras vezes a propriedade, quer livre, quer limitada, compete a muitas pessoas *pro indiviso*, e então diz-se *propriedade commum*. Estas differentes especies constituem a base da divisão das doutrinas deste Livro.

É da essencia do direito de propriedade ser livre e exclusivo no seu exercicio, ainda que em alguma relação seja modificado pelo direito, que outrem exerce sobre a mesma cousa. Assim o direito de propriedade do emphyteuta não deixa de ser tal, ainda que seja limitado pelos direitos do senhorio; porque o emphyteuta póde dispor exclusivamente do seu dominio util. Pelo contrario ninguem póde ter a propriedade do ar, ou das aguas de um rio publico, porque não póde excluir os outros do seu uso aquelle, que póde servir-se de um baldio, não tem a propriedade, senão depois que o aforou, porque só desde então póde excluir os outros, ainda que fique sujeito as clausulas do aforamento. *Duorum in solidum dominium esse non potest L* 5. §. 15. *D. commod.*

Nesta Secção recopilamos a parte das doutrinas relativas ao dominio, que se acham na *Inst. no tit. de rerum divisione, et adq. ear. dom.*, e no *Dig.* no tit. correspondente *de adq. rer. dom.*, accrescentando as do tit. *de reivindicat.*

Compete aqui mencionar a *propriedade literaria*, hoje reconhecida em todas as nações cultas a qual consiste no direito, que um auctor tem de obstar a que outrem publique pela imprensa, ou por outra qualquer maneira as suas obras, ou escriptos, sem o seu consentimento. Applica-se tambem ás cartas geographicas, composições de musica, gravuras, etc. Foi regulada na França por *Lei de* 5 *de Fev. de* 1810, e na Belgica por *Lei de* 25 *de Jan de* 1817, em virtude das quaes este direito compete aos herdeiros do auctor por vinte annos desde a morte deste. Modernamente na Austria por *Lei de* 19 *de Outubro de* 1846 foi mindamente regulado tudo o que diz respeito a esta especie de propriedade, e a pena de *contrafacção* contra aquelles, que a offenderem. Transmitte-se aos herdeiros até trinta annos desde a morte do auctor; e se a obra é anonyma, pseudonyma, ou posthuma, dura por trinta annos desde a publicação; e por cincoenta, se pertence a alguma Academia, Instituto, ou corporação O respeito á propriedade literaria em todos os Estados da Confederação Germanica foi estatuido por Decreto da Dieta Germanica *de* 19 *de Junh. de* 1845 Vej. *Revue de législation et de jurisprud. Janvier e Avril*, 1847

Entre nós tambem já foi esta propriedade reconhecida na *Lei de* 12 *de Dezembro de* 1844 *art.* 2. como transmissivel aos herdeiros, em quanto esta lei a isenta dos direitos de transmissão.

Da propriedade revogavel.

§. 402. A propriedade é de sua natureza *irrevogavel* ou *irresoluvel*, isto é, depois da cousa uma vez adquirida validamente, o proprietario não póde ser della privado, sem o seu consenti-

mento expresso, ou presumido. *L* 11. *D. de reg. jur.* Porém algumas vezes as leis permittem, que o proprietario anterior o venha despojar: e então a propriedade diz-se *revogavel*, ou *resolunel*. Isto póde acontecer de duas maneiras: 1° quando a revogação provém dos termos, ou clausulas do acto, por que a propriedade foi adquirida, como a clausula *de retro*, uma condição resolutiva, e então não só o antigo proprietario a póde reivindicar de qualquer terceiro, mas recebe-a livre dos encargos, que o segundo lhe impozesse, os quaes ficam sem effeito pela regra = *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* = *L. 3 D. quib mod pign. L. 105 de condit et demonstr.* 2° Quando depois sobreveio circumstancia, pela qual a lei permitte retirar a propriedade, como na revogação da doação por ingratidão: neste caso o antigo proprietario sómente a póde repetir do proprio, e não de terceiros, e subsistem os encargos nella impostos antes da resolução *L.* 9 e 10. *Cod. de revoc. donat.* (§. 53).

Direitos dos proprietarios.

§. 403 Como a propriedade suppõe um direito *exclusivo*, e em geral *illimitado*, segue-se, que o *proprietario* póde: 1.° alienar, dispor arbitrariamente da cousa, e suas pertenças, e até damnifical-a, e destruil-a, uma vez que não offenda os direitos de outrem, nem a disposição das leis, *L.* 21 *Cod mand*; 2° possuil-a por si ou por outrem, e empregal-a nos usos, que lhe parecer, ainda mesmo quando desse uso resulte prejuizo a terceiro, uma vez que não seja feito por acinte e emulação sem interesse algum proprio, *L.* 151. *D de reg. jur*, Lobão *Casas* §. 56. (§. 134.). 3° Póde excluir os outros do uso della,

ainda mesmo que desse uso lhe não resultasse prejuizo, *L* 16 *D. de servit praed. rust*; 4° perceber todos os fructos e interesses, 5° defendel-a pelos meios legaes. *L* 3. §. 7. *D de incend, ruin, naufr.*

Restricções legaes da propriedade: a) *em geral.*

§. 404. O direito de propriedade, ainda que seja um direito natural (§ 16), é muitas vezes restricto, não só pela vontade do homem, mas pelas leis civis, pois querendo o homem gozar das vantagens, que a sociedade lhe offerece para garantir o uso da propriedade; deve sujeitar-se tambem ás obrigações, que lhe impõe, *Cod da Pr. P. 1 tit 8 art. 29. e seq*, ainda que em duvida a presumpção está em favor da liberdade do proprietario. *Cit Cod art.* 23 Estas restricções legaes têm em vista o bem publico, bem que algumas vezes o seu fim immediato é favorecer alguma pessoa certa, e então podem ser alteradas por convenção Assim 1° o proprietario póde ser despojado, ou damnificado na sua propriedade, se o bem publico o exigir, com indemnização prévia, e conforme a determinação das leis, como para a abertura das estradas *C Const. art.* 145. §. 21, *L de 17 de Abr. de* 1838 2.° Os donos de edificios arruinados, que ameaçam perigo aos vizinhos ou passageiros, podem ser obrigados a reedifical os, ou demolil-os, até que cesse o perigo *L* 7. *c* 46 *D de damn inf* 3° Os proprietarios são sujeitos ás leis e regulamentos de policia, e especialmente os de bens de raiz aos regulamentos sobre reparos, construcção, alinhamento de edificios, tapumes e vallas, córte de arvores, e outros. *Cod Adm. art* 120.

b) *Em quanto aos encravados*

§. 405. O predio *encravado* póde ser expropriado pelo dono do predio, que o cérca, se já era encravado no anno de 1773, e não exceder o valor de reis 200$000, bem como o predio *contiguo*, unicamente no caso de ser preciso para evitar notavel deformidade em algum grande edificio ou propriedade murada consideravel. *Decr. de 17 de Julh. de* 1778 5.° As arvores sitas em terreno alheio podem ser expropriadas pelo dono deste. *L. de 9 de Julh de* 1773 §. 11.

A maior parte destas restricções pertencem ás servidões, de que tractaremos no logar competente

Da acção de reivindicação.

§. 406. Um dos principaes direitos inherentes e constitutivos da propriedade é o de poder-se repetir a cousa de qualquer possuidor, que indevidamente a detenha, usando para isso da *acção de reivindicação* Compete esta: 1.° á pessoa, que exerce, ao menos, algum dos direitos componentes da propriedade; e por conseguinte assim ao proprietario perfeito, como ao imperfeito, ou limitado, v. g., ao emphyteuta. ao usufructuario, ao administrador do vinculo. Voet *ad Pand. L* 6. *tit.* 1 *n.* 3. 2.° Com tanto que prove o seu direito de propriedade por meio de titulo legitimo; e por tal se conta a prescripção; e que este não seja elidido por outro igual do réo. *L.* 13. *pr.*, e *L* 17 *D de publ. in rem act.* 3.° Contra o possuidor, *a*) verdadeiro, *b*) ou que dolosamente deixou de possuir, *L.* 69. *D. de reivind*, *Ord. L.* 3 *tit* 86 § 16; 4.° ou contra aquelle, em nome de quem o réo declarou possuir. *L.* 2. *Cod ubi in rem. act.*, *Ord L.* 3 *tit.* 45. §. 10.

A propriedade é a principal especie de *jus in re*: este direito anda de tal maneira inherente á cousa, que constitue o seu objecto, que a acompanha, e passa para qualquer possuidor, ainda que da parte deste não tenha havido facto algum especial, por que se obrigasse. Por este character particular é que se diz que a *reivindicação* é uma acção *real*, e della se faz uma descripção tão circumstanciada, como se acha no *Dig.* no *tit. de reivind.* e nos codigos Allemães.

Seu objecto.

§. 407. Por esta acção o autor pede: 1.° a propria cousa com suas pertenças, *L.* 13 e 17. §. 1 *D. de reivind*; 2.° ou a sua estimação, se o réo dolosamente a alienou, *L.* 27. § 3. *eod*; excepto se, tendo sido alienada depois de intentada a acção, o autor quizer antes pedil-a ao novo possuidor, quando elle era sabedor do litigio, *cit. Ord. L.* 3 *tit* 86 § 16.; 3.° e os fructos, sendo o possuidor de má fé, *L.* 20. §. 6., e *L* 40. § 1. *D. de haered. petit.*; 4.° bem como as deteriorações, ou damnos. *L* 13 *D de reivind*, *Cod da Pr. P.* 1 *tit.* 7 *art.* 240. 5.° É obrigado a repor: *a*) as bemfeitorias *necessarias* sempre, excepto ao ladrão; *b*) as *uteis*, ao possuidor de boa fé: o de má fé póde levantal-as, se isso for possivel sem detrimento da cousa *L* 37. e 38 *eod c*) O possuidor de boa fé, por titulo gratuito, de cousa movel, furtada, deve restituil-a sem indemnização, *cit Cod da Pr tit.* 15 *art* 24; mas se a adquirio por titulo oneroso, póde repetir o embolso de tudo o que ella lhe custou. *Id art.* 26. Presume-se de má fé a adquisição daquelle, que comprou a cousa a pessoa suspeita, que não é de condição e estado, que tenha taes cousas, que nellas não costuma negociar;

— que não declara a pessoa, ou a maneira, por que a houve: mas não assim, se a comprou em feira, mercado, ou loja, onde taes cousas se costumam vender. *Id. artt.* 18, 19., 39. e 44.

O *Cod. da Austr. art.* 367. denega a acção de reivindicação contra o possuidor de boa fé de cousa movel, apenas concede ao antigo proprietario a acção de indemnização contra o que a desencaminhou. O *Cod Civ. Fr. art.* 2279. permitte reivindicar a cousa furtada, ou perdida, até tres annos. Se não foi furtada, *la possession vaut titre.*

Quando não tem logar?

§. 408. Não tem logar esta acção: 1.° se a cousa, que se quer reivindicar, consiste em dinheiro, ou cousas fungiveis: excepto, *a*) se se podér reconhecer a identidade das especies; *b*) e o possuidor as tenha havido por titulo gratuito. *Cit Cod da Pr. artt.* 45. e 46 2.° De qualquer qualidade que as cousas sejam, não tem logar, se o possuidor as comprou em leilão, ou hasta publica *Id art.* 42 Porém o executado, que obteve em embargos depois da arrematação, ainda póde dentro em um mez depois da sentença dos embargos repetir os bens arrematados. *Ord L. 3. tit.* 86. §. 4

SECÇÃO 2.ª

DOS MODOS DE ADQUIRIR A PROPRIEDADE.

O que seja modo de adquirir.

§. 409 Como a propriedade é um direito, para a adquirir faz-se necessario o concurso dos tres elementos, que criam os direitos (§ 47): a saber. 1.° pessoa capaz; pois ha pessoas, a quem as leis prohibem a adquisição de certos bens,

como os corpos de mão morta em quanto aos bens de raiz, *Ord. L 2. tit* 18 *pr.*: 2.° cousa, que possa ser objecto de propriedade: 3.° o facto, ou circumstancia, que produz o effeito de crear este direito, ou de o transferir, se a cousa era de outrem, a que chamamos *modo de adquirir.* Este effeito umas vezes resulta desse facto immediatamente, em virtude da disposição da lei, como na occupação, ou successão · outras vezes resulta dos actos juridicos, como dos contractos. Aqui tractamos dos primeiros, que são a *occupação*, a *invenção*, a *accessão*, e a *successão.*

É facil conhecer, que nesta Secção tractamos dos modos de adquirir chamados em direito romano *originarios*, aos quaes accrescentamos a *successão*, imitando o *Cod. da Pr* e outros modernos, visto que a propriedade das heranças se adquire immediatamente em virtude da lei, quando pelo romano para a adquisição neste caso era necessario o acto juridico da *adição.*

Em direito romano faz-se uma importante distincção entre *titulo*, e *modo de adquirir*, os quaes se suppoem ambos necessarios para a adquisição do dominio *Titulo* é o fundamento justificativo do acto posterior da adquisição (§. 53) e este acto, isto é, a apprehensão ou tomada da posse, e o *modo de adquirir.* Assim, na *occupação* a liberdade natural de fazer o que não prejudica outros, e o titulo; e a apprehensão e o modo de adquirir, na adquisição por contracto, ou successão, estes são o titulo, e a *tradição*, que não é senão a entrega ou tomada da posse, constitue o modo de adquirir *L* 24 *Cod de reivind.*, § 40. *Inst de rer div.*, Heinece *Recit* §. 339. Este systema, que é o das nossas leis, é tambem o dos codigos Allemães, *da Pr. P. 1. tit 9 artt* 1. e 2, *da Austr. art.* 380., *da Baviera*, e *da Hollanda.*

Porém o *Cod Civ Fr. art.* 1138., sanccionando a opinião dos escriptores de direito natural, a qual tinha alludido ja Mell. *L* 3. *tit* 3 §. 10., declarou transferida a propriedade da cousa em virtude do contracto independente da tradição, e por esta fórma veio inutilizar a distincção do direito romano, e a confundir *titulo* com *modo de adquirir.* O novo systema é seguido por todos os codigos modernos, que adoptaram por modelo o *Fr.*, e entre nós foi inculcado pelo A. do *Dig. Port.* 3. *art.* 380.

A diversidade dos dois systemas produz alguma differença nos seus effeitos praticos. Assim pela nossa *Ord. L. 4. tit. 7.* o comprador sómente adquire a propriedade da cousa comprada desde a entrega, ou tradição e por tanto se ella passar para outro antes, nem por isso o comprador a póde reivindicar; assim como no caso de serem dois os compradores, adquirin-a o que primeiro obteve a posse quando pelo systema dos Francezes outra cousa se deve dizer. Adiante tocaremos ainda esta especie.

CAPITULO I.

DA OCCUPAÇÃO E INVENÇÃO.

O que seja occupação? e suas especies

§. 410 *Occupação* é o acto pelo qual alguem se appropria das cousas, *a*) que ou não têm dono, *b*) ou cuja appropriação é permittida a qualquer, por serem pertenças de bens nacionaes ou municipaes. A primeira especie verifica-se na caça dos quadrupedes, ou da volateria, e da pesca. A segunda nas aguas publicas, na pesquiza dos metaes, pedreiras, e outras quaesquer substancias mineraes.

Não tocamos a especie da occupação hostil, e accrescentamos a das aguas e metaes, por ser mais importante, e frequente na practica.

I. *Caça.*

§ 411. I. 1.° Podem occupar-se pela caça os animaes quadrupedes, e aves *bravas*, não assim os *domesticados* ou *domesticos*; excepto se, tendo desertado, seu dono os não procurou. §. 15 *Inst. de rer. div*, *L.* 4 e 5. § 5. *D. de adq. rer. dom* 2.° A occupação verifica-se, desde que cairam nos laços, ou armadilhas; ou tendo sido feridos, em quanto o caçador vai em seu seguimento. Huber. *ad Inst. L.* 2 *tit.* 1 *n* 16. 3.° É permittido caçar nos terrenos alheios, *a*) excepto sendo murados ou vallados · *b*) e com obrigação de indemnizar todos os damnos, que o caçador causar, mesmo nos abertos *L. do* 1.° *de Julho de* 1776 §§ 1., 2. e 3. 4.° Se a caça ferida entrou para o predio murado, deve o dono deste entregal-a, expulsal-a, ou permittir ao caçador que a siga. *Dig. Port.* 3. *art.* 8. 5.° As pombas, coelhos, ou peixes, que fugiram para o pombal, coelheira, ou viveiro alheio, pertencem ao dono deste, com tanto que não usasse de artificio para os attrahir *Cod Civ. Fr. art* 564. 6.° Ainda que o dono da seára possa impunemente matar as pombas ou gallinhas, que nella acha fazendo perda, uma vez que não empregue cevadoiros, nem outro artificio; com tudo o senhor da ave não perde o dominio della, e fica sempre sujeito ao pagamento da perda *Dig Port.* 3. *art* 13 7.° Se o dono da colmeia não segue o enxame, pertence este a quem o apanha. §. 14. *Inst. de rer. div*

II *Pesca.*

§ 412 II. Nos rios, ribeiras e lagôas *publicas* é permittido a qualquer pescar: com tanto que *a*) o não faça nos mezes defesos; *b*) nem empregue para esse fim materiaes venenosos, *c*) e cumpra as posturas municipaes sobre a bitóla da malha das redes, e outros objectos de pescaria. *Ord L* 5 *tit* 88. §. 6 *e seq* *d*) Não é licito, para pescar, abrir os assudes, ou prejudicar obras feitas por outros. *Dig. Port.* 3. *art.* 18

III *Occupação das aguas dos rios publicos*

§. 413. III. As aguas dos rios e ribeiras *publicas* não navegaveis podem occupar-se para as regas, ou para motores de moinhos, ou de outras maquinas *Alv. de 27 de Nov de* 1804 §. 11., Lobão *Aguas* § 24 Com tanto que 1.° não sejam prejudicados os que estão na posse anterior de as aproveitar para o mesmo, ou igual fim; ou seja por lhes diminuir a agua, ou por lhes arruinar os assudes já feitos: porém se a agua for superabundante, póde repartir-se, *cit. Alv.* §. 12.; 2.° que a nova levada, ou assude, com a estagnação das aguas não prejudique os predios, ou maquinas superiores, Peg 7. *For art.* 241. *n* 223 ; 3.° que se não mude o alveo, ou esgotte de todo a currente com prejuizo de outros, *cit* Lobão §§. 39 e 46 ; 4.° nem se prejudiquem os usos communs da povoação Lobão *Coll de Diss.* 5. §. 3. O direito do occupante dura, em quanto existem vestigios de algum valor do assude, ou fabrica, sem provas de que elle o tenha abandonado. Lobão *cit. Aguas* §. 37. E se as obras foram extraordinariamente destruidas pelas enchentes ou por outra causa, não perde o occupante o seu direito, em quanto não passou tempo sufficiente para a reedificação. *Id.* § 33.

Quaes sejam os rios publicos, e os particulares? Vej. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 1. §. 8. *n.* 6.

IV. *Nascentes e aguas pluviaes.*

§. 414. IV. Tambem se póde occupar o uso das nascentes nos terrenos publicos, ou baldios, bem como dos enxurros e aguas pluviaes, que correm pelas ruas e estradas, se outrem não tem nellas direito anterior Lobão *cit Aguas Diss.* 1. § 12. O mesmo se póde practicar a respeito das aguas subterraneas dos terrenos publicos por meio de mina, ou valla: e esta occupação exclue outro, que com nova mina tente cortar a veia no mesmo terreno publico. *Id. Diss.* 2. §. 21.

As plantações, ou sementeiras de arvores nos maninhos, conforme as posturas das Camaras, contém uma especie de occupação, que da direito exclusivo de outros. *Ord. L.* 1. *tit.* 58. §. 46., e *tit.* 66. §. 26.

V. *Pedreiras, e veeiros dos metaes.*

§. 415 V. Nos terrenos publicos é permittido a qualquer: 1.° abrir pedreiras, sujeitando-se ás posturas; e o direito de occupação exclue outro, em quanto na pedreira existe pedra quebrada com indicios de continuar: 2.° procurar ouro, ou outros metaes nos leitos, ou alluvião dos rios, nos areaes do mar, e em outro qualquer logar baldio, ou publico: 3.° abrir minas, e pesquizar os veeiros de metaes preciosos, e quaesquer substancias mineraes, obtida licença do governo, com a demarcação do terreno, ainda sendo particular *Decr. de* 25 *de Nov de* 1836 *artt.* 4. e 5. 4.° Se os trabalhos da mineração não são principiados dentro em tres mezes depois da demarcação, reputa-se abandonada. *Cit. Decr. art.* 10. 5.° Os veeiros e pedreiras em terreno particular são accessão deste, e não podem laborar-se sem licença, ou indemnização de seu dono. *Id. art.* 4 , *Decr. de* 13 *de Ag. de* 1832 *art.* 17.

Da invenção.

§. 416. A adquisição pela *invenção* tem logar nos thesouros, e cousas perdidas. 1.° *The-*

souro diz-se o deposito antigo de dinheiro, ou de outras preciosidades enterradas, ou occultas, cujo dono se não póde averiguar. Este pertence ao inventor, *todo*, se foi achado em terreno proprio; ou *ametade*, se foi em terreno alheio ou publico; a outra ametade compete ao dono do terreno, ou ao estado. §. 39. *Inst. de rer. div.*, *L. un. Cod. de thesaur.* 2.° O inventor só adquire as cousas perdidas: *a*) por prescripção, passados tres annos depois da invenção; *b*) com tanto que as tenha annunciado por pregões, editaes, ou periodicos. *Port. de* 29 *de Maio de* 1845. Se durante aquelle espaço appareceu o dono, tem direito a pedil-as, satisfazendo as despesas da conservação. 3.° Os navios e salvados dos naufragios devem ser arrecadados pelas auctoridades do logar, aonde arribaram, e annunciados por quatro vezes nas gazetas: na falta de reclamante devem ser arrematados, e o producto liquido consignado em deposito, para se restituir a seu dono, quando appareça. *Cod. Comm. artt.* 1594. e 1596.

Em quanto aos thesouros, seguimos a doutrina do direito romano; ainda que o sabio A. do *Dig. Port.* 3 *art.* 32. os concede todos ao inventor, quando achados em logar publico; e que Mell. *L.* 2. *tit.* 3 §. 6. os adjudique ao Rei, fundado na *Ord. L.* 2. *tit.* 26., a qual hoje está derogada pelo *Decreto de* 13 *de Agost. de* 1832 *art.* 1. Antigamente o Rei percebia a terça parte de todos os thesouros, onde quer que fossem achados. *Ord. Affons. L.* 2. *tit* 2 *art.* 5 A *Port. de* 29 *de Maio de* 1845 instaurou as providencias da *Ord. L.* 3. *tit.* 94. em quanto ao gado do vento; e em quanto ás outras cousas, tem o defeito de não marcar a prescripção para pôr termo aos litigios. No *Cod. da Austr. art* 392. acha-se a doutrina, que seguimos a este respeito.

CAPITULO II.

ACCESSÃO.

Especies de accessão: 1.° *natural*

§. 417 O modo, pelo qual o dono da cousa principal adquire a propriedade de outra, por ser accessoria, ou pertença, chama-se *accessão*. Os interpretes do direito romano costumam classifical-a em *natural*, *industrial*, e *mixta*. A *natural* pertence: 1.° a *alluvião*, isto é, o augmento, que as correntes dos rios e ribeiras depositam pouco e pouco nas terras das margens Este pertence ao dono do terreno, a que accresce; excepto se contiver parte consideravel de algum predio, arrastada pela força da enchente, a qual póde ser reclamada pelo antigo proprietario, *a*) dentro de um anno, *b*) e ainda depois, em quanto o proprietario da outra, a que accresceu, não tiver della tomado posse *Cod. Civ Fr art* 559. 2.° O *alveo*, que o rio abandona, pertence aos donos do outro, que elle abriu, *pro rata* do que perderam *Cit Cod art* 563, *Alv de* 28 *de Março de* 1791 §. 30. Porém se não póde ter logar esta indemnização, pertence aos proprietarios confinantes, e se for navegavel, ao Estado *Cod da Austr. art* 410 3.° As *ilhas*, ou *mouxões*, formados no meio dos rios não navegaveis, pertencem aos proprietarios dos predios confinantes de uma e outra parte em proporção de suas testadas até á linha, que marca o meio do alveo. §. 23. *Inst. de rer. divis* 4.° As formadas no mar, ou nos rios navegaveis, pertencem ao Estado. *Cod. Civ. Fr. art.* 560, e *da Austr. art.* 407.

A respeito da alluvião unida *(vis flummis)*, seguimos a dis-

posição do *Cod. Civ. Fr* , e do *da Austr. art.* 412., que parece mais simples, do que o *donec coaluerit* do § 1. *Inst.*, e da *L.* 7. § 2. *D. de adq. rer. dom.* Em quanto ás ilhas formadas nos rios navegaveis, Lobão *na Diss* sobre este objecto, que anda no fim do *Tom* 1. *das Not a Mell.*, seguiu o direito romano, pelo qual ellas pertenciam aos proprietarios confinantes Falamos das formadas de novo, pois se o terreno, separado em ilha, já antes tinha dono, continua do mesmo.

2° *Industrial.*

§. 418 A *accessão industrial* verifica-se, quando se unem, misturam, ou incorporam, por obra de mãos, cousas ou obras de diversos donos Este modo de adquirir comprehende mui variadas especies, que os JCtos romanos designavam por differentes nomes; as quaes não seguiremos, por ser materia pouco frequente no fôro. Nestes casos toda a difficuldade consiste em determinar, a qual dos donos deve pertencer o todo confundido. Ao juiz compete decidir segundo a equidade, regulando-se pelas regras seguintes. *Cod Civ. Fr. art.* 565

Regras a) *sobre a adjudicação das cousas nesta especie de accessão*

§. 419. 1° Se as cousas se podem commodamente separar, assim se deve fazer á custa daquelle, que as uniu ou confundiu *Cod. da Pr. P.* 1. *tit* 9 *art* 298. 2.° Se as cousas são do mesmo genero e qualidade, o todo fica commum; e deve repartir-se em proporção da parte anterior de cada um dos donos *L.* 3 § 2 *D de rei vind.* 3.° Se é impossivel a perfeita separação, o todo pertence ao dono da cousa principal, devendo indemnizar o dono da accessoria. *Cod. Civ. Fr. art.* 566.

b)

b) *Sobre o conhecimento das principaes e accessorias.*

§. 420 4° Por *principal* entende-se a cousa, *a*) que póde subsistir de per si, ou *b*) para cujo uso, ornato, ou complemento é empregada a outra. *Cit Cod art* 567 5° Se por esta fórma se não podér decidir, qual seja a principal, reputa-se tal a que for maior em valor; ou em volume, se forem iguaes os valores. *Id art.* 569 6° Em consequencia a mão de obra empregada em objecto alheio, pela qual se lhe deu nova fórma *(specificatio)*, é reputada accessorio. *Id. art* 570 7° Excepto se a mão de obra é tão preciosa, que excede *muito* o valor da materia, em que foi empregada, como na pintura, na esculptura, na escripta. *Id. art.* 571.

c) *Em quanto ás construcções*

§. 421 Pela mesma razão. 8° aquelle, que edifica ou construe em terreno proprio com materiaes alheios, adquire estes, os quaes não podem ser reivindicados pelo dono § 29 *Inst de rer div* 9° O edificio construido em terreno alheio com materiaes proprios pertence ao dono do terreno: mas se foi construido em boa fé á vista e face do proprietario, que se não oppoz, nem por isso póde reclamal-o; apenas pedir a indemnização Lobão *Casas* §§. 90 e 51., *Cod. da Sard.* §. 463 Os edificios feitos por pessoas, que têm o dominio resoluvel do solo, como morgados e usufructuarios, seguem a propriedade, por se presumirem feitos sómente para o uso, ou gozo do possuidor, salva a indemnização da bemfeitoria *Cit.* Lobão § 52

Nos differentes codigos, em quanto á construcção, distin-

guem-se tres especies: 1.ª o edificio construido em solo alheio com materiaes alheios 2.ª em solo alheio com materiaes proprios 3.ª em solo proprio com materiaes alheios Em todos estes o proprietario do solo adquire o edificio, ficando obrigado á indemnização dos materiaes conforme a boa, ou ma fé do constructor O *Cod. Civ. Fr. art* 555. permitte na 2.ª especie ao dono do solo reter as construcções, indemnizando o constructor, ou obrigar este a levantal-as e desfazel-as. O nosso Mello *L* 3. *tit.* 3. §. 8. julga, que se o edificio for de muito maior valor, não deverá ser adjudicado ao dono do solo.

d) *Em quanto á indemnização.*

§. 422. 1.° Se da parte do adquirente não houve má fé, deve indemnizar o outro, pagando-lhe a cousa accessoria; ou se o negocio o permitte, repondo outro tanto da mesma especie e qualidade *L.* 23. § 4. *D de rei vind., cit. Cod Civ. Fr. art.* 576. 11.° Se o fez em má fé, deve, além do valor da cousa, indemnizal-o de todas as perdas e interesses, sem prejuizo das acções crimes, que contra elle se possam intentar. *Cit. Cod. art.* 577., Mackeld. *Man.* §. 250.

Nos §§. 26. e 27. *Inst de rer. div.*, no caso de má fé, impunha-se a pena de furto. Os codigos modernos inhabilitam o que procedeu de má fé, para adquirir em algumas especies, e obrigam-no sempre a indemnizações mais pesadas.

3.° *Mixta.*

§. 423. Á especie de *accessão mixta* pertencem a *sementeira (satio)*, a *plantação (plantatio)*, e os *fructos*. A esta são applicaveis as mesmas regras, que ficam determinadas para a *industrial*: e por tanto: 1.° a sementeira pertence ao dono do terreno com a obrigação de indemnizar o semeador. 2.° Da mesma maneira pertence-lhe a arvore plantada por um estranho,

desde que esteja pegada §. 32. *Inst de rer divis* 3.° Todos os fructos em regra pertencem ao dono da propriedade por direito de accessão, ou a outrem, que em nome deste os perceba, como o locatario e usufructuario, salva a indemnização pelo trabalho empregado para a sua existencia *L* 36. § 5 *D de haered. pet., L* 25. *pr. de usur et fruct* 4.° As crias dos animaes são reputadas fructos das mães, em quanto andam em seu seguimento, e por tanto pertencem ao dono destas § 19 *Inst eod.* 5.° As arvores pertencem ao dono do predio, onde têm o tronco; a que está na extrema de dous, pertence a ambos. Lobão *Fascic Tom.* 1. *Diss.* 8. §§ 48. e 50.

CAPITULO III.

DA ADQUISIÇÃO DAS HERANÇAS.

Transmissão das heranças

§. 424. A propriedade, bem como a posse dos bens de um defuncto, transmitte-se para os seus successores immediatamente desde a *abertura da successão*, isto é, desde a morte natural, ou civil: e isto sem necessidade de acto algum do successor, e ainda que elle o ignore Por tanto os bens, que têm successor especial, passam para este, como os vinculados; os hereditarios passam para os herdeiros legitimos, ou testamentarios *Alv de* 9 *de Nov. de* 1754. *Ass de* 16 *de Fev. de* 1786.

No caso da presumpção da morte por desapparecimento, ou ausencia, procede-se nos termos, que ficam indicados nos §§. 70. e 393.

Modo da transmissão.

§. 425. Ainda que para esta devolução, ou transmissão não seja necessario acto, ou vontade do herdeiro, com tudo a expressão da vontade em contrario impede-a; e por isso o effeito da transmissão está, para assim dizer, suspenso, até que o herdeiro presumido se explique sobre a acceitação, ou renúncia. Se a acceita, entende-se devolvida desde a abertura; se a renuncía, suppõe-se que nunca se lhe devolveu; e passa áquelle outro, a quem compete, mas sempre *retroactivamente*, isto é, suppondo-se, que se devolveu a este desde a abertura. Se o herdeiro morre antes da acceitação, ou renúncia, passa nestes mesmos termos para seus herdeiros. Delvinc. *Cours du Cod Civ. Tom.* 2. *L.* 3. *tit.* 3. *chap.* 4. *pag. (mihi)* 27

Por direito romano o herdeiro não adquiria o domínio, senão pelo acto da *adição*: no intervallo a herança dizia-se *jacente*. *L.* 13. §. 5. *D. quod vi aut clam* É claro, que entre nós não ha heranças jacentes neste sentido: porém muitas vezes acontece estar a herança em suspenso, em quanto o herdeiro não apparece, ou se habilita; e ser entretanto necessario nomear curador a taes heranças, que commummente se chamam jacentes. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 6. § 2.

Os codigos Allemães seguiram ainda o direito romano, *Cod. da Austr. art.* 547.; porém os Francezes adoptaram a regra =*le mort saisit le vivé*=, que é a nossa.

Da adição, e renúncia.

§. 426. *Adição* da herança é o acto, pelo qual o herdeiro declara, que a acceita. Póde ser 1.° *expressa*, quando por termo, ou em um acto authentico, se toma o titulo, ou qualidade de herdeiro, *Cod. Civ. Fr art.* 778; 2.° ou *tacita*,

quando se deduz da practica de factos, que denotam intenção de ter acceitado, ou que não poderiam practicar-se, senão na qualidade de herdeiro, como tomar entrega dos bens, cultival-os, alheal-os, cobrar dividas Valasc *de part cap.* 15. *n.* 10 Não se reputam porém taes os actos, ou officiosos, como o do enterro e funeral do defuncto, ou indispensaveis para a conservação e administração provisoria dos bens. *Id nn* 17 e 42 A *renúncia* póde igualmente ser *expressa* por termo ou declaração; ou *tacita*, se o herdeiro dèixa de tomar conta dos bens por tanto tempo, que induza prescripção. *Id. n.* 46. *e seg.*

No nosso direito empregam-se como synonymas as palavras *adição* e *acceitação*, bem como as outras *abstenção*, *repudiação*, e *renúncia*.

O *Cod. Civ Fr.* no *art* 778, falando da adição expressa, usa das palavras *acte authentique*, *ou privé*. Os interpretes entendem esta expressão do acto por escripto, ou seja publico ou particular, em que se quiz consignar um facto qualquer, e por tanto exclusiva das declarações verbaes, assim como dos escriptos para outro fim, como missivas.

Seus effeitos.

§. 427 Pela acceitação o herdeiro fica representando o defuncto, e obrigado aos crédores e legatarios. Lobão *a Mell. L* 3. *tit* 6 § 4. *n.* 5 e §. 8 Por isso: 1.° succede em todos os direitos; á excepção *a*) dos inherentes ás qualidades pessoaes do defuncto, e *b*) daquelles, que segundo as leis se não transmittem, como as acções de injuria e ingratidão *Ord L* 4 *tit.* 63. §. 9. 2.° Succede em todas as obrigações e encargos transmissiveis, *L* 1 § 1, e *L* 3. *D. de except rei vend*; 3.° as quaes em regra deve satisfazer ainda pelos seus proprios bens *L.* 10.

Cod. de jur. delib. 4.° Não póde acceitar *pro parte*, nem debaixo de condição, com que vá prejudicar os interessados. Lobão *cit.* §. 5 , *Dig. Port.* 2. *art.* 981. 5.° A acceitação ou renúncia, uma vez practicada, não póde ser revogada; excepto: *aa*) por causa de dolo ou violencia, *L* 85. *D. de adq vel omitt. haered , bb*) pelo beneficio da restituição *in integrum. Ord. L* 4. *tit.* 87. §. 3., *Cod da Austr. art.* 806.

Mell. no *L.* 3. *tit.* 6. § 5. seguiu, que o herdeiro póde adir , ou renunciar *pro parte*, ou *sub conditione*, e que a regra em contrario da *L.* 77. *de reg. jur.* era fundada no principio superstic1oso dos romanos, de que ninguem podia morrer *pro parte testatus*, *pro parte intestatus*. Lobão nas notas ao citado §. e o A. do *Dig. Port* 2. *art* 981. sustentam a opinião contraria; a qual seguimos, por nos parecer, que se não deve permittir ao herdeiro adir a herança de uma maneira, que possa prejudicar os direitos e interesses dos crédores, ou legatarios, como talvez acontecería no caso da acceitação *pro parte*, ou *sub conditione*, por ficarem na incerteza da pessoa, contra quem se deviam dirigir. O mesmo se acha seguido no *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 9. *artt.* 394. e 395., e no *da Baviera.*

Pessoas, a quem compete.

§. 428. Como pelo acto da adição se adquirem, e pelo da renúncia se alienam direitos, segue-se: 1.° que só póde este acto ser practicado por aquelles, que têm a livre administração de seus bens. 2.° Que os menores, e pessoas equiparadas a estes, não podem adir, nem repudiar, sem a assistencia do seu tutor, auctorizado pelo Conselho de familia, *Ref Jud art.* 403 , nem a mulher casada, sem auctoridade do marido. *Cod Civ Fr art* 776. 3.° Se a herança consta de bens de raiz, o marido não póde renuncial-a sem consentimento da mulher. Guerr. *Tr.* 2. *L.* 1. *cap* 12. *n.* 67

Cabedo P. 1. *Dec.* 109. seguiu, que o marido póde sem outorga da mulher repudiar a herança de bens de raiz, porque o direito de acceitar não é ainda um direito *in re*, e effectivo. Parece que outra cousa se deve decidir hoje, que a propriedade da herança tinha passado para o renunciante logo desde a morte do defuncto, depois do *Alv. de* 9 *de Nov. de* 1754.

Tempo, em que deve practicar-se.

§. 429. O direito de acceitar, ou repudiar, sómente prescreve por trinta annos. *Cod. Civ. Fr art.* 789. Porém como a incerteza durante um tão longo espaço seria prejudicial aos interessados, podem estes requerer ao juiz, que assigne ao herdeiro presumido um termo, o qual costuma ser de oito, ou dez dias, para nelle se deliberar; com a comminação de se haver a herança por acceita ou renunciada, conforme for util ao requerente. Valasc. *Cons.* 96 *nn* 7. e 8., e *de part. cap* 7 *n* 33 , Mendes *in Praxi L* 1 *cap* 4 *n* 2 Se o herdeiro renuncía, nem restam esperanças de que outrem acceite, o juiz deve proceder como na herança vaga (§ 346.) *Ref. Jud art.* 409

Por direito romano o Principe podia espaçar o prazo para deliberar ate um anno, e o juiz ate nove mezes *L. ult.* §. 13. *Cod de jur delib.* Por direito francez o herdeiro tem tres mezes para fazer o inventario depois de concluido este, tem para se deliberar o espaço de quarenta dias, o qual ainda póde ser prorogado pelo Tribunal, conforme as circumstancias. *Cod. Civ. Fr. artt.* 795. e 798. Em outros codigos varia este prazo.

Beneficio de inventario.

§ 430 Como ao herdeiro póde ser impossivel, ou ao menos difficil, tomar uma resolução definitiva, por não conhecer as forças da herança: permitte-se-lhe um meio de acceitar, sem currer o risco de ser prejudicado nos seus

proprios bens, que vem a ser o *beneficio de inventario*, isto é, a faculdade, concedida ao herdeiro, de acceitar a herança, descrevendo, e conservando em separado os bens della, para não ficar obrigado além do seu valor *L. ult* §. 4. *Cod. de jur. delib.*, Valasc. *Cons.* 52 Os tutores em nome dos menores e interdictos não devem acceitar de outra fórma. *Ref. Jud. art.* 408.

Este beneficio acha-se estabelecido não só nas leis romanas, mas em todos os codigos modernos.

Fórma, por que deve ser feito o inventario.

§. 431. O inventario 1.° deve ser principiado dentro em trinta dias desde a abertura da successão, ou desde a sciencia do herdeiro; e findo em outros sessenta *Cit.* Valasc *nn* 8 e 9. 2.° Deve conter a descripção fiel e exacta de todos os bens, com a pena da perda do beneficio e liberdade de renunciar, no caso de sonegados por dolo. *Cod. Civ Fr. artt.* 792 e 801. 3.° Não é costume citar-se pessoa alguma, nem os crédores ou legatarios, para o ver fazer. *Cit.* Val. *n.* 22 4.° O termo de acceitação a beneficio, ou de renúncia, deve ser feito antes de se proceder á determinação das partilhas, sob pena de não aproveitar *Ref. Jud. art.* 407.

Que o inventario para o effeito do beneficio deve ser principiado dentro dos trinta dias, entende-se no caso de estar o herdeiro em posse e cabeça de casal alias e obsto, que elle só o devera fazer depois de assignado o termo de deliberar.

Sobre a questão se o herdeiro, que sonega os bens por dolo, perde o beneficio, ou sómente incorre na pena do dobro? Vej. Lobão *Diss.* 4.ª *no Suppl. as Acç Summ*, onde depois de expôr as opiniões pro e contra, conclue deixando isto ao prudente arbitrio do juiz, conforme as circumstancias.

Effeitos do beneficio de inventario.

§. 432. O effeito da acceitação a beneficio de inventario é obstar á confusão dos bens proprios do herdeiro com os do defuncto; e por tanto: 1.° fica o herdeiro desobrigado de satisfazer as dividas e encargos pelos seus bens proprios. *Cod Civ Fr. art* 802 2.° Póde fazer o pagamento aos crédores e legatarios, á proporção que se appresentam: excepto se a ordem está regulada por sentença do juiz *Cit. Cod art* 808. 3.° Póde concurrer como crédor, se o é; repondo tudo o que dever á herança, sendo-lhe devedor *Cit art.* 802.

Pela praxe do fôro o herdeiro, que não fez inventario, fica obrigado, não só aos legatarios, mas ainda aos credores, pelos seus proprios bens, *etiam ultra vires haereditarias Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2., Peg. *For.* 2. *cap* 11. pag 818., Cabed *P.* 1 *Dec.* 134. *n* 4., Val. *de part cap.* 8. *n* 15. *et passim.* O mesmo é determinado não só no *Cod. Civ. Fr.* nos logares citados, mas tambem no *Cod da Pr P.* 1 *tit* 9. *art.* 419, no *da Austr.*, e em todos os outros. Entretanto Mello no *L.* 3 *tit.* 6. §. 8., e Lobão na *Diss.* 3. *Suppl. ás Acç. Summ.* tentaram sustentar o contrario.

SECÇÃO 3.ª

DA POSSE, E PRESCRIPÇÃO.

Razão de ordem.

§. 433 A *posse*, ou o direito de possuir, é um effeito, ou antes um dos direitos connexos no de propriedade. Com tudo em jurisprudencia costuma ser tractada em artigo distincto, e considerada em separado: ou seja por poder pertencer a uma pessoa a propriedade, e a outra a posse; ou seja porque o proprietario muitas vezes tem interesse em recurrer an-

tes ao direito de posse, abstrahindo do da propriedade; ou finalmente porque ella, tendo os requisitos de *prescripção*, é tambem um dos modos de adquirir a propriedade. Por estes motivos entendemos dar-lhe aqui o logar competente.

Neste sentido é facil entender o que se diz na *L.* 12. §. 1. *D. de adq. vel amitt. possess.*: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*; e na *L.* 52. *eod.*: *Nec possessio et proprietas misceri debent.*

O artigo da *posse* é um dos mais embaraçados da jurisprudencia. as suas regras são igualmente difficeis de expor em theoria, como de applicar na practica, em razão dos differentes sentidos, que se dão áquella palavra, e das variadas relações, em que se appresenta no fôro Umas vezes considera-se nella o simples facto, outras o direito, e eis aqui o primeiro embaraço. Como ella é effeito da propriedade, muitas vezes allega-se como prova deste direito, e por tanto confunde-se com elle; e é por isso que nós nos §§ seguintes applicamos na tomada da posse as doutrinas, que em direito romano, e nos codigos Allemães se acham applicadas a tradição, considerada como modo de adquirir o dominio. Neste sentido, e principalmente quando a posse se póde converter em prescripção, ella vem a ser o principal objecto da questão entre os dois, que disputam a propriedade da cousa possuida.

Nos casos, em que os dois litigantes convenham em disputal-a sem relação ao dominio, com tudo um quer ter a posse civil, o outro sómente lhe concede a natural, um quer que a sua posse seja justa, o outro nega-lhe esta qualidade: um insiste na posse de boa fé, o outro argue-a de má fe e é necessario consideral-a em todos estes aspectos, de cada um dos quaes resultam differentes effeitos practicos. Para decidir sobre estas qualidades, quasi sempre vem á disputa o titulo, por que a posse foi obtida, que muitas vezes é o mesmo de dominio; e o exame das circumstancias do titulo concorre para complicar a questão.

CAPITULO I.

DA POSSE.

O que seja?

§. 434. *Posse* no sentido grammatical *(detentio, custodia)* é o facto de ter uma pessoa em seu poder uma cousa corporea, de maneira que póde dispor della á sua vontade. Um tal possuidor diz-se *simples detentor* Porém para se dar *posse* no sentido juridico, é necessario, além da detenção, o animo de ter, ou dispor da cousa como propria; ou ao menos de dispor della em seu proprio nome, ainda que a propriedade seja de outrem, *Cod da Pr P. 1. tit. 7 artt* 2. e 3. O que possue com animo de ter a cousa como propria, diz-se possuidor *verdadeiro* ou *perfeito:* o que possue com animo de usar por si da cousa de outrem, como o usufructuario, o locatario, diz-se possuidor *imperfeito* É facil entender, que o que fica dito a respeito das cousas corporeas, se póde applicar nos mesmos termos á posse ou exercicio dos direitos, considerados em abstracção das cousas, sobre que versam *(quasi possessio) L.* 10. *D. si servit vind*

A denominação de possuidor *perfeito* e *imperfeito*, extrahida do *Cod. da Pr. P 1 tit. 7 artt.* 6 e 7, acha-se já adoptada pelo sabio A. do *Dig. Port.* 1. *art.* 568 *e seg.*

Classificação da posse: 1.ª *natural, e civil.*

§. 435. A posse, em quanto ao animo, ou é *civil*, ou *natural*. 1.° Chama-se posse *civil* a do possuidor perfeito: e *natural* a do possuidor imperfeito. Tambem ás vezes se dá este nome á simples detenção. 2.° E por isso quando, como

muitas vezes acontece, um tem a posse por effeito da propriedade, e outro a detenção physica da mesma cousa, como no caso da locação, ou clausula *constituti*, a posse do proprietario, ainda que conservada só com o animo, diz-se *civil*, em contrapósição á do detentor, que tem a *natural*. Waldeck §. 235 3.° Além disto em direito patrio dá-se uma especie de posse *civil*, a qual se adquire e conserva em virtude da lei sem necessidade da tomada, nem detenção, e que entretanto goza de todos os effeitos da natural: a qual é a conferida pela lei aos successores nos bens dos defunctos *Alv de 9 de Nov. de 1754*, e *Ass. de 16 de Fev de 1786.*

Na phrase dos JCtos romanos, e na dos interpretes, é muito indeterminada a expressão *posse natural*. umas vezes significa a simples detenção, outras vezes a daquelle, que possue em nome de outrem, isto é, a do possuidor imperfeito: mas esta mesma é em muitos logares qualificada de detenção, como a do usufructuario, a do locatario. Pothier *Traité de la possess. chap. 1. art. 2. n. 2.* chama *posse civil* á justa, e *natural* á injusta.

Na *Lei de 17 de Agosto de 1761* §. 7. faz-se menção da posse *civilissima*, a saber, a que têm as viuvas nos bens do marido, em quanto não recebem os apanagios. a qual já era indicada por Voet *ad Pand. L. 41. tit. 2. n. 3.*

2.° *justa, e injusta.*

§. 436. Em quanto ao modo da adquisição, a posse, tanto a natural, como a civil, póde ser *justa*, ou *injusta*. Diz-se *justa* ou *legitima* a que foi adquirida por uma maneira permittida pelas leis, e titulo legitimo; o que tambem se póde applicar á simples detenção: assim a posse do inventor da cousa alheia, em quanto não apparece o dono; a detenção do official, que tem em seu poder um traste para concertar, é *justa*.

Injusta, ou *viciosa*, a que é adquirida por fórma illegal, ou sem titulo. A *viciosa* entre outras pertencem: *a*) a posse adquirida por violencia, ou força *(vi)*: *b*) ás escondidas, e por fraude ou silencio affectado *(clam)*: *c*) ou por favor, ou licença *(precario)*, quando deste facto se pretende deduzir o direito de continuar a possuir, ou de prescrever. Mackeld *Man* §. 214. O possuidor injusto goza de alguns direitos, como de defender a sua posse, e usar da acção de força, excepto contra aquelle, a quem injustamente a usurpou. *L. 1. § 9. D. uti possid.* Vid. o *Cod. da Austr. art. 316.*

3.° *de boa, e de má fé.*

§. 437. Além disto a posse póde ser *de boa*, ou *de má fé* Diz-se *posse de boa fé* a daquelle, que tem razões plausiveis de considerar como sua a cousa, que possue, ainda que alias esteja enganado · e *de má fé* a daquelle, que sabe, que a sua posse é viciosa; ou o deve saber, por não ter titulo da adquisição, nem presumpção delle, ou ser este manifestamente falso, ou por outras circumstancias. Lob. *Fascic. Tom. 1. Diss. 4. § 5 e seg*, *Cod. da Austr. art. 326* Como a questão da boa, ou má fé versa sobre um facto interno, — a convicção do possuidor, — não ha outro meio de a decidir, senão por indicios, ou conjecturas.

Na *L. 2. §. 16.*, e na *L. 11. D. pro empt.* se encontram exemplos de possuidor de boa fé, a pezar de illegitimo. Vid. *cit. Poth. chap. 1. art. 2. n. 7.*

Regras sobre a posse de boa, e de má fé

§. 438 1.° Todo o possuidor se presume de

boa fé; e por tanto á parte, que allega a má fé, incumbe proval-a. 2.° Excepto nos casos, em que as leis estabelecem a presumpção contraria, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit* 7. *art.* 18.; como *a*) quando o possuidor tem em seu poder um titulo repugnante á sua posse, *Ord. L* 2 *tit.* 27. § 3., Lobão *cit. Diss* § 29.; *b*) ou vicioso e nullo, desde que o possuidor conhecen esse vicio, *Cod. Civ. Fr. art* 550.; *c*) ou adquiriu a posse da cousa contra a expressa prohibição da lei. *L.* 7. *Cod. de agric et censit.*, Lobão *cit.* §. 26. 3.° Póde-se ser possuidor illegitimo por erro de facto, ou de direito, e entre tanto ser de boa fé. *Cod. da Austr. art.* 326. 4.° A posse do successor póde ser de boa fé, ainda que a do antecessor fosse de má fé, se aquelle ignorar o vicio; e *vice versa*, o mesmo possuidor, que era de boa fé, póde passar a possuir de má fé. Na falta de outros indicios a citação para a restituição da cousa marca a épocha da má fé. Dunot. *des prescript. P.* 1. *cap.* 8., *Cod. da Pr. cit art.* 222.

Adquisição da posse.

§. 439. Para se adquirir a posse, é necessario: 1.° intenção, animo, ou vontade de possuir a cousa, *L.* 3 § 1 *de adq. vel amitt poss.*; ou esta intenção seja exercida pelo proprio, ou por outrem de seu mandado, ou procuração *L.* 1. §. 20 *eod* 2.° É necessario que a cousa não esteja excluida do commercio, e além disso seja exactamente determinada. *Cod. da Pr P* 1 *tit.* 7. *artt* 46. e 47, *L* 3 § 2 *D eod.* 3.° É necessario tambem o *facto da apprehensão*, ou *tomada da posse*, practicado igualmente ou pelo proprio, ou por outrem de seu mandado, *cit. Cod. art.*

48.; excepto nas successões, em que a lei a suppre. *Alv. de* 9 *de Nov. de* 1754

Apprehensão, ou tomada a) *da posse:*

§. 440. A apprehensão, ou tomada da posse consiste em um facto material qualquer patente, pelo qual o adquirente se entende ficar legitimamente habilitado para dispor da cousa. Póde tomar-se a posse: 1.° *(naturaliter)* nos moveis e semoventes, por transmissão, tomando effectivamente entrega delles, encarregando a outrem a sua guarda, ou impondo-lhes a sua marca com consentimento do antigo possuidor: e nos immoveis pela cultura, pela demarcação, e ainda pela occupação, entrando no todo, ou parte delles, com animo de se apossar, *L.* 2. §. 1., e *L* 51. *D. eod.*, e *L* 14 § 1. *de per. et comm. rei vend.*: 2.° *(symbolice)* pela acceitação das chaves, ou dos titulos de uma casa, ou das chaves do armazem, onde se acham as fazendas vendidas, uma vez que a tradição seja com animo de transmittir a posse, Lobão *a Mell L* 3. *tit.* 2 §. 8. *nn* 20 e 22: 3.° *(longa manu)* pela vista da cousa, mostrada com o sobredito animo, *cit.* Lobão *n* 21., *L.* 1 § 21 *D. de adq vel amitt*: 4.° *(brevi manu)* pela simples declaração do antigo possuidor de que transmitte para o novo a posse da cousa, que este effectivamente já tem em seu poder, *cit.* Lobão *n.* 23, *Cod. da Pr P.* 1 *tit.* 7. *art.* 70.: 5.° *(ficta)* pela declaração legal do antigo possuidor de que continúa possuindo, mas em nome do novo, para quem transferiu a propriedade; *a*) ou aquella declaração seja expressa, como no *constitutum possessorium*, ou *clausula constituti*; *b*) ou presumida, como se elle reserva o usufructo, toma a cousa de arrenda-

mento, ou administração. *Cit.* Lobão *n.* 16., *cit. Cod. da Pr. artt* 72. e 73. Vej o *cit.* Poth. *du droit de propriét. P.* 1. *chap.* 2. *sect.* 4 *art.* 1. Na tomada da posse da cousa principal entendem-se comprehendidas as pertenças, e os accessorios; excepto se estas ao tempo da posse estavam já separadas. Savigny *Traité de la possess.* §. 22.

b) *da quasi posse:*

§. 441. A posse dos direitos, quando não dependem da posse de uma cousa material, não póde tomar-se, senão pelo exercicio desse mesmo direito, *Cod. da Pr. cit. art.* 78.: *a*) se o direito é *affirmativo*, practicando o facto positivo ao menos uma vez, *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, com ánimo de adquirir direito permanente: *L.* 10. *pr. D. si servit. vind*, *L.* 20. *D. de servit.*: *b*) se é *negativo*, oppondo-se ao acto, que o outro queria practicar, ou antes do seu complemento, ou logo que chegou á noticia, e acquiescendo este. *L.* 6. §. 1. *D. si servit. vind c*) Se este direito negativo ó concedido por declaração expressa, conta-se a posse desde o momento em que se verificou a declaração. *Cit. Cod. da Pr. art.* 87.

c) *judicial, ou extrajudicial.*

§. 442. Em quanto á fórma, por que se toma a posse, e modo de a provar, esta ou é *judicial*, ou *extrajudicial.* 1.° A judicial é a conferida por tabellião ou escrivão, o qual só a deve conferir em virtude de mandado do juiz, excepto quando se lhe appresenta sentença, ou escriptura publica de compra, escambo, doação, aforamento, ou testamento. *Ord. L.* 4. *tit.* 58.

58. §§. 3. e 4. 2.° Na conferida por mandado do juiz é essencial a citação do antigo possuidor, pena de nullidade. Valasc. *de part cap.* 3. *nn.* 4. e 5. 3.° Deve ser lavrado o competente instrumento, que se dá á parte, para lhe servir para prova. 4.° A posse dos officios e empregos publicos é tambem conferida em instrumento pela auctoridade superior, e ordinariamente acompanhada do exercicio de algum acto proprio do emprego. *Dig. Port.* 1. *art.* 613. 5.° Na extrajudicial não intervem o official publico, e prova-se por testemunhas, e outras quaesquer especies de provas. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 2. §. 8. *n.* 4.

Conservação da posse.

§. 443. Para a continuação da posse natural, é necessario o facto da detenção; porém a posse civil conserva-se só com o *animo:* 1.° ainda que o possuidor tenha passado para outrem a detenção, ou posse natural da cousa, como se a arrendou, se a empenhou: em quanto não sobrevem circumstancia, *a*) que inculque a sua cessação, *b*) ou estorve o possuidor de usar da cousa, quando queira, *L.* 3 § 9., e *L.* 25 *D de adq vel amitt. poss.:* 2.° e ainda mesmo que tenha havido mudança de capacidade do possuidor, que alias lhe obstaria para a adquisição, como se endoudecer. *L.* 27 *D cod*, *Cod. da Pr. cit art* 115. Por isso nos bens sequestrados a posse continúa naquelle, a quem foram tirados, porque o depositario só tem a detenção. *L.* 12. *D. quib. ex caus.*

Perda da posse.

§. 444. A posse perde-se: 1.°*voluntariamen-*

te: a) pela transmissão para outro, *L.* 3. §. 9. *D. de adq. vel amitt.; b*) ou pela derelicção expressa, ou presumida. *Cod. da Pr. cit. art.* 117. 2.° *Necessariamente:* quando o possuidor por qualquer circumstancia fica impossibilitado de exercer a detenção, ou disposição material da cousa, como *c*) no caso de furto, ou contrectação das cousas moveis, *L.* 15. *eod.; d*) ou de as ter perdido, *L.* 25. *pr. eod.; e*) nas immoveis, quando outro estorva o possuidor de entrar, ou dispor dellas, *L.* 1. §. 24. *D. de vi et vi arm.; f*) ou no caso de espoliação, se o possuidor se não oppoz dentro em anno e dia. Pothier *Traité de la poss. n.* 76. 3.° A posse perde-se da mesma maneira em proveito dos terceiros detentores, como o locatario, o commodatario: mas como estes se presumem possuir em nome do possuidor perfeito, para o despojarem da posse civil é necessario um facto material, que o indique, v. g., a nova tomada da posse, a recusação de a entregar com a acquiescencia daquelle. *L.* 18. *D. de vi et vi arm.*, Mackeld. *Man.* §. 229.

Posse ficta.

§. 445. Em alguns casos as leis suppõem em pena do dólo, que é possuidor aquelle, que realmente o não é *(ficta possessio);* a saber: 1.° quando o réo, para tornar mais difficil ao autor a reivindicação, aliena dolosamente a cousa possuida, depois de intentada a acção, *L.* 131. *D. de reg. jur.*, *Ord. L.* 3. *tit.* 86. §. 16.; 2.° quando aquelle, que é demandado por uma cousa, que não possue, se offerece a disputar o litigio, como se realmente a possuisse. *L.* 25. e 27. §. 1. *D. de rei vind.*

Compossessão.

§. 446. A idêa de posse é exclusiva, isto é, uma cousa não póde ao mesmo tempo ser possuida por muitas pessoas no seu todo. *L.* 3. §. 5. *D. de adq. vel amitt. poss.* Mas muitas pessoas podem ter a posse commum de uma cousa em partes moralmente determinadas, v. g., os coherdeiros, a qual se chama *compossessão (pro indiviso possidere). L.* 5. *D. de stipul. serv.* Os actos ou omissões individuaes dos compossuidores, assim como dos membros de uma corporação, não prejudicam os outros, nem a corporação na sua posse. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 7. *artt.* 89. e 90. Porém a opposição de um é bastante para obstar á posse, que um terceiro tente adquirir. *Id. art.* 94.

CAPITULO II.

DIREITOS RESULTANTES DA POSSE.

Direitos dos possuidores: I. *em geral.*

§. 447. Os direitos dos possuidores variam conforme a qualidade destes. I. Em geral: 1.° qualquer possuidor presume-se justo, e deve ser mantido na posse, ainda que não offereça titulo, em quanto pela parte não for provado o contrario. *L.* 2 *Cod de probat.*, e *L. ult. Cod. de rei vind* 2.° Em igualdade de circumstancias é melhor a condição do actual possuidor *L.* 2. *D. uti possid.*, *L.* 128. *de reg. jur.* 3.° Ao simples detentor mesmo competem todos os direitos necessarios para a conservação da cousa, com a maior vantagem daquelle, a quem pertence a posse legitima. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 7. *art.* 137. 4.° E por tanto póde

desforçar-se pessoalmente, e deve ser protegido pela justiça contra as violencias de terceiros. *Ord. L.* 4. *tit.* 58. §. 2. 5.° Porém deve cedel-a ao ultimo possuidor, que a seu respeito é o legitimo, em quanto se não provar o contrario. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 140. e 164. 6.° Se o possuidor obteve a posse *vi, clam, aut precario*, ou por outro meio espoliativo, ainda que allegue o justo direito, que tem a olla, não é ouvido, sem a restituir. *Ord. cit. pr.*, e *L.* 3. *tit.* 40. §. 2. 7.° Se a posse actual é duvidosa e controvertida, o juiz deve manter a daquelle, de que se seguirem menos inconvenientes, ou ordenar o sequestro. *Ord. L.* 4. *tit.* 95. § 2., *cit. Cod. artt* 155. e 159. 8.° O possuidor imperfeito tem direito a conservar e defender a sua posse, em quanto dura o titulo especial, que lh'a deferiu, v. g., o usufructo, a locação: e isto não só contra terceiros, mas tambem contra o proprietario, ou possuidor perfeito. *Cit. Cod. art.* 169. 9.° Deve porém ceder áquelle, que o convencer de melhor direito, do que o outro, de quem a houve, ou da extincção do direito d'este. *Cit. Cod. artt.* 171. e 172. 10.° O possuidor perfeito sómente cede ao proprietario. *Cit. Cod. art.* 175.

II. *Em quanto aos fructos e rendimentos.*

§. 448. II. O possuidor de boa fé, em quanto aos fructos, *loco domini est*; e por tanto: 1.° faz seus todos os fructos da coisa possuida, recebidos, ou antes vencidos durante a boa fé. Mell. *L.* 3. *tit.* 3. § 9., Lobão *ad cumd. n.* 8. 2.° Restitue porém os que recebeu anticipadamente, cujo vencimento deveria ter logar, depois de findar a sua justa posse. *Cod. da Pr. cit. art.* 191. 3.° É obrigado a satisfazer os encargos respectivos ao mesmo tempo da posse. *Cit. Cod. art.* 196. 4.° O possuidor de má fé restitue todos os fructos, não só os *perceptos*, mas tambem os *percipiendos*; deduzidos unicamente os encargos, e as despesas necessarias. *Ord. L.* 2. *tit.* 53. §. 5., *Cod. Civ. Fr. art.* 549.

Pelo direito romano o possuidor imperfeito, como o usufructuario, o colono, adquiriam a propriedade dos fructos pela percepção, a qual era, para assim dizer, a tradição, que delles lhes fazia o proprietario. §. 36. *Inst. de rer. divis.*, *L.* 13. *D. quib. mod. ususf. vel usus amitt.* Porém o possuidor perfeito, *qui vere possidet*, de boa fé, adquiria-os logo pelo facto da separação; mas provisoria e revogavelmente, porque se os não tinha consumido, ou proscripto ao tempo da reivindicação, era obrigado a restituil-os *(exstantes)*. §. 35. *Inst. cod.*, *L.* 22. *Cod. de rei vind.* Vid. Savigny *Traité de la poss.* §. 23. As legislações modernas favorecem mais o possuidor de boa fé, adjudicando-lhe todos os fructos sem distincção de consumidos ou existentes. *Cit. Cod. da Pr. art.* 195., *Cod. Civ. Fr. art.* 549.

III. *Em quanto ás bemfeitorias e deteriorações.*

§. 449. III. Pela mesma razão de ser o possuidor de boa fé reputado senhor: 1.° tem direito a pedir as despesas de bemfeitorias, *a) necessarias*, *b)* e *uteis* existentes no acto da entrega; pelo valor do augmento actual da cousa, se este é inferior ao custo, como ordinariamente acontece nas casas; ou pelo custo, se este é inferior ao valor actual, como nas plantações. Voet *ad Pand. L.* 6. *tit.* 1. *n.* 36. 2.° Porém devem ser compensadas nos rendimentos, de maneira que apenas tem direito ao excesso, se ellas valerem mais *Ord. L.* 3. *tit* 86 §. 5., e *L.* 4. *tit.* 48. §. 7. 3.° As *voluptuarias* póde levantal-as, se o proprietario as não quizer pagar, e se ellas se podérem arrancar sem damno *L.* 38. *D. de rei vind.* 4.° O possuidor de má fé só póde pedir a indemnização das necessarias. *L.* 5. *Cod. eod.* Em

quanto ás deteriorações, 5.° o possuidor de boa fé não é responsavel por ellas, assim como o não é pelas faltas nos seus proprios bens, *L.* 31. §. 3. *D. de hæred. petit.*: 6.° o de má fé, por todas, ainda que procedam de culpa levissima: 7.° e até do acaso, excepto se provar, que o mesmo perigo teria acontecido, se a cousa estivesse em poder do proprietario. *L.* 15. §. 3. *D. de rei vind.*, *cit. Cod. artt.* 240. e 241. 8.° Ao possuidor de má fé incumbem tambem todas as despesas necessarias para a entrega da cousa a seu dono. *L.* 12. *D. eod.*

O possuidor, se já restituiu a cousa, póde pedir as bemfeitorias por *acção:* se ainda a não entregou, póde pedil-as por *excepção de retenção*, e mesmo por *embargos* na execução. Mas se o reivindicante deposita o pedido das bemfeitorias, ou sendo ellas illiquidas, o seu valor pelo juramento do possuidor, é logo entregue da cousa, podendo depois continuar-se a liquidação. *Ref. Jud. art.* 617. §. 1., Lobão *Exec.* §. 233.

IV. *Em quanto ás acções possessorias.*

§. 450. IV. Entre os direitos dos possuidores, um dos principaes é o de poderem usar de acções especiaes para pedir, reter, ou recuperar a posse *(interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae).* Estas acções têm a vantagem de não exigirem, senão a prova da posse, ordinariamente mais facil, do que a do dominio; de serem pela maior parte summarias; e de não prejudicarem a questão da propriedade: e por isso a ellas recorrem não só os simplices possuidores, mas ainda mesmo muitas vezes os proprietarios e possuidores perfeitos.

a) *Acção para pedir a posse* (adipiscendae).

§. 451. A acção para pedir a posse compete: 1.° aos herdeiros, ou sejam testamentarios, ou legitimos, para obterem a posse natural, ou effectiva detenção dos bens hereditarios, de cuja posse civil elles gozam logo desde a morte do defuncto pela disposição da lei. *Alv. de* 9 *de Nov. de* 1754, e *Ass. de* 16 *de Fev. de* 1786. 2.° Tem logar contra quaesquer detentores, excepto, *a*) contra o cabeça de casal, em quanto se não concluirem as partilhas, relativamente aos bens partiveis, *Dig. Port. art.* 620.; *b*) contra o testamenteiro, se o testador lhe encarregou a administração da herança, em quanto esta não findou, *cit. Dig. art.* 622.; *c*) contra o que fundamenta a sua detenção em titulo legitimo singular, v. g., compra, doação. Mendes in *Prax. L.* 4. *cap.* 10. *n.* 29. 3.° Compete tambem aos successores dos vinculos e dos prazos, satisfazendo as reposições, se as houver. *Cit. Ass.* 4.° E em geral a todos aquelles, que tiverem titulo legal da adquisição com translação da posse pela clausula *constituti. Cit.* Mend. *Pract. Lusit. L.* 4. *cap.* 10. *n.* 32. Na falta desta clausula, póde o adquirente em virtude do seu titulo pedir a posse; mas se o detentor se oppõe, é conservado em quanto o autor o não convencer por acção ordinaria. Peg. *de interd. nn.* 270. e 496., *Tract. das Acç.* §. 184. Não compete aos legatarios singulares. Lobão *Interd.* §. 56.

Esta acção, ou interdicto *adipiscendae possessionis*, é impropriamente enumerada pelos JCtos romanos entre aquelles, que têm por fundamento, ou são effeito da posse, porque neste tanto não existia ainda a posse, que o autor por elle a vai procurar. Savigny *cit.* §. 35. Porém como pelo nosso direito a posse das heranças passa pela disposição da lei para o successor, sem necessidade da *adição*, que por direito romano neste caso se exigia, é claro, que esta acção se vem a fundar na posse civil, que o autor ja tem, e como esta posse civil, no dizer do *Alv. de* 9 *de Nov. de* 1754, é acompanhada de todos os effeitos

da natural, alguns aconselham aos herdeiros indistinctamente esta, ou a acção de espolio. Lobão *Morgad. cap.* 13. §. 4. Com tudo a primeira tem a seu favor o durar trinta annos. *L. fin. Cod. de edict. Dir. Adr. toll.*

Sobre a praxe desta acção vej. o *Tract. das Acções* do Sr. Corr. Tell. §. 179., Mell. *L.* 4. *tit.* 6. §. 32., e Lobão *Interd.* §. 46.

b) *Acção de mânutenção, ou interdicto* retinendae.

§. 452. A acção para reter a posse compete: 1.° ao possuidor perfeito, *a*) ainda que a sua posse seja injusta e viciosa, *b*) com tanto que o não seja a respeito do mesmo adversario. *L.* 1. § 9. *D. uti possid.* 2.° Mas não ao simples detentor, nem áquelle, que possue em nome de outrem, como o colono, o procurador, o qual deve dar parte ao verdadeiro possuidor, *L.* 3. §. 8. *D. eod.*; excepto se quizer defender a sua simples posse natural. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 7. *art.* 169. 3.° Contra aquelle, que por vias de facto o perturba na sua posse. 4.° Para o fim de que mais o não perturbe, e lhe restitua os prejuizos, com a comminação de penas no caso de nova turbação. 5.° Se é intentada dentro em anno e dia, é summaria nos termos da *Ord. L.* 3. *tit.* 48., *Ref. Jud. art.* 281. Se o possuidor ainda não foi perturbado na posse, mas tem bem fundados receios disso, póde implorar a protecção do juiz contra o perturbador, fazendo-o intimar para esse fim com comminação de penas. *Ord. L.* 3. *tit.* 78. §. 5., Lobão *Interd.* §. 101.

Este interdicto *retinendae*, que os romanos diziam *Uti possidetis*, quando versava sobre as cousas immoveis, e *Utrubi*, quando sobre as moveis, é entre nós tambem chamado *acção de manutenção*, ou *de força nova turbativa*. Vid. *cit.* Mell. §. 30., e *Tract. das Acç.* §. 190.

c) *Acção de espolio, ou interdicto* recuperandae.

§. 453. Se o possuidor porém foi espoliado da posse natural, e confessa ter-lhe sido tirada: 1.° póde usar do interdicto *recuperandae*, tambem chamado *acção de espolio*, ou de *força nova espoliativa*, contra o espoliador, seus herdeiros, ou terceiro, para quem passou a cousa, para que lh'a restituam com seus rendimentos, perdas, e interesses. *Ord. L.* 3. *tit.* 78. §. 3., e *L.* 4. *tit.* 58. *pr.* 2.° Se deixou passar o anno e dia desde a espoliação, ou desde a sciencia, póde usar da acção chamada *de força velha*; porém esta é ordinaria. Per. e Sous. *Pr. Linh. Civ. Tom.* 4. *not.* 948.

Sobre a praxe vej. Mell. *cit.* §. 31., *Tract. das Acç.* §. 185.

CAPITULO III.

DA PRESCRIPÇÃO.

Noção de prescripção, e suas especies.

§. 454. Prescripção é a perda de um direito, por se não ter delle usado em certo espaço de tempo fixado nas leis. *Cod. da Austr. art.* 1451. Porém umas vezes o direito prescripto passa para outrem, em virtude da posse, em que este se acha do objecto desse direito; e então chama-se prescripção *adquisitiva (usucapio)*: outras vezes o direito, *e por tanto a acção, que delle resultava*, extingue-se; e então chama-se *extinctiva* Waldeck § 318. A primeira é um modo de adquirir a propriedade, e o seu fundamento a posse, e é por isso que della tractamos aqui: a segunda é um meio de extinguir as obriga-

ções, e o seu fundamento a negligencia do crédor (§. 142.).

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. S.)

Seu fundamento.

§. 455. A vantagem de fixar o direito de propriedade, e de obstar a litigios, sempre fataes para a sociedade, e quasi sempre ruinosos para as partes, tem levado os legisladores de todas as nações cultas a adoptar as *prescripções*: fundando-se na presumpção de estar satisfeita uma obrigação, e ter cessado um direito, que se não fez valer em um longo periodo; e de que nada tem de iniquo o impor a um crédor, ou proprietario negligente, esta pena da sua inacção. Mas porque este modo de adquirir se desvia do principio de direito natural, pelo qual a propriedade de um não póde sem o seu consentimento passar para outro, as leis sómente permittem as prescripções, sem com tudo annullarem a obrigação natural, ou em consciencia do devedor. Por isso: 1.° o juiz não póde applicar a prescripção, se o interessado a não allega. Silv. *ad Ord. L.* 3. *tit.* 50. *pr. n.°* 38, *Cod. Civ. Fr. art.* 2223.; excepto nas causas crimes. *Ref. Jud. art.* 1207. 2.° O devedor não póde nella fundar-se para repetir aquillo, que pagou, *cit. Cod. art* 1235. A prescripção não se póde anticipadamente renunciar. *Cit. Cod. art.* 2220.

Requisitos geraes da prescripção, a) *em quanto ao objecto.*

§. 456. 1.° Todas as cousas, que podem ser possuidas, podem ser adquiridas pela prescripção *adquisitiva:* excepto as que estão fóra do

commercio, como as sagradas, e os direitos e bens nacionaes de tal maneira ligados ao dominio publico, que não podem delles saír, sem mudar de natureza (§. 86.). 2.° Todas as obrigações, ou, o que val o mesmo, todos os direitos, e acções correspondentes, podem ser extinctos pela *extinctiva*, excepto aquellas, que a lei declara imprescriptiveis; como *a*) a obrigação de desfazer o balcão, ou passadiço feito sobre a rua, *Ord. L.* 1. *tit.* 68. §. 32.; *b*) a acção para extinguir o atravessadoiro, *L. de* 9 *de Julh. de* 1773 §. 12.; *c*) a acção para dividir a cousa commum, e outras.

b) *Em quanto ao seu começo.*

§. 457. Como a prescripção extingue um direito, e por tanto uma acção em pena da negligencia do autor, para ella aproveitar ao prescribente, é necessario: 1.° que essa acção fosse exequivel; 2.° que aquelle, a quem ella competia, não estivesse impedido. Na primeira relação a prescripção não corre: *a*) nas obrigações *ex die*, ou *sub conditione*, em quanto esta se não verifica, *L.* 7. §. 4. *Cod. de praescript.* 30. *ann.*; *b*) na acção de evicção, em quanto a cousa não foi evicta, *Cod. Civ. Fr. art.* 2257.; *c*) na pignoraticia para pedir o penhor, em quanto não está paga a divida, *L.* 9. §. 3. *Dig. de pign. act. d*) Na segunda relação não corre contra os impuberes, durante a impuberdade; nem contra os ausentes no serviço do estado, ou em quanto a administração da justiça está impedida, como no caso de peste, ou guerra, *Ord. L.* 4. *tit.* 79. §. 2., *Cod. da Sard. art.* 2386. Contra os menores puberes, assim como contra os interdictos corre, salvo o beneficio da restituição, *cit. Ord.* §. 2.

e) **Não corre contra os filhos-familias**, durante o patrio poder, em quanto ás acções, que lhes competem contra o pae, ou contra terceiros pelos bens invalidamente alienados por este, *L.* 1. §. 2. *Cod. de ann. except.*, *Ord. L.* 3. *tit.* 9. §. 3.; *f*) nem contra os conjuges, durante o matrimonio, em quanto ás acções, que podiam competir entre um e outro, ou á mulher contra terceiros, nos casos de reflectir a responsabilidade sobre o marido. *Cod. Civ. Fr. artt.* 2255. e 2256. **Se os impedimentos sobrevieram pelo decurso da prescripção, suspendem-na temporariamente, em quanto duram.**

c) *Em quanto á sua continuação.*

§. 458. O espaço ou lapso da prescripção deve ser *continuo*, e não *interrompido*. A interrupção *(usurpatio)* póde ser *civil* ou *natural*. A primeira tem logar, quando o possuidor foi citado válida e explicitamente sobre o objecto disputado, ainda que sómente o seja no juizo de conciliação; com tanto que, no caso de não conciliação, seja levada a causa ao contencioso dentro em um mez. *Cod Civ. Fr. art.* 2245., *Ref. Jud. art.* 301. A segunda dá-se: 1.° quando o possuidor na adquisitiva foi desapossado, quer o fosse pelo proprietario, quer por terceiro, se dentro em anno e dia não requer a restituição. *L.* 5 *D. de usucap.*, *L.* 17. *de adq. vel. amitt.* Se a requereu, e a final obteve, conta-se todo o tempo, que durou o litigio. Domat *Loix Civ. L.* 3. *tit.* 7. *sect.* 5. *art.* 18. 2.° Quando o possuidor reconheceu o direito do antigo proprietario; ou na extinctiva o devedor reconheceu o direito do crédor, quer expressamente, quer por factos, como pagando aluguel, pedindo espera, renovando o titulo,

pagando juros. *Cod. Comm. art.* 896., e *Cod. Civ. Fr. art.* 2248. O tempo anterior á interrupção fica todo perdido para a prescripção, *Ord. L.* 4. *tit.* 79. §. 1., e nisto differe da *suspensão*, de que falámos no §. antecedente.

Ainda que o possuidor a titulo de propriedade não perca a posse, nem a interrompa, por ter transferido para outro a natural; v. g., arrendando a cousa: com tudo, se por esta maneira mesmo a transferiu ao antigo proprietario, contra o qual a quer prescrever, interrompeu-se; e este adquire a posse civil, por isso que o proprietario nunca póde possuir em nome de outro. *L.* 21. *D. de usucap.*, Poth. *de la prescript. n.* 41.

d) *Em quanto á boa fé.*

§. 459. **Para aproveitar a prescripção, é necessaria *a boa fé* do prescribente. Esta, na adquisitiva, consiste na persuasão, em que está o possuidor, de que a cousa possuida lhe pertence de propriedade; e na extinctiva, na persuasão, em que está o devedor, de que não deve.** Exige-se esta, *a*) não só no principio do espaço da prescripção, mas por todo o decurso della. *Ord. L.* 4. *tit.* 3. § 1., e *tit.* 79. *pr.*, *cap. fin X. de praescript. b*) Se nesse espaço foram differentes os possuidores, ou devedores, conta-se a posse de uns e outros, porém em todos é necessaria a boa fé: e por tanto se o actual é de má fé, de nada lhe aproveita a boa do ante-possuidor; e *vice versa*, tendo a do ante-possuidor sido má, só se attende á boa do actual. *L.* 43. *D. de usucap.*, Lobão *Fascic. Tom.* 1. *Diss.* 4.ª §. 69. A boa fé presume-se; á parte incumbe a prova em contrario.

Por direito romano *L.* 48. §. 1. *Dig. de adq. rer dom.* bastava a *boa fé* no principio da prescripção: ainda que pelo decurso o possuidor viesse no conhecimento de que ella lhe não perten-

cia, sempre o espaço da prescripção continuava · o mesmo foi adoptado no *Cod. Civ. Fr. art.* 2269. Porém a nossa *Ord.* seguiu a disposição do direito canonico *no cap. fin. X. de praescript.* Vej. Lobão *cit. Diss.* 4.ª *sobre a boa e má fé das prescripções.*

Para se dar boa fé na posse para a prescripção, é necessario, que o possuidor se persuada de que é proprietario: quando na posse para usar dos interdictos, ou fazer seus os fructos, basta a persuasão de que lhe compete a posse, v. g., no usufructuario. Ordinariamente decide-se da boa, ou má fé com relação ao titulo ser, ou não, justo. Porém póde acontecer, que o possuidor por titulo justo seja de má fé, v. g., se sabia, que a cousa não era daquelle, que lh'a deu e *vice versa* póde dar-se boa fé no possuidor injusto; como no que erron de facto, v. g., comprando a quem não era senhor. *L.* 27. *D. de contr. empt.*

Requisitos especiaes da adquisitiva: I. *posse titulada.*

§. 460. O essencial requisito da prescripção adquisitiva consiste na *posse*, ou *quasi posse*, se se tracta de um direito; a qual, para operar este effeito, deve ser, I. *fundada em justo titulo* (§. 52.). Para este ser *justo*, é necessario que seja: 1.° *real*; por tanto o possuidor, que cuida possuir por titulo, que realmente não existe, não póde prescrever, §. 11. *Inst. de usucap.*: — 2.° *válido* e *legal*, *L* 27. *D. de usucap.* (vej. o cit Poth. *de la prescript n.* 28); — 3.° *habil para transferir a propriedade. L* 24. *Cod de rei vind.* Por tanto: *a*) deve o possuidor ter a posse civil, ainda que a exerça por outrem; *b*) nem póde prescrever o possuidor imperfeito, que possue em nome de outrem, em quanto a não obtiver por titulo de proprietario, v g; o locatario. *L* 13 *D de usucap*, *L* 1. *Cod. comm. de usucap* O titulo do começo da posse presume-se continuar, em quanto se não provar alterado; e por tanto se elle era habil para transferir a propriedade, assim continúa, e procede a prescripção, e *vice versa*,

se era em nome de outrem. *Cod. Civ. Fr. art.* 2230. e 2231. O justo titulo não se presume; é necessario appresental-o; excepto na prescripção de trinta annos. Mell. *L.* 3. *tit.* 4. §. 9.

Quando aqui se tracta do *titulo*, não se entende o titulo proveniente do senhor da cousa, que por si transfere a propriedade della; porque então para a adquirir, não necessita o possuidor de recurrer á prescripção · mas sim o titulo proveniente *a non domino*, o qual, não tendo propriedade, que transfira, não faz mais do que pôr o possuidor em estado de prescrever assim o que vende os bens alheios, não transfere a propriedade, porque a não tem. mas a posse do comprador em virtude da compra é habil para a prescripção.

O possuidor póde obter a posse, ou a *titulo de proprietario*, isto é, com o animo e fim de adquirir a propriedade, ou a *titulo precario*, isto é, sem animo de adquirir a propriedade, como o colono, e usufructuario, e os outros possuidores imperfeitos, cuja posse por isso lhes não aproveita a elles para prescrever, podendo porém aproveitar aos outros, que continuam na posse civil. A respeito destes verifica-se a regra · *nemanem sibi ipsi causam possessionis mutare posse*, *L.* 3 §. 19. *D. de adq. vel amitt. poss.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 2240. Assim o que obteve a cousa por emprestimo, ainda que possua por mais de trinta annos, não póde prescrevêl-a. e entende-se possuir sempre em nome do proprietario, em quanto por meios legaes lhe não declarar, que possue em nome proprio, ou a não obtiver por titulo de propriedade; v. g., recebendo por doação o que até ahi tinha por emprestimo. Em quanto aos successores destes possuidores imperfeitos: se são *universaes*, como são obrigados, e representam o seu antecessor, não podem prescrever, excepto pela prescripção trintennaria se são *particulares*, podem prescrever pela sua propria posse, não se attendendo á do antepossuidor: assim se o commodatario vendeu a cousa emprestada, o comprador, sendo de boa fé, póde prescrevel-a, contando o espaço desde a compra. *Cod. Civ. Fr. artt.* 2237. e 2239., *cit.* Poth. *nn.* 33. e 34. Vej. Lobão *cit. Diss* 4

No *Digesto* acham-se enumerados e tractados especialmente os differentes titulos justos da prescripção desde o *tit.* 3. *do L.* 41. *até o tit.* 10.; mas podem apparecer ainda outros.

II. *Publica, e não equivoca.*

§. 461. II A posse deve ser *publica, e não*

equivoca, nem *viciósa*. Por tanto não póde prescrever aquelle, que possue por actos de violencia, ou clandestinamente, ou *precariamente*, isto é, com licença e por mera tolerancia do antigo proprietario. *L* 4 §§ 25 e 26, e *L* 31. §. 4 *D. de usucap*, *Cod. Civ Fr. art* 2228 - *e seg* Contra a prescripção de trinta annos póde opor-se esta posse viciosa, ainda quando o titulo da adquisição pareça legitimo.

III. *Pelo espaço de tempo marcado nas leis:* a) *ordinaria.*

§. 462. III. Finalmente é necessario, que a posse dure pelo espaço de tempo marcado nas leis, o qual varia conforme as differentes especies de bens, e suas circumstancias. O espaço ordinario da posse exigido para a prescripção adquisitiva dos *moveis* é o de tres annos · para os *immoveis*, é o de dez annos entre presentes (residentes na mesma Comarca), e de vinte entre ausentes (residentes em differentes Comarcas). *Pr Inst de usucap*, Mell. *L* 3 *tit* 4. §. 5. Se o espaço correu parte entre presentes, parte entre ausentes, contam-se os annos da presença, e os da ausencia exigem-se em dobro; por outra, contam-se dous annos de ausencia por um de presença. *Nov.* 119. *cap.* 8 ·, *Cod. Civ. Fr. artt.* 2265. e 2266.

A respeito da prescripção dos moveis, o *Cod. Civ. Fr. art.* 2279. adoptou a regra de que a *posse equival a titulo de adquisição*, — *la possession vaut titre*, — adoptada tambem no *Cod. da Holl. art* 2014., excepto nas cousas perdidas, ou furtadas, em que tem logar a prescripção triennal Daqui conclue Delvincourt *Cours de Code Civ. T.* 2. *L.* 3. *tit.* 6 *chap* 3., que para adquirir moveis, á excepção daquelles dous casos, não é precisa a prescripção, basta o facto da posse · ou, o que é o mesmo, que o possuidor de um movel é de tal maneira reputado proprietario, que ninguem lh'o póde reivindicar: o que justifica com

com a circulação rapida dos moveis; com a circumstancia de não serem ordinariamente passados por escripto os contractos sobre estes bens, e finalmente com os embaraços do commercio, se os adquirentes com o receio da evicção tivessem de examinar, se os vendedores eram, ou não, legitimos proprietarios. Troplong *Droit Civ. expliq., no commentario ao cit* §. 2279 segue isto mesmo; á excepção do caso, em que o possuidor esteja ligado ao proprietario por obrigação pessoal relativa ao movel, de que se tracta, proveniente de contracto, ou quasi contracto, delicto, ou quasi delicto, porque então não se póde defender com a posse, menos que não tenha a prescripção trintenaria. O nosso *Cod. Comm.* parece haver tido em vista este principio, pois que não permitte reivindicar as fazendas vendidas, senão no caso unico de não estarem pagas. *Art.* 909. *e seg.*

Estas doutrinas a respeito da prescripção adquisitiva são entre nós tiradas do direito romano, porque não temos lei patria. Mas por este direito, *Nov.* 119. *cap.* 7, só tem logar a prescripção ordinaria dos immoveis por dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes, verificando-se a circumstancia de saber o proprietario, que a cousa era sua, e que o possuidor de má fé a alheára para o prescribente de boa fe, e a pezar disso a não ter reclamado dentro naquelle espaço, porque na hypothese da ignorancia do proprietario só tem logar a trintenaria; o que se acha tambem indicado na *Authent. Malae fidei Cod. de praescript. long. temp.* Por esta maneira aquella prescripção de dez e vinte annos ficou sujeita a tantas difficuldades, que raras vezes se poderá implorar com esperanças de bom resultado e por isso ordinariamente recorre-se á de trinta annos.

b) *De trinta annos.*

§. 463. Recorre-se á posse de trinta annos nos seguintes casos · 1.° quando o possuidor não tem justo titulo, porque a diuturnidade de tempo o faz presumir perdido. 2.° Quando as cousas foram antecedentemente furtadas, ou tomadas violentamente, as quaes o possuidor de boa fé mesmo não póde prescrever, senão neste espaço *L* 3., e *L* 8. §. 2. *Cod. de praescr.* 30. *ann* 3.° Nos bens dos menores. *L.* 3. *Cod. quib non objic. long. temp. praescript.* 4.° Nas cousas, que por convenção, ou testamento era prohibido

alienar. *L.* 2 *Cod. de usucap. pro empt* Vid Waldeck §. 328

c) *De quarenta annos.*

§. 464. Exige-se a posse de quarenta annos para a prescripção: 1.° dos bens nacionaes, que podem ser alienados, *L* 4. *Cod. de praescript.* 30. *ann.*; 2.° dos bens municipaes, *L. fin. Cod. de fund. patrim.*; 3.° e das Igrejas, *Authent. Quas actiones Cod. de sacros Eccl*; 4.° e dos vinculados. *Decr. de 4 de Abr. de* 1832 *art.* 20

Os interpretes do direito romano mencionam tambem a *prescripção immemorial*, isto é, a prova da propriedade em virtude de uma posse tão antiga, que excede a memoria dos homens, a qual se póde dar a respeito de cousas imprescriptiveis pelas leis, mas cuja adquisição seja possivel por privilegio. E antes um meio de provar a propriedade, do que modo de a adquirir O Sr. Corrêa Telles *no Dig. Port. 1. art.* 1377., e Lobão *á Mell. L.* 3 *tit.* 4 §. 7. apontam alguns exemplos, os quaes hoje pouco uso poderão prestar, á excepção de ser este um meio de provar os bens vinculados, e as servidões descontinuas.

Requisitos especiaes da extinctiva.

§. 465 Na prescripção *extinctiva* não se exige outro requisito, além da boa fé, e dos outros communs, senão o lapso de trinta annos, contados desde que o devedor devia cumprir a obrigação, *Ord L* 4 *tit* 79.; excepto: 1.° nas dividas ao Estado ou Thesouro, as quaes sómente prescrevem por quarenta annos, *Ord da Fazenda cap.* 210. 2.° nos casos, em que por lei especial se estabelece prazo mais breve, ou mais longo.

A *Ord. L* 4. *tit.* 79. estabelece esta regra para a extincção das obrigações provenientes de *contracto*, ou *quasi contracto*;

a qual os interpretes têm applicado não só ás chamadas em direito romano *pessoaes*, fundadas no *jus ad rem*, e ás *mistas*, como a de partilhas, nullidade de testamento, *communi dividundo*, etc., Mell. *L.* 3. *tit.* 4. § 2., mas tambem a outras quaesquer, que se devam em virtude de contracto, ou quasi, ainda que sejam fundadas no *jus in re*, como a obrigação do emphyteuta, a do censuista, Val. *Cons* 49 *n.* 6., visto que por aquelle direito em todas tinha logar a extincção pelo lapso dos trinta annos. Facil é de entender, que as *reaes*, quando não partem de contracto, seguem os termos da *adquisitiva*, pois se um terceiro adquire por meio da posse a propriedade do objecto prescripto, claro é, que se extinguiu o direito e acção do antigo proprietario para a repetir.

Além das prescripções ordinarias, em que se exige o lapso do tempo, que fica exposto, ha outras muitas, para as quaes as leis requerem maior, ou menor espaço, as quaes irão indicadas nos logares respectivos. Assim, por exemplo, a acção de soldadas dos criados prescreve por tres annos, se serviam por anno; ou por tres mezes, se serviam por mez; contados desde que sairam de casa dos amos, ou desde que chegaram á maioridade, se eram menores. *Ord L* 4. *tit* 32. *pr.* e §. L. Os salarios dos advogados, procuradores, escrivães e officiaes de justiça prescrevem por tres mezes desde a sentença final. *Ord. L.* 1 *tit.* 79. § 18., *tit.* 84 §. 30., e *tit* 92 §. 18.

Merece fazer-se especial menção de algumas, dignas de ser adoptadas pela boa razão, em que se fundam, e por se acharem entre as leis das nações civilizadas, e como taes recommendadas por Lobão *á Mell. L.* 3. *tit.* 4. §. 4., e no *Dig. Port. 1. art.* 1323. *e seg.*

Taes são 1.° as visitas dos medicos e cirurgiões, e a importancia das receitas dos boticarios, as quaes prescrevem em um anno desde a ultima visita, ou receita, bem como as fazendas, ou generos fiados das lojas de mercadores, que vendem por miudo a pessoas, que os compram para seu consumo. *Cod. Civ Fr. art.* 2272.

2.° As lições dos mestres de artes, ou officios, que ensinam por mez, as quaes prescrevem por seis mezes depois que as terminaram bem como

3.° Os jornaes de officiaes e trabalhadores, e os gastos feitos nas estalagens, casas de pasto, e os alimentos fiados dos taberneiros, padeiros e carniceiros. *Cit. Cod. art* 2271.

4.° Os foros, censos, e outras prestações annuaes, e bem assim os alugueres e rendas de casas, ou fazendas, e os juros do dinheiro, prescrevem por cinco annos. *Cit. Cod. art.* 2277.

5.° Exceptua-se porém o caso de ter sido interrompida a

prescripção por ajuste de contas feito por escripto, ou por citação. *Cit Cod. art* 2274., *Dig. Port.* 1. *art.* 1329.

* *(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. T.)*

SECÇÃO 4.ª

DA PROPRIEDADE COMMUM.

Razão de ordem

§. 466. Quando o direito de propriedade sobre a mesma cousa compete conjunctamente a muitas pessoas physicas, ou moraes, chama-se *propriedade commum*, ou *compropriedade*. Differe da *propriedade limitada* em que nesta cada uma das pessoas exerce sua porção da propriedade, ou alguns desses direitos parciaes, de que ella se compõe: porém na compropriedade a muitas pessoas compete *pro indiviso* o mesmo direito, ou seja total, ou parcial. A compropriedade póde provir ou de convenção, ou de disposição de terceiro, e então deve principalmente regular-se pelas clausulas, que no titulo lhe foram fixadas: ou de algum accidente fortuito. Aqui tractamos desta ultima especie; cujas regras porém são igualmente applicaveis ás outras no silencio do titulo *Cod da Pr P.* 1. *tit* 17. *art.* 9. Entre os coherdeiros até ás partilhas dá-se tambem uma especie de propriedade commum, de que tractaremos em Capitulos separados

CAPITULO 1.

DA PROPRIEDADE COMMUM DE UMA COUSA.

Direitos dos comproprietarios: I.) *em geral.*

§. 467. Como a propriedade pertence a todos os comproprietarios em commum: 1.° nenhum delles, ainda que tenha maior quinhão, póde sem o consentimento dos outros dispor, alienar, nem obrigar-se, senão em quanto á sua parte respectiva. *L.* 16. *D. de reb. cred.*, *L* 68 *pro soc.* 2.° Cada um tem direito a perceber os fructos, ou rendimentos em proporção da sua parte; mas 3.° deve igualmente concurrer na mesma razão para as despesas e reparos *Cod. da Pr. cit. artt* 44. e 45. 4.° E quando algum não queira concurrer para a conservação, ou reparos, póde ser judicialmente obrigado a vender. *Cit. Cod. art.* 46. 5.° Em regra qualquer dos comproprietarios tem direito de requerer a partilha, ou divisão da cousa commum, não sendo intempestivamente: excepto nos casos, em que as leis, a convenção, ou disposição, a prohibirem *temporariamente:* porque este direito é imprescriptivel, assim como nulla a condição, ou estipulação de nunca dividir. *L.* 14. §. 2., e *L.* 15. *D. comm. divid*, *cit Cod. art.* 76.

II. *Em quanto á administração.*

§. 468. 6.° O uso e administração da cousa commum deve ser regulada pela maioria de votos dos comproprietarios, contados, não por cabeça, mas na razão do interesse, ou porção de cada um. *Arg da Ord L* 4 *tit* 74 §. 3., *cit. Cod. da Pr. art* 21 7.° No caso de empate, póde a duvida ser decidida por arbitros, ou pelo juiz; os quaes na sua decisão devem attender á maior vantagem dos consocios, e ao uso mais analogo ao destino da cousa *Cit. Cod art.* 24. 8.° Quando se tracta de innovações sobre a administração ou uso, como bemfeitorias dispendiosas, deixar de pousio o predio, que costumava semear-se,

dar novo destino aos capitaes; os socios vencidos podem pedir caução aos prejuizos, que receiam, ou retirar-se da sociedade: mas se preferirem continuar, podem requerer uma decisão sobre essa caução, ou condições, que pedem *Cod. da Austr art* 834, Lobão *Obr. recipr.* §. 518. *e seg.* 9° A guarda da cousa commum, no caso de não estar designada pela maioria, pertence áquelle, que tiver maior parte: se as partes forem iguaes, aquelle, que offerecer melhor segurança: se assim se não póder resolver, decide-se pela sorte. *Ct. Cod da Pr. artt.* 26 e 27. 10° Cada um póde pedir ao outro, que desfructou ou administrou a cousa commum, a sua parte dos fructos, e a indemnização da culpa deve. *L.* 16. §. *pen*, e *L* 25. § 16 *D fam ercisc.*, e *L.* 4. *Cod. comm divid.*

III. *Divisão* a) *da cousa commum.*

§. 469. Para a divisão da cousa commum *individual (actio communi dividundo)* devem ser citados todos os comproprietarios, ou consortes, para nomear e acceitar louvados, que façam a partilha, com a pena de revelia Devem além disso ser intimados sobre o dia e hora da divisão, para comparecerem, e requererem o que lhes convier. Mendes *Pract Lus. L* 4. *cap* 3. *n.* 27. Na divisão de predios, *a*) os louvados devem attender á qualidade e producção de cada uma das suas partes, e á vantagem, ou inconvenientes da situação, a fim de igualarem os consortes na quantidade e qualidade. *Ct. Cod da Pr. art.* 844 *b*) Devem marcar com o menor incommodo as servidões necessarias para os usos de cada um. *Ct Cod. art.* 338. *c*) Finalmente regular as partes de maneira, que se evitem as

tornas em dinheiro, em quanto se podérem igualar com o augmento na quantidade *Ct. Cod. art* 343. Se a cousa não admitte divisão na substancia, deve ser adjudicada a um com a obrigação de compor os outros a dinheiro; ou se nenhum a quizer, ser vendida, e partido o preço. *Arg. da Ord L.* 4. *tit.* 96 § 5.

b) *Das aguas*

§ 470. A divisão das aguas póde ser feita, ou em quantidade continua, ou toda, mas distribuida não só por dias, mas por horas, quando não admittir outra divisão, e até variando conforme as estações, *L* 5. *D. de aqua quotid. et aest.*; e em proporção da extensão e necessidade das terras, que com ella cada um dos consortes costuma regar, Lobão *Aguas* §. 211.; excepto se algum por prescripção, ou outro titulo provar, que lhe deva competir maior porção *L.* 25 *D de servit. rust.* Partida a agua, cada um póde regal-a no predio, para que lhe foi dada, ou em outro, se lhe não obstar alguma servidão. *L.* 24. *eod.*

c) *Dos baldios, ou maninhos.*

§. 471. Os baldios privativos de algumas povoações para estrumes, lenhas, ou pastagens podem ser aforados, e partidos entre os moradores das povoações respectivas pelas Camaras Municipaes, ou Juntas de Parochia. *Alv de* 27 *de Nov de* 1804 §. 10. Nesta divisão devem entrar os moradores de fóra, que naquella povoação tiverem predios. *Dig. Port.* 2. *art.* 1182. E deve fazer-se, tendo attenção ás necessidades dos moradores, não só em quanto aos fogos, mas com

respeito á quantidade de suas fazendas e gados. *Id. art.* 1183

Parece que ás Camaras é conservado ainda este direito pelo *Cod. Adm. art.* 123. *n.* 6., sendo as deliberações remettidas ao Governador Civil, ou talvez ao Conselho de Districto, *art* 124. A jurisdicção das Juntas de Parochia neste objecto póde deduzir-se dos *artt.* 309. 310. e 311. do mesmo.

d) *Demarcações.*

§. 472. Quando os limites dos predios confinantes estão confundidos, resulta uma especie de communião, a qual cada um dos interessados póde terminar, requerendo a demarcação (*dictio finium regundorum*) Segue os mesmos termos, que a acção da divisão. Os louvados devem metter os marcos, onde apparecerem vestigios dos antigos limites; se estes não apparecem, nem os confinantes provam posse liquida, deve dividir-se a parte litigiosa do terreno *Cit. Cod. da Pr artt* 379. e 381 As despesas da demarcação são rateadas por todos os consortes em proporção. *Cit Cod. art* 384

Antigamente esta acção era summaria, *L* 3 *Cod. fin reg*, Leitão *fin reg cap.* 13 ; excepto quando as partes não concordavam sobre as extremas, ou o autor pedia alguma parte do terreno possuido pelo reo. Val. *de jur. emph quaest* 9. *n* 21. Talvez ainda hoje possa ser comprehendida na generalidade do *art.* 281. *da Ref. Jud.*

CAPITULO II.

DA ADMINISTRAÇÃO DAS HERANÇAS.

Connexão.

§. 473 As *heranças*, cuja propriedade pertence a todos os herdeiros *pro indiviso* desde á morte do defuncto, constitue a especie mais

frequente e principal *de propriedade commum*, sobre cuja administração e partilhas as leis têm particularmente providenciado; de que por isso aqui tractamos separadamente.

Do cabeça de casal

§. 474. Chama-se *cabeça de casal* a pessoa, que está na posse e administração da herança, e a quem os coherdeiros vêm pedir as partilhas. Compete ser cabeça de casal. 1.° ao conjuge sobrevivo, *Ord L* 4 *tit* 95 *pr* ; excepto se estavam separados perpetuamente. Cab. *P.* 2. *Ar* 59. 2.° Na falta de conjuge, compete ao filho, ou coherdeiro ; que vivia com o defuncto ; ou que pelo seu fallecimento tomou conta e posse dos bens. *Cit Ord tit* 96 §. 9. 3.° Se ficam muitos em commum, v g., muitos filhos, o juiz póde designar o mais idoneo. Per e Sous *Pr. Linh Civ.* 4 *not* 1021 4.° Se cada um dos coherdeiros está na posse de alguns dos bens da herança, é, quanto a estes, considerado como cabeça de casal. Mell. *L.* 3 *tit* 12 § 7. 5.° O juiz deve pôr em sequestro a herança, em poder de depositario idoneo. *a*) quando nenhum dos herdeiros vem tomar conta della ; *b*) quando entre elles se receiam rixas, *Ord. L.* 4. *tit.* 95. § 2. ; *c*) quando o actual cabeça não quer dar; ou retarda as partilhas com duvidas illegaes. *Cit Ord tit.* 96 § 12 A estes extraordinariamente nomeados não competem mais direitos, do que os dos depositarios ; e servem de lingua na descripção dos bens, se o inventario ainda não está feito.

Na *Ord. L.* 4. *tit.* 95., *Manoelm. tit.* 7., e *Affonsin. tit.* 12. acha-se determinado, que ao conjuge sobrevivo compete ficar em posse e cabeça de casal até ás partilhas e na outra *Ord. tit.* 96. §§. 4. 9. e 10. se encontra a mesma disposição em favor

do irmão, que estava na posse ao tempo da morte do ultimo dos paes. Porém nem nestas Ordenações, nem nas leis romanas, donde taes doutrinas foram pela maior parte tiradas, se vêem fixados os direitos, que competem ao cabeça de casal relativamente aos bens communs: provavelmente porque as leis contavam ser executadas á risca, em quanto determinam prazos curtos para a confecção do inventario, e conclusão das partilhas. Mas como na practica a cada passo não só as partilhas são escandalosamente espaçadas, mas no fóro continuadamente se agitam questões sobre as faculdades do cabeça, só nos escriptos dos praxistas achamos os fundamentos para as decidir. Quando o cabeça de casal é menor, como algumas vezes acontece, nelle fica investida a posse dos bens; porém a administração compete ao tutor debaixo da direcção do Conselho de familia.

Pelas leis francezas, *Cod. Civ. art.* 819., *Cod. de procéd. art.* 907., deve o Juiz de Paz pôr sellos nos objectos da successão a requerimento de algum dos coherdeiros, ou do Ministerio Publico em certos casos, até se proceder ao inventario, e na occasião deste deve o juiz designar a pessoa, que a fica administrando até á final decisão.

As nossas leis não fazem menção desta apposição dos sellos, excepto o *Cod. Comm. no art.* 1155.

Seus direitos e obrigações.

§. 475. Ao cabeça compete pela lei a administração e a posse da herança commum. Como administrador, 1.° recebe todos os fructos e rendimentos, e satisfaz os encargos ordinarios, com a obrigação porém de dar contas, e trazer ás partilhas ou os sobejos liquidos dos rendimentos, ou os lucros, e bens comprados com estes, á escolha dos coherdeiros, *Ord. L.* 4. *tit.* 96. §§ 2. 7. 8. e 10.; excepto se for o pae, a quem compete o usufructo *Cit. Ord.* § 8. 2.° Tem direito a cobrar e pagar as dividas da herança Maced *Dec.* 100. 3.° Não póde porém vender nem alienar, excepto os fructos, e outros objectos destinados para esse fim. Guerr. *Tr.* 2. *L.* 6. *cap.* 12. *n.* 61 4.° Tem direito a pedir as despesas, que fez, ou dividas, que pagou dos seus

proprios bens, com juros desde a móra: assim como obrigação de indemnizar as perdas provindas de culpa leve. *L.* 18 §. 3., e *L.* 25. §. 16. *D. fam. ercisc.*, Lobão *Obrig recipr.* §. 753. *e seg.*

5.° Como possuidor, póde usar de todas as acções possessorias para obter, conservar e recuperar a posse *Ord L* 4 *tit.* 95 *pr* 6.° Não só lhe compete a posse dos bens hereditarios, mas tambem dos que têm successor especial, como morgados, se delles ha alguma reposição á herança, em quanto se não fez, ou deposito equivalente. *Cit. Ord.* § 1., Lobão *a Mell. L.* 2 *tit.* 8. § 15. *n.* 3. 7.° É obrigado a dar os bens ao inventario e partilhas, *cit. Ord. tit.* 96. *pr.*; 8.° bem como a participar ao juiz dentro em oito dias a morte da pessoa, de que ficassem herdeiros menores, interdictos, ou ausentes. *Ref. Jud. art.* 393.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota U.)

CAPITULO III.

DOS PREPARATORIOS DAS PARTILHAS

I.° *Do inventario.*

§ 476 As partilhas são precedidas do *inventario*, e *avaliação;* e muitas vezes da *collação*, e *licitação*. 1. *Inventario* é a relação e descripção dos bens, que em todo, ou por algum respeito pertencem á massa partivel. Val *de part cap* 8 *n.* 4. 1.° O cabeça de casal deve principial-o dentro em trinta dias desde a morte do defuncto, e concluil-o nos sessenta dias seguintes. *Ord. L* 1. *tit.* 88. § 4, *Ref Jud. art.* 405. 2.° Começa pelo juramento do mesmo, em que promette descrever fielmente os bens, sob pena

de sonegados no caso de dolo. *Cit. Ord* 3.° No inventario devem descrever-se todos os bens, indicando alguns signaes, por que se distinguam, e classificando-os em moveis, raiz, e dividas activas e passivas, conforme o seu estado *Cit Ord.* 4.° Os bens, que nada têm com a partilha, como morgados, ou prazos, sómente se descrevem para evitar o descaminho; ou quando pertençam a menores, para se fazer delles carga ao tutor: descrevem-se porém as bemfeitorias ou reposições, que delles se devam fazer *Cit. Ref. art.* 416. 5.° A falta da descripção das dividas passivas não prejudica aos crédores *Dig Port.* 2 *art.* 1019. Se o cabeça é menor, o tutor póde servir de lingua. Guerr. *Tr.* 4. *L.* 5. *cap* 10 *n.* 1.

O inventario muitas vezes se faz para outros fins, além das partilhas, como para gozar do beneficio de inventario: quando é feito pelo testamenteiro, usufructuario, ou qualquer administrador de bens alheios, quando é um só o herdeiro, mas menor, ou equiparado a estes.

II. *Da avaliação*

§. 477. A partilha não se póde fazer, sem ser conhecido o valor liquido dos bens; e para isso é necessaria a *avaliação*, ou no mesmo acto da descripção, como é estylo; ou depois; a qual deve fazer-se pela fórma, que em outro logar fica indicado (§ 90. *e seg.*). *Ord cit.* § 5., *cit Ref art* 405. O juiz das partilhas expede deprecadas, para ser feita a avaliação dos bens sitos fóra da sua jurisdicção

III. *Da collação.*

§. 478. III. *Collação* é a reposição, que os filhos fazem á massa da herança, dos bens, que

receberam de seus paes em vida destes, para entrarem em cumulo nas partilhas. Mell. *L* 3. *tit.* 12. § 12 O fim da collação é a conservação da igualdade do direito, que a natureza e as leis dão a todos os filhos relativamente aos bens dos paes, deixando a estes apenas livre a disposição da terça. Os bens conferidos fazem cumulo para as legitimas, mas não para a terça (§. 350.).

Esta doutrina acha-se, ainda que mui confusa, na *Ord. L.* 4. *tit* 97., tirada, pela maior parte do direito romano, e extensamente tractada pelos praxistas conjunctamente com a das partilhas. Deve principalmente consultar-se Val. *de part. et collat.*

Em que herdeiros tem logar?

§. 479. A collação tem logar tão sómente entre os filhos e mais descendentes. Por tanto não são obrigados á collação: *a*) os ascendentes, cujo direito á legitima, fundado só na gratidão e reconhecimento, não é tão rigoroso, como o dos filhos, Gomes *ad L* 29. *Taur. n* 9.; *b*) nem os collateraes, *c*) nem os estranhos; *d*) nem os filhos naturaes e espurios; excepto nos casos, em que pela lei são chamados á successão. Lobão *a Mell. cit. nn.* 10. e 15., e *Obr. recipr.* §. 613.

O *Cod. Civ. Fr. art.* 843. estabelece a collação entre todos os herdeiros, ou sejam em linha recta, ou collateral.

Não se deve porém confundir a collação, de que aqui tractamos, com as reposições, que os conjuges devem fazer á communião, de que falamos no §. 250.

Quaes bens devem vir á collação?

§. 480. Como o fim da collação é a igualdade entre os filhos: 1.° em regra devem conferir-se os dotes, doações, dadivas, e outros

quaesquer bens, que provieram dos paes; como dividas, ou fianças do filho, que estes pagaram; o usufructo dos bens adventicios, que o filho menor colheu sem consentimento do pae *Ord. L. 4. tit* 97. *pr.*, Lobão *Obrig. recipr.* §. 614 *e seg.* 2.° Bem como o que os paes deram aos netos, por se presumir dado em contemplação do filho: ainda que estas mesmas doações devem ser novamente conferidas entre os netos por morte de seus paes. *Cit. Ord.* § 21. 3.° Os netos, quando succedem directamente aos avós, conferem não só estas doações feitas a elles proprios; mas tambem as feitas aos paes predefunctos, se acceitaram a herança destes. *Cit. Ord.* § 20. 4.° Devem conferir-se tambem os rendimentos dos bens conferiveis, mas unicamente desde a morte dos paes. *Cit. Ord. pr* 5.° Quando as doações foram feitas por pae e mãe, o filho confere ametade por morte de cada um. *Cit. Ord.* §. 1.

Quaes são exceptuadas?

§. 481. Exceptuam-se: 1.° por serem antes obrigação, do que dadiva as despesas, que os paes fazem com os filhos em alimentos e educação; e por tanto os gastos no estudo e com mestres, *cit. Ord* §. 7.; com tanto que *a*) não excedam a condição e posses do pae, prejudicando as legitimas dos irmãos; *b*) ou tenham por fim antes o estabelecimento, do que a educação, como doutoramentos, bullas para beneficios ou casamento, habilitações para empregos *Ord. L. 4. tit* 97 § 8., Lobão *Obrig. recipr.* §§. 636 654. *e seg.* 2.° As despesas feitas com o livramento de crimes do filho: mas não a mulcta, ou pena, em que foi condemnado. *Id.* 650. e

651. 3.° As mesadas, ou tenças annuaes, em quanto não excederem os alimentos regulares. *Id.* §. 639. *e seg.* 4.° As despesas das vodas nos noivados, ou Missas novas *Cit. Ord.* § 2. 5.° Por privilegio: são exceptuadas as mercês regias, ainda que fossem dadas por contemplação do pae. *Cit. Ord.* §§. 10 e 11 6.° Por serem proprios: os bens adquiridos pelo trabalho e industria do filho, ainda que estivesse á mesa dos paes, com tanto que os não adquirisse com os bens destes. *Cit. Ord* §. 16. 7.° As remunerações, que os paes fazem aos filhos em satisfacção de serviços, que se costumam pagar; ou indemnização de bens adventicios, que lhes dissipou. *Cit.* Lobão §§. 623 e 624.

Collação dos prazos.

§ 482. 8.° Os prazos fateusins, porque são equiparados aos allodiaes, conferem-se sempre. *Ord L. 4. tit.* 96. §. 23. 9.° Não se confere porém o de vidas: excepto, *a*) se foi doado ao filho com transferencia immediata do usufructo, *cit. Ord tit.* 97 §. 22.; *b*) ou comprado pelo pae, ou adquirido por titulo oneroso, ou troca de bens partiveis: ficando neste caso ao filho a escolha de conferir o preço do custo, ou o valor do prazo ao tempo, em que lhe foi dado. *c*) Devem tambem ser conferidas as bemfeitorias, assim como as despesas na reivindicação do prazo, feitas pelo doador *Cit. Ord d*) O preço e bemfeitorias não só se conferem, quando o prazo foi doado em vida; mas devem vir a monte, ainda que o filho nelle succeda por nomeação, ou vocação da lei.

Seguindo os antigos principios de direito emphyteutico, os prazos de vidas são um beneficio do senhorio, sujeitos ás leis,

que este lhes impoz, e não entram no patrimonio do casal, nem por conseguinte devem vir á massa partivel. Porém porque seria demasiadamente duro, que um filho, a quem o pae nomeou o prazo em vida, privasse o casal dos fructos, e depois o levantasse precipuo; por isso a *Ord. L. 4. tit.* 97 §. 22. o manda conferir, quando o filho percebeu o usufructo não assim, se este foi percebido pelo pae até á sua morte. Vej. *adiante a Secção sobre emphyteuse.*

Como devam conferir-se os bens?

§. 483. Em regra os bens devem conferir-se na substancia, *Ord L. 4. tit* 97 §. 13; e por tanto os *moveis* no estado, em que se acharem ao tempo da morte dos paes; e se não existirem, deve conferir-se a sua estimação ao tempo da doação, ou outros iguaes. *Cit Ord* § 15 Em quanto aos de *raiz*, se o filho conferente fez nelles bemfeitorias, tem a escolha de conferir: *a*) ou a substancia no seu estado actual, recebendo precipuo o valor das bemfeitorias; ou *b*) a estimação ao tempo da doação: pelo contrario, *c*) se os damnificou, compete esta escolha aos outros coherdeiros, podendo pedir as indemnizações, se escolherem a substancia Para ter logar esta alternativa, faz-se mistér, que as bemfeitorias, ou damnos equivalham á quarta parte do valor dos bens ao tempo da doação. *Cit Ord.* §. 13 Conferem-se sempre na estimação: 1.° os de prazo; 2.° os que o filho donatario alienou, *cit Ord* §. 14.; 3.° os dotados em patrimonio para o filho se ordenar, Portug *de donat. L. 1. prael.* 2 § 5. *n.* 40; 4.° assim como, quando na herança ha mais bens da mesma qualidade, sufficientes para preencher as legitimas dos outros coherdeiros. *Cod Civ. Fr art* 859.

Igualmente o filho não confere a doação na substancia: *a*) se o pae doador o desobrigou da collação, Lobão *Obrig. recipr.*

cipr. §. 601., *Cod. Civ. Fr. art.* 843.; *b*) quando o filho não quer ser herdeiro, *cit. Ord. tit.* 97. *pr.* e §. 22., *c*) assim como tambem recebe os proprios bens, que lhes foram deixados a titulo de legado; com tanto que em qualquer destes casos as doações, ou deixas se possam imputar na terça. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 12. §. 12 *n.* 4. *e seg.* Mas sempre o valor de taes doações vem ao acervo, para se poderem computar exactamente as legitimas (§. 350.). Ainda no caso de conferir os bens na substancia, sempre a doação lhe fica salva até onde chegar a terça. O interesse do filho, que não quer ser herdeiro, é escapar ás dividas do pae. Vid. Lobão *Acç. Summ. Diss.* 6.

IV. *Da licitação.*

§ 484. IV A *licitação* é o acto, pelo qual algum dos coherdeiros, ou comproprietarios offerece por alguns dos bens communs um preço superior ao da avaliação, para lhe serem imputados em sua sorte. Per. e Sous. *Pr. Linh Civ* 4. *not.* 1021. Deve ser feita depois do inventario no termo, que aos interessados se concede para dizer sobre a fórma das partilhas. *Ref. Jud art.* 411. § 1. A licitação tambem póde ter logar na divisão de cousa commum.

Em que termos tem logar?

§ 485. O fim da licitação é o augmento da massa partivel, que interessa a todos os coherdeiros, mas seria injusta, se viesse fomentar a emulação, e pôr no poder do coherdeiro pecuniario toda a herança, obrigando os outros a receber dinheiro em logar de bens. Por isso 1.° sómente é admittida nos bens de raiz partiveis, e não nos moveis, *Port. de* 30 *de Nov. de* 1839; 2.° em tantos, que provavelmente caibam na legitima, ou lote do licitante, *cit Ref* §. 3; 3.° por maioria de razão é admittida, quando a propriedade não soffre commoda divisão, ou

não cabe no lote de cada um. *Cod Civ Fr art.* 1686. 4.° Cada um dos coherdeiros póde licitar sobre a licitação feita por outro, mas não repetir. *Cit. Ref.* § 4. 5.° A pezar da licitação, o predio sómente é adjudicado ao licitante, quando os outros coherdeiros não querram acceital-o para o sorteio pelo valor licitado *Cit. Port. de* 30 *de Nov.*

Por direito romano *L.* 1. e 3. *Cod. comm. divid.* a licitação era unicamente permittida nas cousas, que se não podiam dividir, nem accommodar facilmente em partilha.

Entre nós, nem nas Ordenações, nem nas leis posteriores se faz menção da licitação. Porém tendo Valasc. *de part cap.* 11. *n.* 8. estabelecido, que a licitação devia ser admittida em todos os casos, quer os bens se podessem partir, quer não, pelo principio do augmento do acervo partivel, foi esta opinião geralmente seguida pelos praxistas Peg. 16.° *For. cap.* 143., Guerr. *Tr.* 1. *liv.* 2. *cap.* 3. *n.* 19., Per. e Sous *Pr Linh. Civ. not.* 1021. São faceis de conhecer os abusos, que deviam resultar desta practica, que punha nas mãos do coherdeiro mais rico os bens da herança, sujeitando os outros a uma venda forçada, ou a ficar com os mais fracos, que elle não quizesse. Por isso já nas relações se costumava nos ultimos tempos não admittir o licitante, senão até á importancia de sua legitima. Lobão *Suppl. ás Acç. Summ. Diss.* 7.° No *Decreto de* 18 *de Maio de* 1832 *art.* 17. falou-se em licitação, sem com tudo se desinvolverem os casos, em que teria logar. Suscitando-se questões sobre este objecto, na *Portaria de* 30 *de Nov. de* 1839 deram-se algumas providencias, que depois passaram para a *Ref. Jud. art.* 411.

Pelo nosso direito não são admittidos licitantes estranhos; apenas quando a propriedade não couber no lote de cada um, e nenhum dos coherdeiros a quizer, tem logar a venda em hasta, partindo-se o preço. *Arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 36. §. 1., e *tit.* 96. §. 23.

CAPITULO IV.

DAS PARTILHAS.

O que sejam?

§ 486. *Partilhas* são a divisão dos bens da herança entre os differentes herdeiros. São indispensaveis para terminar o estado de communião, cujos inconvenientes são graves, e na qual em regra ninguem é obrigado a continuar. Por isso as partilhas não podem ser prohibidas para sempre pelo testador. E claro, que sómente são necessarias, quando concorrem dous, ou mais coherdeiros.

A legislação sobre partilhas acha-se na *Ord. L.* 4. *tit.* 96., *Manoelin. tit.* 77., *Affonsin. tit.* 107., extrahida, na maior parte, do *titulo do Dig famil. ercisc.*, e dos outros parallelos. Por ser materia mui frequente no foro, em quasi todos os praxistas se acham estas doutrinas; mas a obra, que principalmente deve ser consultada, é a *Praxis partitionum et collationum* de Valasco. Seguem-se depois Guerr. nos seus Tractados *de divisionibus*, Paiva e Pona na *Orphanologia Practica*, e dos modernos, Lobão nas *Notas a Mell. L.* 4. *tit.* 12., e Per. e Sous. *Proc. Civ. not.* 1021 A practica antiga em quanto ás solemnidades das partilhas está mui alterada na *Ref. Jud.*, na qual foi transcripto o *Decreto de* 18 *de Maio de* 1832, que teve por fonte a legislação franceza.

O *Cod. Civ. Fr. art.* 815. não permitte aos coherdeiros a convenção de terem a herança *pro indiviso* por mais de cinco annos, ainda que a podem renovar. O testador tambem lhe não póde prohibir as partilhas por mais tempo; e por nenhum, se forem herdeiros necessarios. O *Cod. da Pr.* permitte ao testador prohibir a partilha apenas de alguns bens, mas não de toda a herança.

Modos, por que podem ser feitas.

§. 487 Em quanto ao modo, as partilhas podem ser feitas *amigavel*, ou *judicialmente*. Para

poderem ter logar amigavelmente, é necessario, *a*) que não haja entre os coherdeiros algum menor, interdicto, ou ausente: *b*) e que todos convenham. Estas mesmas podem ser feitas *c*) em fórma de contracto, ou transacção; ou *d*) por termo em processo, e offerecidas ao juiz, para serem confirmadas por sentença *Ord. L.* 4. *tit* 96. §. 18. Ha ainda um terceiro modo de partilhas, quando o testador as deixou reguladas em sua disposição; o qual deve ser observado, excepto se, sendo entre herdeiros necessarios, algum ficar lesado em sua legitima. Mell. *L.* 3 *tit* 12. §. 3., *Cod. Civ. Fr. art.* 1075. Aqui tractamos das judiciaes.

As partilhas amigaveis poderão ser feitas por escripto particular? A *Ord. L.* 4. *tit.* 96. §. 18. declara-as irrescindiveis sómente desde que foram assignadas em escriptura publica.

O *Cod. Civ. Fr.* manda respeitar e cumprir as partilhas feitas pelo ascendente aos seus descendentes, ou o seja por acto *inter vivos*, ou por testamento e só permitte rescindil-as, se contiverem lesão em mais da quarta parte. Esta doutrina é seguida por Mell., e por Lobão *Obrig. recipr.* § 312. Por ella parece-nos sustentavel o costume de algumas terras, principalmente entre lavradores, de nomearem os paes a um dos filhos toda a casa com obrigação de compor os outros a dinheiro, ainda mesmo nos bens, que não são de prazo. Com o mesmo fundamento se sustenta a opinião de Val. *de part. cap.* 19. *n.* 25. de que o pae póde consignar a terça em certos bens da herança, não obstante ser combatida por Lobão *Acç. Summ. Diss.* 5. §. 18.

Do processo das judiciaes.

§. 488. As partilhas podem ser promovidas: 1.° por qualquer coherdeiro, ou seu cessionario: 2.° mesmo pelo cabeça de casal. 3.° Se entre os coherdeiros ha menores, ausentes, ou interdictos, o juiz deve fazer nomear tutor, que as promova. *Ref. Jud. art.* 404. Todos os coherdeiros devem ser citados, com suas mulheres, se

nellas se comprehendem bens de raiz, por conter especie de alienação, Lobão *a Mell. L* 3. *tit.* 12 §. 4. *n.* 3; excepto os ausentes em parte incerta, ou em terra longinqua e difficultosa. *Ord. L.* 4. *tit.* 96. §. 2., Val *de part cap* 7. *n.* 10. A citação costuma ser para inventario, partilhas, e todos seus termos. Nas de menores, depois de ouvidos os coherdeiros, e o curador dos órphãos sobre a fórma das partilhas, ao Juiz de Direito compete apontal-as definitivamente, tendo em consideração o testamento, a qualidade dos herdeiros, e mais incidentes do processo. *Ref. Jud. art.* 412

Separação de bens para os crédores.

§. 489. Nestas póde o juiz fazer separar bens: 1.° para pagamento dos crédores, se o Conselho de familia por parte dos menores, e todos os outros coherdeiros nisso convierem, e pela maneira, em que assentarem, *cit. Ref art.* 414., *Port.* de 14 *de Março de* 1840; 2.° bem como para pagamento do funeral, e despesas de inventario e partilhas *Cit art.* 414 Estes bens separados devem ser postos em praça, e só são adjudicados, se não tiverem tido maior lanço, do que a avaliação. *Cit Ref. art.* 415. Os crédores porém não são obrigados a acceital-os, nem pela avaliação, nem ainda com o desconto da quinta parte; e se os não acceitam, devem ser remettidos para os meios ordinarios. *Port de* 7 *de Dez. de* 1839. Depois das partilhas já não podem demandar cada um dos coherdeiros, senão pela sua parte respectiva. Guerr. *quaest. for* 32. *n.* 15.

Divisão entre os coherdeiros.

§. 490. Depois disto o mesmo juiz *a*) fará separar a terça no caso de dever fazer-se: *b*) extrahirá os bens, que a alguns dos coherdeiros competem em especie, como os licitados: *c*) comporá aquelles, que só receberem parte, por estarem já dotados, ou por outra causa: *d*) e dos restantes mandará formar lotes iguaes para os coherdeiros, se elles herdarem igualmente; acautelando, que nesta divisão entrem, quanto for possivel, para cada um igual quantidade de moveis, immoveis, e acções do mesmo valor e qualidade. *Ref. Jud. art.* 416., *Cod. Civ Fr. art.* 832. Se os lotes se não poderem perfeitamente igualar, far-se-ha o saldo a dinheiro, repondo-o quem levar de mais. §. 4 *Inst. de off. jud.* As dividas activas mal paradas, ou de difficil cobrança, assim como os bens illiquidos, ou litigiosos, serão regulados pela fórma, em que os coherdeiros convierem: na falta desta pelo arbitrio do juiz, fazendo-os distribuir pelos lotes, ou deixando-os em commum, para se dividirem á proporção que se forem apurando, conforme a sua natureza *Arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 96. § 17., Guerr. *Tr.* 1. *L.* 1. *cap.* 10. *nn.* 66. e 67.

Algumas vezes antes das partilhas entre os coherdeiros precede a operação das partilhas entre os conjuges, as quaes devem ser feitas pela maneira, que deixamos indicada no §. 250., ou conforme a natureza do contracto matrimonial, regulando-se porém assim em quanto aos preparatorios, como em quanto ao acto das partilhas, pelos principios, que aqui vão notados, em tudo o que podér ser applicavel.

Effeito das partilhas

§ 491. As partilhas não têm o effeito de transferir o dominio, como era por direito romano, § 7 *Inst. de officiojudicis*, mas unicamente o de separar os bens, cuja propriedade e posse cada um dos coherdeiros se reputa ter obtido desde a morte do defuncto. E em consequencia: 1.° nenhum dos coherdeiros fica, pelos bens, que lhe forem adjudicados, responsavel aos crédores *pessoaes* dos outros: 2.° ainda que estes crédores pelo interesse, que nisso lhes vai, podem promover, e figurar nas partilhas, como oppoentes, ou assistentes; posto que, depois de terminadas, as não podem desfazer em seu proprio nome *Cod Civ. Fr art* 882. 3.° Pela mesma razão não podem estes crédores fazer arrematar os bens antes das partilhas. *Cit. Cod. art.* 2205 4.° Cada coherdeiro tem direito a pedir os titulos respectivos aos bens, que lhe tocaram. *Cit Cod. art.* 842. 5.° A appellação da sentença, que julgou as partilhas, não tem effeito suspensivo. *Ref. Jud. art.* 413.

Os coherdeiros têm direito aos rendimentos de suas legitimas, como consequencias da sua propriedade, desde a morte do defuncto, ou ao menos desde as partilhas, se os rendimentos até ahi vencidos foram nellas contemplados.

Da garantia dos lotes.

§. 492. Dizemos *garantia dos lotes* o direito, e por tanto a acção, que tem o coherdeiro, que não póde tornar effectivo o gozo dos bens, que lhe tocaram em partilha, a ser indemnizado pelos outros. Se os coherdeiros não tivessem este direito uns a respeito dos outros, muitas vezes a igualdade nas partilhas seria illusoria. Porém a fim de evitar os abusos, faz-se mistér, como na evicção, que elle tenha chamado os outros coherdeiros para a autoria da causa, de que resultou o prejuizo Lobão *Obrig. recipr.* §.

744., Val *de part. cap* 37. *n.* 1. A indemnização deve ser feita por todos em proporção, *inclusive* o evicto; e se algum não tem por onde satisfaça, a parte deste incumbe igualmente a todos os soluveis. *Cod. Civ. Fr. art.* 885

Em que casos tem logar?

§ 493. A garantia tem logar: 1.° se a cousa foi reivindicada, ou tirada por evicção em todo ou em parte. *L.* 14 *Cod fam. ercisc.* 2.° Se em virtude de qualquer direito *real* de terceiro, o garantido não pôde tornar effectivo o gozo da cousa. *Cod. Civ. Fr. art.* 884. 3.° Se não pôde receber a divida, que lhe tocou. *Dig. Port.* 2. *art.* 1153. 4.° Cessa porém, *a*) se a perda da divida, a evicção, ou os prejuizos, provém de causa posterior á partilha, ou de facto, ou culpa do garantido, *cit Cod. art.* 884.; *b*) bem como se a evicção, ou esse risco foi nas partilhas previsto e exceptuado. *Cit* Lobão §. 742. 5.° Não compete este direito aos legatarios singulares. *Id.* §. 740.

Vej. esta doutrina da *garantia* adiante no Cap. dos contractos em geral, e no da compra e venda em especial.

Rescissão das partilhas.

§. 494. As partilhas, uma vez feitas, não se rescindem, ainda que as partes alleguem engano, ou lesão. *Ord. L.* 4. *tit.* 96 §. 18. Excepto, 1.° se nellas interveio nullidade insanavel, como herdeiro supposto, falta de citação, Per. e Sous *Pr. Linh. Civ not.* 1021.; 2.° ou estão tão desordenadas, que se não podem emendar, Lobão *a Mell L* 3. *tit.* 12. § 14. *nn.* 6 e 7.; 3.° por meio da restituição. *Cit. Ord.* § 21.

Supplemento, ou emenda das partilhas.

§. 495. 4.° Se alguns bens ficaram por partir, ou conferir, nem por isso se rescindem as partilhas já feitas, mas faz-se um supplemento, ou nova partilha destes. Val. *cit. cap* 8 *n.* 48. 5.° Se nellas interveio lesão, emendam-se, repondo o coherdeiro, que levou de mais, ao que levou de menos. *Cit. Ord* § 19. 6.° Porém, para ter logar a emenda, faz-se mistér: *a*) que a lesão seja, ao menos, na sexta parte do que legitimamente devia tocar ao lesado, *cit Ord.* §. 20.; *b*) que seja reclamada dentro em um anno, contado desde a sentença, que julgou a partilha. *Cit. Ord.* §. 19. *c*). Se porém a lesão é enorme, isto é, em mais de ametade do que legitimamente lhe pertencia, póde ser allegada e pedida até quinze annos. Val. *cit cap.* 39. *n.* 16.

Se a disposição da *Ord. cit.* §§. 19. e 20. se entende unicamente das partilhas judiciaes, ou se tambem das amigaveis? O *Rep. da Ord.* vbo= *Partilha, em que alguem foi leso*=, e Lobão *Obrig. recipr.* §. 711. *e seg.* julgam, que é applicavel a umas e outras; se bem que Solan. *Cogit* 72. *n.* 32. com outros segue a negativa.

É obvio, que a acção para emenda das partilhas pela lesão na sexta parte se deve entender, depois de ter passado em julgado a sentença, que as terminou; porque dentro no recurso ordinario póde pedir-se a emenda de qualquer lesão, ainda mais pequena. *Cit.* Lob. §. 720.

Acção de sonegados.

§. 496. Se o cabeça de casal deixou de dar ás partilhas alguns bens, que devesse dar, ou algum dos coherdeiros os que devesse conferir; todos, ou qualquer dos outros podem usar da *acção de sonegados*, pedindo-lh'os, juntamente com a pena da lei, que vem a ser a

perda da parte, que teria nesses bens, a do duplo, e a de perjuro. *Ord L.* 1. *tit.* 88. § 9. Porém para ter logar a applicação da pena: 1.° é necessario, que se prove o dolo. Lob. *Obrig. recipr.* §. 730. 2.° Não tem logar a pena contra os herdeiros, excepto se a acção já estava intentada. *Id.* §. 732.

Se a pena de sonegados tem logar sómente nos inventarios de menores, ou se tambem nos de maiores? Lob. *cit.* §. 733. assenta, que sómente nos primeiros, e diz ser esta a practica: porém Gama *Dec.* 122., e Val. *de part. cap.* 8. *n.* 41. seguem que em todos.

Para escapar á pena de sonegados, costuma o cabeça de casal assignar no inventario, e protesto de a todo o tempo dar á descripta outros quaesquer bens, que lhe venham á noticia, e os coherdeiros, para lhe poderem arguir o dolo, costumam lembrar-lh'os, junctando uma relação dos que julgam omittidos.

SECÇÃO 5.ª

DOS BENS VINCULADOS.

Razão de ordem.

§. 497. Passamos a tractar da *propriedade limitada*, da qual a especie mais importante e notavel é a dos *bens vinculados*. A palavra *vinculo*, tomada *subjectivamente*, significa a instituição, ou condição de certos bens, que devem andar perpetuamente annexos em uma familia determinada, por uma fórma especial de successão, sem poderem ser divididos, nem alienados: tomada *objectivamente* significa os mesmos bens sujeitos a este estabelecimento, ou *vinculados* Para se dar vinculo, é necessario: 1.° instituição; 2.° a condição da perpetuidade, e por tanto da indivisibilidade e da inalienabilidade. Os vinculos ou são *Morgados*, ou *Capellas*.

CAPITULO I.

DOS MORGADOS, SUA INSTITUIÇÃO E ABOLIÇÃO.

O que seja morgado?

§. 498. Chama-se *morgado* o vinculo, que tem por fim principal a conservação do lustre e nobreza de uma familia: em contraposição a *capella*, cujo fim é a expressão da piedade do instituidor. Com tudo em quasi todas as instituições de morgados costumam andar annexos alguns encargos pios; e ainda quando não estejam determinados na instituição, *a*) os administradores são obrigados a gastar em obras de piedade a centesima parte do rendimento do vinculo. *L. de 3 de Agosto de* 1770 §. 27. *b*) Nos morgados *unidos* em virtude do § 28 *da cit. Lei* podem os encargos pios ser reduzidos a esta quantia, se a excedem.

A palavra *morgado* em phrase juridica significa tambem o direito de succeder no vinculo e na phrase vulgar muitas vezes costuma por ella designar-se a pessoa do administrador.

Os Francezes definem o morgado um fideicommisso gradual, successivo, perpetuo e indivisivel, destinado a conservar o nome e esplendor de uma familia. Não duvidariamos adoptar esta definição, se não fosse necessario definir a palavra *fideicommisso*. Tinham sido extinctos no tempo da republica; porém Napoleão, quando proclamou o imperio, querendo rodear o seu throno de todo o esplendor das monarchias, instaurou-os por *Decr. de* 30 *de Março de* 1806.

Seu principio justificativo.

§ 499. A instituição dos vinculos, principalmente dos morgados: 1.° não se conforma com a equidade, por tornar triste e arriscada a sorte do maior numero dos filhos do mesmo pae,

assignando unicamente ao primogenito todo o patrimonio da familia 2.° Prejudica a economia e interesse publico: *a*) por amortizar os bens, retirando-os do gyro e transacções ordinarias, com o que por uma parte diminuem as contribuições do Estado, e por outra impedem-se os gozos e vantagens dos cidadãos; *b*) e por concurrer para a accumulação de grandes propriedades no mesmo dono, o qual raras vezes as póde cultivar com cuidado. 3.° Transtorna e mystifica o principio juridico da propriedade, admittindo uma classe de bens particulares sem proprietario, que possa dispor delles. Porém são tolerados pelo motivo politico da conservação da nobreza hereditaria, e por ser a faculdade de os instituir reputada uma mercê honorifica, propria para remunerar os cidadãos benemeritos. Por tanto taes estabelecimentos são odiosos, e como taes, sujeitos á interpretação restrictiva. *Cit. Lei de 3 de Agosto preamb.*

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota V.)

Da instituição e seus requisitos: a) *em quanto á fórma.*

§. 500. Chama-se *instituição* o acto, ou disposição, pela qual o proprietario estabelece o morgado, designando os bens, que o devem constituir. Como se interpreta restrictivamente, deve conter: 1.° a expressa intenção de constituir vinculo, não bastando quaesquer conjecturas, *cit. L. de 3 de Ag.* §. 4., Lob. *Morg. cap.* 8. §. 13.; 2.° a designação dos bens, e da pessoa, em favor de quem se faz a instituição: 3.° deve ser feita por escriptura publica, ou testamento, Lob. *cit. cap.* 8. §. 4.; 4.° com licença

prévia, ou confirmação posterior do poder legislativo, *cit Lei* §. 13, *cit.* Lob. *cap.* 14 §. 21. 5.° Se offende a legitima dos herdeiros necessarios do instituidor, é nulla nessa parte. Mell. *L.* 3. *tit.* 9. §. 10.

Nos termos da *Lei de 3 de Ag.* §. 13. para a instituição dos morgados era necessaria confirmação do Rei sobre consulta do Desembargo do Paço. Hoje póde disputar-se, se esta confirmação pertence ao Rei, se ao poder legislativo. Parece-nos que a este, porque importa uma dispensa nas leis das successões, e contém amortização de bens. No *Cod. da Austr. art.* 627. exige-se a intervenção do poder legislativo para a validade dos fideicommissos analogos aos nossos vinculos.

b) *Em quanto ás pessoas.*

§. 501. Sómente podem instituir morgados: 1.° as pessoas de distincta nobreza, *cit. Lei* §. 15.; 2.° ou benemeritas da nação por seus serviços nas letras, nas armas, ou notavel applicação á agricultura, commercio, ou industria, *Cit. Lei* §. 16. 3.° A falta destas qualidades no instituidor póde ser supprida, tendo-as aquelle, em favor de quem se faz a instituição. *Cit. Lei* §. 17.

c) *Em quanto aos bens.*

§. 502. Como os morgados são perpetuos, e devem sustentar a familia com esplendor, não podem instituir-se senão em bens: 1.° *em quanto á qualidade*, immoveis, livres, ou sendo emphyteuticos, com consentimento do senhorio, Peg. 2.° *For. cap.* 9. *n.* 32 *e seg.*; 2.° ou equiparados pelas leis aos immoveis, como padrões ou inscripções de divida nacional, acções de companhias, ás quaes fosse concedido esse favor. *Alvará de* 20 *de Junh. de* 1766, e 13 *de Março de* 1797 §. 8. 3.° *Em quanto ao valor*, que rendam ao me-

nos em Lisboa liquidos reis 2:400$000; nas provincias da Estremadura e Alemtéjo 1:200$000, e nas outras provincias 1:000$000. 4.° Basta porém que rendam 600$000, se o instituidor tiver reduzido a cultura paúes, ou bravios, que dêm este rendimento. *Cit. Lei* §§ 19. 20. 21 e 22. 5.° Moveis preciosos de ouro ou prata, e joias, podem annexar-se aos vinculos, mas não constituil-os. *Dig Port.* 3. *art* 1397.

Em *Port. de* 20 *de Ag. de* 1845 confirmou-se a troca de certo foro vinculado, por inscripções da Junta do Crédito, declarando-se, que não tinha logar o dever-se siza.

d) *Em quanto ás clausulas, ou encargos.*

§ 503 Ainda que antes da citada *Lei de* 3 *de Agosto* fosse livre aos instituidores onerar os succesores dos morgados com quaesquer clausulas, ou encargos; com tudo hoje 1.° são tidas por não escriptas e sem effeito as clausulas: *a*) frivolas e exoticas. *Cit. Lei* §§. 10 e 25. E taes se reputam todas aquellas, que ou prejudicam o bem publico; ou, servindó de gravame ao successor, não contém idêa judiciosa de gloria para a familia, como viver em certo logar, casar com pessoa de certa qualidade. Mell. *L.* 3 *tit* 9 §. 9. A clausula de usar das armas e appellido do instituidor não é exotica *L. de* 9 *de Set. de* 1769 §. 23. *b*) Ou expressamente reprovadas, como a da annexação das terças, ou de quaesquer bens. *Cit. Lei de* 3 *de Ag.* §. 5, *Decr. de* 4 *de Abr. de* 1832 *art* 3.: *c*) bem como todas as que alteram a fórma regular da successão, determinada na mesma Lei. *Cit Lei* §§. 10. e 25., e *Ass de* 18 *de Ag. de* 1819 2.° Os administradores, ou, se estes forem incapazes, os seus immediatos successores são obrigados a servir o

Estado nas armas, ou nas letras, com a pena do pagamento do quinto. *Alv. de* 23 *de Fev. de* 1797, e *de* 15 *de Dez. de* 1809 §. 21

Quaesquer substituições, ou clausulas, que tornem irregular a successão, insertas nas instituições, v. g., que finda uma linha, seja chamada outra remota, que, finda a familia, succeda no vinculo alguma corporação; as quaes antigamente valiam nos termos do §. 3. da *Ord. L.* 4. *tit.* 100; hoje são nullas, e não obstam a que o vinculo se devolva as pessoas chamadas pela ordem regular da mesma *Ord. pr.* e §. 1. e 2. Assim o declarou o *Ass. de* 18 *de Ag. de* 1819.

Porém se a instituição contém — *que, finda a linha do primeiro administrador, se dissolva o vinculo, ficando os bens allodiaes*, — ou outra clausula, que o torne temporario, valerá tal clausula? Os antigos admittiam morgados temporarios, porque respeitavam a vontade do instituidor, qualquer que fosse. Difficultosamente apparecerão posteriores á *L. de* 3 *de Ag.*; se apparecerem, são válidos em virtude da confirmação regia. Em quanto aos anteriores, taes clausulas são sem effeito pelo *Ass. de* 14 *de Julh. de* 1820, o qual, supposto foi revogado pelo *Decr. de* 21 *de Maio de* 1821, deve reputar-se instaurado pela generalidade do *Decr. de* 5 *de Junh. de* 1824. Por tanto taes morgados temporarios continuam na successão regular, até serem abolidos, ou entrarem no Thesouro.

Se as clausulas válidas forem impostas com a comminação expressa da perda do morgado, incorrerá nessa pena o administrador, que as não cumpre? Lobão *no cap.* 9. §. 36. *e seg.* segue a affirmativa, fundado nas opiniões dos antigos praxistas, e na disposição da *L. de* 9 *de Set. de* 1769 §. 23., que assim o determina no caso de o administrador não usar do appellido do instituidor, ou armas da familia Esta opinião porém parece arriscada 1.° porque a admissão desse principio iria muitas vezes destruir a successão regular, chamando as linhas de qualidade com exclusão das legitimas, contra a disposição da *Lei de* 3 *de Ag.*, e interpretação, que lhe deu o citado Assento: e como esta Lei é posterior, talvez se possa dizer por ella revogado o §. 23. dá outra *de* 9 *de Set.* 2.° pelo simile do *Alv. de* 23 *de Fev. de* 1797, que nem por isso impõe aos administradores, que não servirem o Estado, a pena da perda do vinculo, mas apenas a do quinto. 3.° Se as leis não excluem da successão regular os furiosos e dementes, que de certo não podem illustrar a familia, menos se deverão excluir os outros, cujo defeito não póde ser maior. Não se deve porém d'aqui

concluir, que os administradores não possam por outros meios ser compellidos a cumpril-as.

Provas das antigas instituições

§. 504 As instituições anteriores á *Lei de 3 de Agosto de* 1770, bem como a qualidade dos bens vinculados antes dessa data, póde provar-se: 1.° por escriptura, ou testamento, ainda que não fosse confirmado pelo Rei, *cit.* Lob *cap* 8. §. 4.; com tanto que não seja convencido pela prescripção em contrario. *Cit.* Lob. *cap* 14 § 25. 2.° Póde tambem provar-se por sentença passada em julgado, ou por factos indicativos de presumpção de vinculo, como partilhas, em que estes bens não entraram por se reputarem taes: 3.° bem como por prescripção, com tanto que seja *immemorial, cit. L* §. 4., *Ord L* 1. *tit.* 62. §. 51.; isto é, attestada por pessoa velhas, e de crédito, que deponham terem sempre ouvido a outras pessoas antigas serem esses bens vinculados, sem noticia em contrario Maced. *Dec.* 15. *n.* 17., Lob. *cit. cap.* 8. §. 33.

Abolição dos morgados.

§. 505. Podem abolir-se os morgados: 1.° por não satisfazerem o fim, por que são tolerados, quando o seu rendimento não chega a reis 200$000, livres dos encargos e contribuições; excepto se andarem conjunctos no mesmo successor com outros, perfazendo todos o rendimento de reis 2 400$000. *Decr de* 4 *de Abr de* 1832 *artt.* 1. e 3. 2.° Em favor da liberdade dos bens, quando, ainda que excedam aquelle rendimento, com tudo o ultimo administrador não tem

tem successores chamados pela successão regular. *Cit Decr. art.* 2 3.° Pela devolução ao Estado o vinculo fica *ipso jure* abolido. *L de* 9 *de Set. de* 1769 §. 18.

Pessoas, a quem compete; sua fórma e effeitos.

§. 506. I Sómente póde requerer a abolição o actual administrador, que não seja menor, ou interdicto; e morrendo este antes de concluida, póde ser continuada pelos seus herdeiros *Cit. Decr. art* 4. II. Deve ser requerida ao juiz do logar, onde forem sitos os predios mais consideraveis do vinculo, com citação e audiencia do immediato successor, e julgada em audiencia geral sem jurados, nos termos dos *artt.* 310 e 334 *da Ref. Jud.* III. Desde que passou em julgado a sentença da abolição: *a*) ficam extinctos os encargos pios, que lhe eram annexos *L. de* 3 *de Ag.* §. 1.; *b*) e os bens ficam allodiaes *c*) Este ultimo effeito retrotrahe-se ao tempo da primeira citação, só para o fim de aproveitar aos herdeiros do administrador, que a requereu. *Cit. Decr. artt.* 14. e 15., e *Ass de* 3 *de Junh. de* 1816.

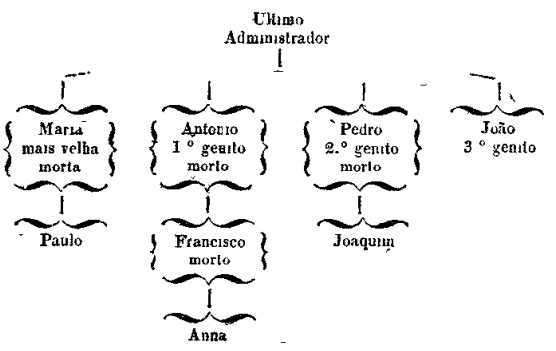
Nos termos do *cit. Decr. art.* 4 §. 3. os herdeiros necessarios dos administradores, que o eram ao tempo da data do Decreto, e cujo successor não era então casado, podem requerer a abolição. Se, durante o processo desta, morre o administrador, os herdeiros delle, ainda que pela lei não succedessem no vinculo, são os competentes para continuar o processo; e julgada a abolição, recebem-no como bens allodiaes.

CAPITULO II.

DA SUCCESSÃO DOS MORGADOS.

I. *Da successão dos descendentes.*

§. 507. Como os vinculos não podem saír da familia, nem sèr divididos, passam para uma das pessoas da mesma, chamada á successão por uma fórma especial e inalteravel, qualquer que fosse a disposição do instituidor. *Cit. L.* § 4 Por tanto, I se do *ultimo administrador* ficaram *descendentes legitimos*, são estes chamados á successão pela seguinte escala: *a*) preferindo a linha anterior á posterior, e admittindo o direito de representação *in infinitum*; *b*) na mesmà linha preferindo o gráo mais proximo ao mais remoto; *c*) no mesmo gráo o varão á femea; *d*) e do mesmo sexo a pessoa mais velha á mais moça. *Ord. L. 4. tit.* 100. *pr.* e §. 1, Mell *L.* 3. *tit* 9. §. 16. Se concorrem dous gemeos, não se podendo averiguar qual nasceu primeiro, decide-se pela sorte; ou repartir-se-hão, se forem mais que um vinculo, como se determinou no caso do *Alv de 9 de Jan de* 1788.



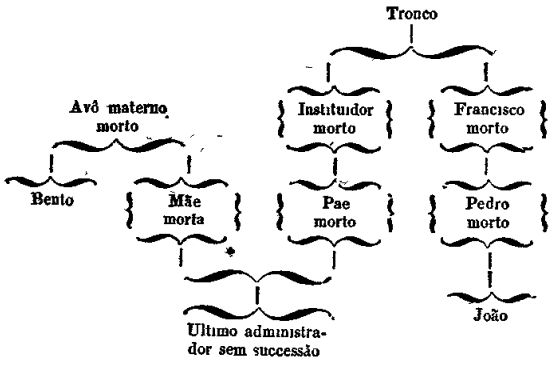
Assim nesta arvore, ~~o schema~~, pela morte do ultimo administrador, succede sua ~~bisneta~~ Anna, por estar na linha mais nobre do varão primogenito, a quem representa; e exclue o neto Joaquim, filho do segundo genito, bem como ao terceiro genito João, e a ~~linha~~ de Maria por ser de femea. Lob. *Morg. cap.* 11. §. 36. Chama-se linha *anterior*, ou *mais nobre*, aquella, que é formada pelo successor legitimo em cada um dos gráos. em quanto esta dura, a successão não passa para outra.

Sobre a successão dos gemeos, nas leis das *Partidas* a *Lei* 12 *tit.* 33. *part.* 7. manda dividir o vinculo. Mell. *L.* 3 *tit.* 9 §. 20 *not.* quer, que elle se dissolva. O A. do *Dig. Port.*, seguindo o *Cod. da Pr. P.* 2. *tit.* 4 *art.* 138., decide-se pela sorte, porque dividido, a não ser mui rendoso, ficaria inutil.

II. *Successão dos transversaes:* a) *em geral.*

§ 508 II. Na falta de descendentes do ultimo administrador, são chamados á successão os *transversaes* do mesmo; mas unicamente os que forem da familia, isto é, *do sangue do instituidor Cit. Ord* §. 2, Mell. *cit* § 24. Dizem-se ser do sangue do instituidor, não só *a*) aquelles, que deste descendem; mas tambem *b*) aquelles, que podérem mostrar um tronco commum,

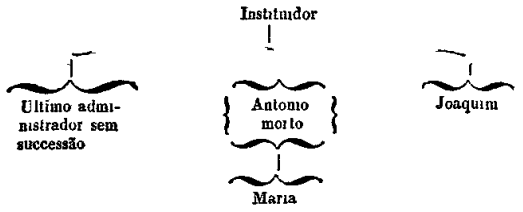
donde descendam elles e o instituidor. *Dig. Port* 2. *art.* 957.



Nesta arvore, pela morte do ultimo administrador sem descendencia, succede seu 2.° primo João, por ser do sangue do instituidor; e exclue Bento, por ser de familia estranha, ainda que mais proximo em gráo.

b) *No caso de descenderem do instituidor.*

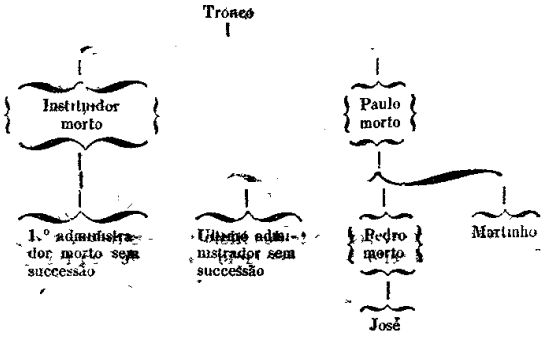
§. 509. Se os transversaes são *descendentes do instituidor*, admitte-se o direito de representação *in infinitum;* e por tanto são chamados na mesma ordem, que fica indicada a respeito dos descendentes do ultimo administrador. *Ct Ord. pr., cit. L. de 3 de Ag.* §. 26.



Nesta arvore, por morte do ultimo administrador, succede Maria, pelo direito de representação, e exclue seu thio Joaquim.

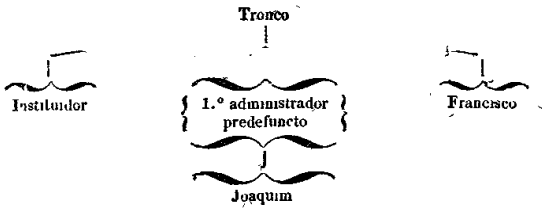
c) *No caso de não descenderem do instituidor;*
aa) *se existem sobrinhos do ultimo administrador.*

§. 510. Se os transversaes *não descendem* do instituidor, então o direito de representação, bem como nas successões ordinarias, não se extende senão até aos filhos dos irmãos do *ultimo administrador;* ou ainda do mesmo instituidor, se a contenda é entre os irmãos e sobrinhos delle. *Ct Ord.* vers. *E se os transversaes Ass. de 9 de Abr de* 1772. (N.° 296. na ediç. de Coimbra de 1842)



Nesta arvore, por morte do ultimo administrador, succede seu sobrinho José, que representa seu pae Pedro, com exclusão de seu thio Martinho.

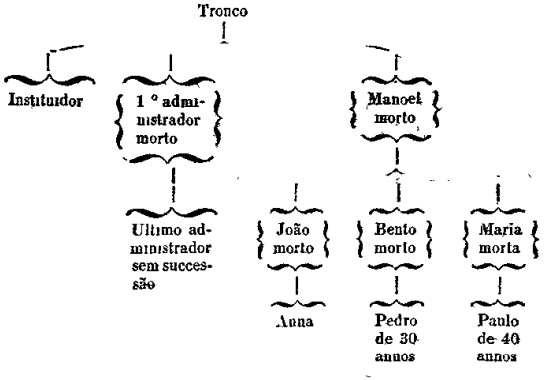
É facil entender, que esta especie, e a do §. seguinte se verifica, tanto quando no ultimo administrador findaram as linhas de descendencia do instituidor, e se vai procurar o successor ás linhas collateraes do mesmo instituidor; como quando se tracta da successão a um administrador, que estava já nestas linhas, e que não deixou descendentes.



Da mesma maneira nesta, por morte do instituidor, succede seu sobrinho Joaquim, filho do irmão predefuncto, e exclue seu thio Francisco

bb) *Se não restam irmãos, nem sobrinhos.*

§ 511. Se não concorrem irmãos, nem filhos de irmãos; porque não tem logar a representação, é chamado á successão o transversal mais proximo em gráo ao ultimo administrador; e se ha muitos no mesmo gráo, prefere o que tiver a seu favor a qualidade do sexo e da primogenitura *Cit. Ord pr.* e §. 2., Lobão *Morg. cap.* 11. §. 52.



Nesta arvore, por morte do ultimo administrador, d'entre seus tres segundos primos prefere Paulo, por ser mais velho, a Pedro, que é mais novo, e a Anna, por ser femea, ainda que as linhas destes dous ultimos fossem anteriores, e por varonia.

A lei chama á successão os collateraes do *sangue do instituidor*. porém supponhamos, que o morgado foi instituido em favor de um estranho, para andar na familia delle · quaes são os chamados, os da familia do instituidor; ou do instituido, que vem a ser o primeiro administrador? Parece que os da familia deste ultimo, e que a lei fala *a communiter accidentibus* e neste sentido certamente diz Mell. *L* 3. *tit.* 9. §. 22 ibi: — *neque* (succedunt) *in omnes, qui a primo* adquirente *non descendunt, eidemve sangu.ne conjuncti non sunt*

Successão dos instituidos por dous conjuges.

§. 512. Se o vinculo foi instituido por marido e mulher, extinctas as linhas da descendencia, succedem nelle conjunctamente os transversaes de um e outro, preferindo entre si conforme a prerogativa do gráo, sexo e idade. *Ass. de 14 de Julh. de 1820.*

Pessoas, que são excluidas da successão.

§ 513 Como o fim dos morgados é a perpetuação e lustre da familia, são excluidos da successão: 1.° por não poderem legitimamente perpetual-a, os religiosos e clerigos sujeitos á lei do celibato. *L. de 9 de Set. de 1769* § 11. Podem porém succeder seus filhos legitimos, se os tiverem d'antes do impedimento *Dig. Port. 2. art. 940.* 2.° Por quebra de nobreza, não succedem os bastardos, ou sejam naturaes, ou espurios, ainda que sejam perfilhados, os quaes por conseguinte não podem formar linha, Mell. *cit.* § 21; bem que não são inhabeis para em favor delles se instituir vinculo, o qual então passa a seus descendentes legitimos. Lobão *cit.* § 62 3.° Os legitimados *per subsequens* podem succeder: porém como a sua habilitação provém do matrimonio, são preferidos pelos filhos legitimos do mesmo pae, havidos de matrimonio anterior, ainda que sejam mais novos. Peg. *ad Ord. Tom* 11 *cap.* 174. *n* 32 4.° São tambem excluidos os mortos civilmente, mas não seus descendentes *Cit. L. de 3 de Ag* §. 11 5.° A qualidade de impubere, furioso, demente, ou outro defeito natural, não exclue da successão, *cit.* Mell §. 19 *not*; nem a desherdação. *Id.* § 28 *not.*

Pelo §. 12. da *citada Lei de 3 de Ag.* são declarados inhabeis para a successão os réos de lesa Majestade, e todos seus descendentes. Porém em quanto aos descendentes, deve julgar-se revogado pelo *art.* 145. §. 19. *da Carta*, em que se declara, não poderem as penas passar além dos delinquentes.

III. *Successão na falta dos transversaes.*

§. 514. III Os ascendentes nunca podem vir á successão dos morgados; excepto se lhes podér aproveitar a qualidade de transversal. Per. *Dec.* 5 *n.* 5., Lobão *cap* 11. §. 39. Por tanto na falta de pessoas da familia do instituidor descendentes, ou transversaes sem limitação de gráo, se o ultimo administrador o não aboliu, o vinculo devolve-se ao Estado. Guerr. *Tr.* 2. *L* 2. *cap.* 6. *n* 48.

Denuncias dos vinculos.

§. 515. Se o vinculo, que devia ter vagado para o Estado, anda indevidamente possuido por alguem, é permittida a *denuncia* a qualquer pessoa, á qual se costuma fazer a mercê delle por uma vida, satisfazendo os requisitos e obrigações miudamente estabelecidos no *Alv. de 23 de Maio de 1775.* A denuncia deve ser dada perante o Governador Civil do Districto: e ao Conselho do mesmo compete decidir, se se deve passar alvará de mercê. *Ref. Jud. art.* 356.

CAPITULO III.

DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADORES DOS VINCULOS.

Quaes sejam estes direitos?

§ 516. Como o vinculo é inalienavel, e sujeito a uma forma de successão inalteravel; o possuidor tem sobre os bens vinculados um dominio, ou direito de propriedade mui limitada, que por isso na phrase juridica se não diz senhor, mas *administrador*. Não póde: 1.° dispor delles nem *inter vivos*, nem *mortis causa*: 2.° nem vendel-os, ou alienal-os: 3.° nem impor-lhes servidão, censo, ou outro qualquer encargo, excepto durante a sua vida, e sem prejuizo do successor. Lob. *Morg. cap.* 14. §§. 48. 49. e 53. 4.° Por dividas podem ser arrematados os rendimentos, mas não a propriedade; excepto se essas dividas ficaram do instituidor. *Ord. L.* 3. *tit.* 93. *pr.* e §. 1. 5.° O administrador é obrigado aos reparos necessarios para a conservação. *Cit.* Lob. §. 6.

Alienações permittidas: I. *aforamento.*

§. 517. Com tudo em favor da cultura, e em beneficio do vinculo, são permittidas aos administradores algumas alienações, obligatorias para os successores. Tal é I.° o *aforamento* Mas, para que este contracto obrigue os successores, é necessario. 1.° que seja consentido, e assignada a escriptura pelo immediato successor, se for maior: 2.° ou feito por arrematação perante o juiz de direito; *a*) precedendo avaliação, edital, e pregões por vinte dias, com audiencia do successor, ou, se elle for menor, do tutor, e Conselho de familia. *b*) Se contiver muitos predios, deve fazer-se arrematação em separado de cada um, que comprehenda ao menos uma geira *c*) O successor é admittido a lançar, e tanto por tanto preferido. *Decr. de* 4 *de Abr. de* 1832 *artt* 21 22 e 23. Pequenos aforamentos de terrenos incultos podem fazer-se sem estas formalidades. *Alv. de* 27 *de Nov. de* 1804 §. 10.

II *Locação, ou arrendamento*

§. 518. II. É permittida a *locação*, ou *arrendamento* por longos prazos até 100 annos: 1.° com tanto que o administrador tenha successor legitimo em linha recta, e este consinta por si, ou por seu tutor, se for menor. *Cit. Decr art.* 25. 2.° O successor não tem obrigação: *a*) de renovar a locação, findo o primeiro contracto; *b*) nem de abonar rendas pagas anticipadamente ao antecessor; *c*) nem de pagar bemfeitorias, ainda que fossem estipuladas *Cit Decr artt* 28. e 29. 3.° Nos arrendamentos de mais de trinta annos, o colono não póde desfazer as bemfeitorias nos ultimos vinte annos do contracto, nem cortar arvores, nem mudar de cultura, sem licença por escripto do administrador, pena de despejo. *Cit. Decr. art.* 26. e 27.

III. *Trocas, transacções e hypothecas*

§. 519. III. Para as *trocas*, ou *subrogações* dos bens vinculados serem válidas, devem ser feitas com as mesmas solemnidades, que os aforamentos, isto é, processadas e approvadas por sentença do Juiz de Direito, com avaliação dos bens, e audiencia do immediato successor.

Cit. Decr. art. 24. A mesma approvação é necessaria para a validade das *transacções* sobre os bens vinculados, bem como para as *hypothecas*. Lob. *Morg. cap.* 14. §. 27.

Antigamente ao tribunal do Desembargo do Paço competia pelo §. 39. do seu Regimento conceder a licença para as *trocas* dos bens vinculados, precedendo informações legaes, e audiencia do successor. E em regra ao mesmo tribunal se costumava requerer para todas as outras alienações, as quaes sem esta licença eram nullas, ou ao menos arriscadas. O *Decreto de 4 de Abril de* 1832 suppriu esta licença com a sentença do Juiz de Direito, precedendo averiguação sobre a vantagem da alienação. Ainda no *Decreto de* 31 *de Dez. de* 1836 se acha a verba de 24$000 reis de direitos de mercê pelas hypothecas e subrogações dos bens vinculados.

IV. *Prescripção.*

§ 520. IV. A prescripção proveniente dos factos, omissão, ou negligencia dos administradores, não prejudica o vinculo: excepto 1.° em favor da liberdade dos bens, pela posse de quarenta annos, a contar desde o de 1832. 2.° Os bens vinculados, vendidos como livres, prescrevem, se o successor os não reivindica dentro nos primeiros dez annos contados desde sua administração, ou desde que chegou á maioridade, *cit. Decr. art.* 20.; 3.° assim como pela posse immemorial.

Entre os praxistas era disputado, se os bens vinculados prescreviam pela posse de quarenta annos? Per. *Dec.* 52. O *Decr. de 4 de Abr.* terminou a questão, em quanto ao futuro, a contar desde o anno de 1832: porém nesta mesma restricção deixa logar a concluir, que para este fim não póde aproveitar a prescripção principiada antes, a não ter logar a especie do §. 1. *do cit. art.* 20.

Direitos do successor: 1.° *em quanto ás dividas do antecessor.*

§. 521. O successor do vinculo não fica obrigado ás dividas do seu antecessor: excepto, 1.° se é junctamente herdeiro sem beneficio de inventario, *cit.* Lob. *cap.* 17. §. 2.; 2.° quando as dividas foram contrahidas, *a*) no serviço do Estado, *b*) para criação e alimentos dos filhos, *c*) ou são soldadas de criados; as quaes deve satisfazer, não havendo outros bens, até onde chegarem os rendimentos do vinculo de dous annos, *Ord L. 4. tit.* 101. *pr.*; 3.° ou foram contrahidas para cultivar as terras incultas do mesmo, provando o crédor, que o dinheiro emprestado foi effectivamente empregado naquelle destino A hypotheca dos bens vinculados neste caso dura até doze annos depois da morte do devedor. *Alv. de* 11 *de Abr. de* 1815 §. 3. 4.° São tambem exceptuadas as despesas do enterro e funeral do antepossuidor, que não deixou outros bens. Guerr. *Tr.* 1. *L.* 4. *cap.* 7. *n.* 28. *e seg.*

O *Alv. de* 11 *de Abril de* 1815 tinha sido alterado pela *Lei das Cortes de* 14 *de Março de* 1823: porém foi instaurado pela outra *de* 24 *de Nov.* do mesmo anno.

2.° *Em quanto ás deteriorações e bemfeitorias.*

§. 522. 5.° O successor tem direito a pedir aos herdeiros as deteriorações e damnos do vinculo, provenientes de dolo, e culpa lata, ou leve do antecessor, Peg *For.* 1. *cap* 3. *n.* 844.; 6.° bem como os tributos, censos, e mais encargos vencidos em vida do antecessor, que o successor foi obrigado a pagar. Mell. *L.* 3. *tit.* 9. §. 29. 7.° Deve porém repor as bemfeitorias

uteis, que augmentaram o valor do vinculo. Val. *Cons.* 111. *n.* 12, e 116. *n.* 7.

3.° *Em quanto aos fructos.*

§. 523. 8.° Ao successor, á maneira do que se practica no usufructo, pertencem os fructos naturaes, ou mixtos, *pendentes* ao tempo da morte do antecessor: *a)* com obrigação de repor a despesa da cultura, se foram cultivados por conta do defuncto. *b)* Se os bens andam arrendados a pensões, pertencem-lhe da mesma maneira as pensões dos pendentes. Lob. *cap* 16. §§. 15. e 16. 9.° Porém os fructos civis, como os alugueres de casas, de moinhos, rendimentos de foros, juros de dinheiro ou inscripções, dividendos de acções, pertencem-lhe *pro rata temporis. Id.* §. 17. 10.° O mesmo tem logar a respeito do arrendamento a dinheiro dos bens ruraes. *Cod. Civ. Fr. art.* 586.

Por direito romano, *L.* 58. *pr. D. de usufructu*, sómente se attendia ao tempo da colheita, ainda que os bens fossem arrendados quer a pensões em generos, quer em dinheiro, porque o preço do arrendamento era representativo da colheita; por tanto se o usufructuario morria antes da colheita, nada venciam os seus herdeiros; se morria depois, venciam-nos todos. O *Cod. Civ. Fr. no art. cit.* seguiu outra disposição, a qual póde ser applicada aos morgados.

Lobão *no cap.* 12., seguindo a muitos dos praxistas, faz longa enumeração de acções, que por prevenção póde o successor intentar durante a vida do antecessor; como, para que reforme a instituição e mais titulos; para que o reconheça por successor, ou por vinculados alguns bens, de que aquelle tenta dispor; para pedir-lhe caução contra as deteriorações, para reivindicar antes da morte delle alguns bens alienados. Porém como os direitos dos administradores dos vinculos são alguma cousa mais, do que os de um usufructuario; e o successor não tem mais do que um direito eventual e fallivel, não póde deixar de taxar-se de duro e offensivo conceder-lhe taes acções; e mais razoavel parece a opinião de Mell. *L.* 3. *tit.* 9. §. 28. not., que lhe permitte sómente aquellas, que geralmente são concedidas a qualquer outro interessado, como a exhibição dos titulos, a assistencia, ou opposição nas causas, protestos, declaração de interdicto, etc.

CAPITULO IV.

DAS CAPELLAS.

O que seja capella?

§. 524. O encargo perpetuo de missas, anniversarios, ou quaesquer outras obras pias, imposto por um instituidor sobre certos bens, para ser satisfeito pelos seus rendimentos, chama-se *capella.* Se o encargo é temporario, não constitue propriamente capella; será um simples legado pio O fim das capellas é a continuação da piedade do instituidor; e nisto differe principalmente dos morgados. *Ord. L* 1 *tit.* 62. §. 53., Lob. *Morg cap.* 8. § 16.

A opinião, que foi commum nos seculos da meia idade, e muito tempo depois, fundada no principio religioso, e apoiada pela influencia e interesses do clero, de que os suffragios e deixas *pro bono animae suae* eram o meio mais seguro de obter a remissão dos peccados, fez de tal maneira multiplicar a instituição das capellas e os legados pios, que diz a *L. de* 9 *de Set de* 1769 no §. 12.: — se se houvessem de cumprir todos os que se acham registados nas Provedorias, não chegaria para isso o rendimento de todas as propriedades do reino: ainda que todos os individuos de um e outro sexo fossem presbyteros, apenas bastariam para dizer o infinito numero de missas annuaes, que dos mesmos constavam: e poder-se-hia avançar com exactidão, que as almas do purgatorio eram as senhoras de todos os bens do reino.

Para reformar este abuso, a citada Lei estabeleceu muitas restricções á anterior faculdade de deixar legados pios, de beneficiar as igrejas e mosteiros, e de instituir capellas, e promoveu a abolição destas, assim como em certos casos a reducção dos encargos.

Na definição de capella comprehendem-se tambem os dotes, ou patrimonio feito para o ornato e conservação das ermidas.

Na linguagem vulgar as mesmas ermidas, e os altares collocados em edificio especial dentro, ou juncto aos templos, chamam-se *capellas*.

Principios geraes a respeito dellas.

§. 525. Como o fim das capellas é a expressão da piedade: 1.° podem ser instituidas por qualquer pessoa. 2.° Mas para não conterem amortização de bens, depois da *Lei de* 9 *de Set. de* 1769 § 17. sómente podem ser instituidas em quantias de dinheiro. 3.° E por isso, se a algum corpo de mão morta forem deixados bens de raiz com encargos pios perpetuos, ou ainda sem elles, é necessario ou alienal-os dentro de anno e dia, ou obter dispensa das leis da amortização. *Ord. L.* 2. *tit.* 18 § 1., Mell. *L* 3. *tit.* 10 §. 8. 4.° Vagando para o Estado por qualquer maneira, os encargos ficam extinctos, e os bens allodiaes. *Cit. L. de* 9 *de Set.* §. 18., *Alv do* 20 *de Maio de* 1796.

Capellas, a) *administradas por corporações.*

§. 526. Das capellas podem para os fins juridicos distinguir-se duas classes. A 1.ª consta daquellas, cuja administração anda em alguma igreja, confraria, collegiada, misericordia, ou outra corporação de mão morta, sejam, ou não, com clausula de vinculo, e muito embora se lhes dê o nome de *legados*. Estas: *a*) não podem ser abolidas, ainda que sejam insignificantes *Prov de* 27 *de Març. de* 1788. *b*) Devem ser satisfeitos os encargos, ainda que excedam a decima parte do seu rendimento; *c*) e só poderão ser

ser reduzidos, quando os rendimentos não cheguem *Cit.* Mell. § 7, *Dig. Port* 3. *art.* 1379.

b) *Administradas por particulares.*

§. 527. A 2.ª classe é a das administradas por pessoas particulares. Estas podem subdividir-se em *vinculadas* · e taes são todas aquellas, de que ou pela instituição, ou pelos outros modos legitimos se póde mostrar o vinculo, isto é, a clausula de inalienabilidade dos bens, e a vocação da familia, em quem devem andar: e em *não vinculadas*. Lob. *Morg. cap.* 10. §§. 2. e 3.

aa) *Vinculadas.*

§. 528. As capellas *vinculadas* são inteiramente equiparadas aos morgados, e reguladas pelos mesmos principios, em tudo o que não é expressamente excepluado; e por isso · 1.° não podem ser instituidas sem confirmação do poder legislativo, ainda que o sejam em quantias de dinheiro. *Cit. L. de* 9 *de Set de* 1769 §. 17. 2.° Podem ser abolidas da mesma fórma, que os morgados, quando não renderem liquidos reis 200$000 *Decr. de* 4 *de Abr de* 1832 *art* 1. 3.° O administrador não é obrigado a gastar nos encargos pios mais do que a decima parte do rendimento. *Cit. L de* 9 *de Set.* §. 19. 4.° Se esta decima parte não chega, tem logar a reducção dos encargos. Mell. *cit.* §. 14.

bb) *Não vinculadas.*

§. 529. As capellas *não vinculadas* não fazem alterar a natureza dos bens, que as constituem, os quaes por isso continuam a ser aliena-

veis e partiveis, levando porém sempre annexo o encargo. *Alv. de* 14 *de Jan. de* 1807 §. 3 Da mesma fórma que nas vinculadas, tem logar a reducção dos encargos, se absorverem mais do que a decima parte do rendimento.

Parece que na instituição das capellas não vinculadas se poderá dispensar a confirmação, porque nellas não se dá rigorosa amortização: e na verdade todos os dias se vêem avultadas deixas de dinheiro, principalmente ás corporações, para fins de piedade, das quaes se não costuma pedir confirmação. Assim deve entender-se o §. 17. *da Lei de* 9 *de Set.*

Reducção dos encargos.

§ 530. A *reducção* dos encargos pios, assim dos morgados, como das capellas, compete ao Juiz de Direito. *Ref Jud. art.* 334 A execução do cumprimento dos mesmos encargos compete ao Administrador do Concelho, *Port. do Min. do Reino de* 2 *de Abr. de* 1838; o qual não deve levar emolumentos pelo cumprimento de taes legados. *Port. de* 12 *de Dez de* 1844.

Antigamente a reducção dos encargos pios competia aos Bispos, como delegados da Sé Apostolica, pelo breve de Pio VI. *de* 6 *de Març. de* 1779, transcripto por Mell. *L.* 3. *tit.* 10. §. 11. *not*, a pezar de ser materia inteiramente secular. porém a *Reforma Judiciaria no cit art.* 334. parece determinar outra cousa · ainda que temos visto já depois Portarias do Governo mandando ouvir sobre isso os Bispos.

As capellas vagas podem denunciar-se do mesmo modo que os morgados.

SECÇÃO 6.ª

DOS BENS EMPHYTEUTICOS.

Razão de ordem

§. 531. Depois dos vinculos, segue-se tractar de outra especie de propriedade limitada, mui vasta e importante, os *bens emphyteuticos*; aos quaes uniremos os *censos* pela analogia, que entre si têm.

CAPITULO I.

DA EMPHYTEUSE.

Noção de emphyteuse

§. 532. Emphyteuse *(aforamento, emprazamento, prazo, foro)* é o contracto, pelo qual o senhor de um predio concede a outro o dominio util delle com reserva do dominio directo. Val. *de jur emph. quaest.* 1. *n* 2 Neste contracto a propriedade plena, ou o complexo dos differentes direitos, que a constituem, decompõe-se, para assim dizer, ficando uma parte no antigo senhor, como o direito de pedir o canon, do laudemio, da consolidação, e outros, ao que chamamos *dominio directo*, ou *direitos dominicaes:* a outra parte passa para o emphyteuta; a qual consiste principalmente na faculdade de cultivar, e tirar toda a utilidade, a que chamamos *dominio util*. O primeiro chama-se *senhor directo*, ou simplesmente *senhorio:* o segundo, *senhor util*, *emphyteuta*, *foreiro*, *caseiro*. Este contracto differe da locação conducção em que nesta não passa para o colono parte alguma

da propriedade, mas apenas o uso. Lobão *D. emphyt* § 74.

Aqui tomamos a palavra emphyteuse *formalmente*: porque tomada *subjectivamente* significa o dominio util, ou direitos do emphyteuta; e *objectivamente*, os mesmos bens, que são objecto do contracto: e neste ultimo sentido se toma tambem a nossa palavra *prazo*. Mell. *L.* 3. *tit.* 11. §. 1. *not.* O titulo originario deste contracto ordinariamente se designa pela palavra *investidura*, deduzida dos feudos.

A emphyteuse póde tambem constituir-se por testamento, o que é pouco frequente. *Ord. L.* 4. *tit.* 37 §. 8. E por isso alguns a definem *concessão* em logar de contracto.

Natureza deste contracto.

§. 533. A emphyteuse não é da parte do senhorio uma méra liberalidade, como antigamente se julgava; mas sim um contracto bilateral e commutativo, de que ambos os contrahentes tiram reciprocas vantagens: o foreiro acceita o terreno para cultivar, e exercer a sua industria; e o senhorio assegura a recepção de uma prestação annual, do laudemio, e dos outros interesses, que não receberia sem a cultura: cede por tanto uma parte da propriedade, para fazer valer a outra. Por isso em direito romano pertence aos contractos *bonae fidei*. Por este principio, e pelo outro da igualdade, que a razão e as leis exigem nos contractos commutativos, é que se deve julgar da justiça das prestações, clausulas e condições, as quaes na verdade neste contracto são inteiramente arbitrarias, mas que nem por isso deixam de poder ser arguidas de gravosas e usurarias. Se porém ao tempo do primitivo aforamento, as terras eram já cultivadas então o contracto approxima-se á locação, por cujas leis deve ser regulado *L. de* 4 *de Julh de* 1776.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. X.)

Classificação da emphyteuse, a) *em quanto á duração.*

§ 534. A emphyteuse, ou aforamento, em quanto ao tempo da sua duração, ou é: 1.° *perpetuo* e *fateusim* (*em perpetuo* na phrase da Ord.), quando o contracto é sem limitação de tempo: ou 2.° *de vidas* (*para certas pessoas* na phrase da mesma), quando o dominio util é concedido sómente a certo numero de pessoas, ou vidas, ordinariamente tres: findas as quaes, pela antiga jurisprudencia se devolvia ao senhorio, para fazer delle o que quizesse.

b) *Em quanto á fórma da successão.*

§. 535. Os aforamentos, ou prazos de vidas podem ser: 1.° de *livre nomeação*, quando a cada um dos emphyteutas fica livre nomear o successor, que quizer, sem restricção; *a*) ou esta liberdade lhe seja expressamente concedida na investidura, ou *b*) se subentenda, por não apparecer nella providencia em contrario. Lobão *D emphyt* §. 364. *not.* (É esta a especie, de que fala a *Ord. L.* 4. *tit.* 36. e 37) 2.° Ou de *nomeação restricta* a certa qualidade de pessoas (*de pacto e providencia* na phrase dos praxistas) Esta depende das clausulas insertas na investidura, as quaes a *Ord. L.* 4 *tit* 38. § 2. *in fin* manda observar Entre estas clausulas arbitrarias, e por conseguinte mui variadas, merecem notar-se duas especies principaes, por serem mais ordinarias: *aa*) dos prazos *familiares puros*, ou *de geração*; nos quaes a successão é restricta ás pessoas da familia, ou geração da primeira vida: *bb*) dos *familiares mixtos*, em que a livre

nomeação só tem logar na falta de filhos e descendentes *Cit. Ord. tit.* 37. §. 6.

Eis aqui as fórmulas ordinarias das investiduras, que indicam os prazos de livre nomeação. —*para Jeronymo em primeira vida; esta nomeará a segunda em quem lhe parecer; e a segunda nomeará da mesma fórma a terceira:* ou simplesmente: —*a primeira nomeará a segunda, e esta a terceira.*

Familiares puros: —*para João em primeira vida: para segunda um filho, ou filha, que nomear; para terceira um neto, ou neta, e na falta destes nomeará uma pessoa da familia, ou geração, donde vem o prazo:* ou —*para João e sua mulher em primeira e segunda vida; e em terceira um filho, ou filha de entre ambos; e na falta de filhos a segunda nomeará uma pessoa da geração, donde vem o prazo.*

Familiares mixtos: —*para Antonio e sua mulher em primeira e segunda vida, e para terceira um filho, ou filha de entre ambos, e na falta de filhos nomeará quem lhe parecer.* Lob. *D. emphyt.* §. 107.

Encontram-se prazos com muitas outras clausulas de vocação extraordinaria, como de varonia, de primogenitura, de exclusão dos clerigos, etc.

Os prazos fateusins podem tambem ser, ou para todos os successores geralmente, ou limitados *para filhos e descendentes. Ord. L. 4. tit.* 96. §. 24. Tal distincção porém nos fateusins não póde ter outro uso, senão na especie da mesma *Ord.*, isto é, que os primeiros, *para todos os herdeiros e successores*, communicam-se entre marido e mulher: e os segundos, *para filhos e descendentes*, não. A disposição da *Ord. L.* 5. *tit* 6. §. 18. hoje difficultosamente se poderá executar.

Os antigos praxistas insistiam principalmente na classificação de prazos *hereditarios* e *familiares*, que abandonamos, por ser mais difficil de entender e de applicar no estado actual.

Cumpre notar aqui a distincção entre prazos *ecclesiasticos* e *seculares*, ainda que hoje tenha menos importancia, do que antigamente. Os *ecclesiasticos* são os aforamentos de bens da Igreja, ou porque se possa ainda averiguar essa origem; ou ao menos por ser o senhorio directo corporação d'antes sujeita á jurisdicção ecclesiastica, como os cabidos, misericordias, irmandades, etc. Se porém a origem dos bens se póde provar ter sido profana, ainda que hoje pertença a Igrejas, ou corporações ecclesiasticas, o prazo não deixa de ser *secular*, como os de bens da Coroa possuidos por estas corporações.

Pessoas, que podem dar de aforamento.

§. 536. Podem dar de aforamento todas as pessoas, que podem alienar, com tanto que tenham a propriedade plena dos bens. Lobão *cit.* §. 24 Se a propriedade pertence a pessoas moraes, os administradores, que representam essa pessoa, só podem aforar com as solemnidades da lei. Por tanto: 1.° no aforamento de bens vinculados devem observar-se as formalidades do *Decr. de 4 de Abr. de* 1832 (§ 517) 2.° No aforamento de bens dás igrejas, mosteiros, misericordias, irmandades e mais estabelecimentos de piedade ou instrucção deve igualmente preceder louvação, editaes e pregões por vinte dias, e arrematação pelo maiór lanço perante a auctoridade administrativa, com recurso para o Conselho de Districto. *Ord. L.* 1 *tit* 62. §§ 45. e 46., *Cod. Adm art.* 280. *n* 13. 3.° Para o aforamento dos passaes das igrejas parochiaes, além das referidas solemnidades, deve ser ouvida a Junta de Parochia e a Camara sobre a necessidade, ou utilidade do emprazamento. *Cit. Cod. artt.* 314. e 317. 4.° As Camaras Municipaes, no aforamento dos seus bens alienaveis, devem empregar as mesmas solemnidades. *Alv. de* 23 *de Julh. de* 1766 § 2, *Cit Cod art.* 123 §§. 6. e 280. *n.* 9. 5.° É nullo o aforamento dos bens vinculados, ou da Coroa, provando-se que o administrador recebeu luvas, isto é, quantias de dinheiro pela concessão delle. *Ord. L.* 4. *tit.* 41.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. Z)

Pessoas, que podem receber de aforamento.

§. 537. Podem receber de aforamento todos os que podem adquirir. Exceptuam-se: 1.° por

lhes obstar a lei da amortização, os corpos de mão morta: 2.° pelo receio de fraude, os Vereadores e officiaes das Camaras Municipaes, os quaes não podem aforar por si, nem por interposta pessoa os bens das mesmas, nem ainda por arrematação, *Alv. de 23 de Julh. de* 1766 §. 1.; 3.° bem como os administradores, mesarios, procuradores e mais officiaes das igrejas, misericordias, e outros estabelecimentos desta qualidade. *Alv. de 6 de Dez de* 1603.

Bens, que podem ser aforados.

§ 538 A emphyteuse propriamente só póde verificar nos predios, quer urbanos, quer rusticos, cultos, ou incultos· porque só nestes se póde rigorosamente dar a separação do dominio directo e util. *Ord. L. 4. tit. 37. pr. ibi — possessão.* Porém impropriamente podem ser aforados: 1.° os immoveis por pertença, como as arvores, as aguas; ou por destino, affixos ao uso dos predios, *cit.* Lob. § 40 (§. 79.); 2.° as pensões, censos e reditos annuos, certos, ou incertos, mas perpetuos, das quaes o senhorio póde reservar o dominio directo, concedendo ao foreiro o util pelo recolhimento, ou aproveitamento. *Cit* Lob. §. 43. 3.° Os bens nacionaes não podem ser aforados sem lei especial, que assim o ordene, *Alv. de 23 de Maio de* 1775 §. 19.; porém as renovações dos antigos podem ser feitas pelo Governador Civil. *Cod. Adm art.* 225. *n.* 4.

Mell. *L.* 3. *tit.* 11. § 9., seguindo a Val. *de jur. emphyt. quaest.* 12. *n.* 6, nega que as pensões e reditos annuos possam ser objecto de verdadeiros prazos.

Solemnidades, e prova deste contracto.

§. 539. 1.° Como a concessão dos prazos contém alienação de bens de raiz, exige-se o consentimento da mulher, se o senhorio é casado *Ord. L. 4 tit. 48. pr.* 2.° A escriptura publica é essencial nos ecclesiasticos *Cit. Ord. tit. 19. pr.* 3.° Em geral póde provar-se por todos os meios legaes, excepto nos casos, em que a escriptura é substancial, *Ref. Jud. art.* 461. *e seg.*; 4.° e por tanto pela prescripção, se se provar a uniforme solução do foro, com indicios positivos de aforamento, pelo tempo competente, *cit.* Lob. § 117 *not*; 5.° bem como pela sentença da arrematação, se o aforamento foi feito em praça. *Decr. de 4 de Abr. de* 1832 *art.* 21.

Nos aforamentos costuma inserir-se a *vedoria* ou *apegação dos bens*, isto é, a medição e confrontação dos bens, sobre a qual vej. Leitão *fin. regund. cap.* 13. *n.* 22.

A escriptura publica é essencial só nos prazos ecclesiasticos, segundo a *Ord. L. 4. tit.* 19.; entretanto na practica ella se costuma em todos, mesmo nos seculares· e muito se arriscará aquelle, que prescindir desta solemnidade.

Extincção da emphyteuse

§. 540. A emphyteuse, isto é, os direitos e obrigações entre o senhorio e o foreiro, extinguem-se por todos os meios, por que se extinguem as obrigações; e além disso: 1.° pela extincção e inutilização do predio, ou cousa aforada. *Alv de* 21 *de Jan. de* 1766. No caso de destruição fortuita das obras e bemfeitorias, v. g., de umas casas, póde o foreiro ou resilir e abandonar o contracto, ou reformal-as, continuando o foro. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 18 *artt* 765. e 766. 2.° Se o foro nenhum lucro dá ao emphyteu-

ta, póde a todo o tempo abandonal-o ao senhorio; mas se dolosamente o damnificou, deve indemnizal-o. Lob. *D. emphyt.* §. 737. 3.° Extingue-se tambem, usando o senhorio do direito de opção, ou do de consolidação, de que adiante falaremos; 4.° bem como péla prescripção extinctiva de trinta annos, Boehmer. *ad Pand. Exercit.* 35. §. 6. Pela prescripção tanto se extingue a emphyteuse, como os censos, e outra qualquer prestação, ainda real.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. Z.)

CAPITULO II.

DOS DIREITOS DOS SENHORIOS.

I. *Canon, ou foro.*

§. 541. I. Entre os direitos constitutivos do dominio directo, que competem ao senhorio, o I. é o de receber o canon. *Canon, foro, pensão, renda*, e, sendo quota indeterminada, *ração*, é a prestação, que o emphyteuta deve satisfazer annualmente ao senhorio em reconhecimento do dominio directo. Qualquer convenção das partes a este respeito é válida, uma vez que não intervenha lesão. *Ord. L.* 4. *tit.* 13. §. 6.

Considerado: a) *em quanto á qualidade.*

§. 542. É livre ás partes convencionar a qualidade do foro; porém 1.° casas, ou chãos para edificar, sómente podem ser aforados a dinheiro, ou aves *Ord. L.* 4. *tit.* 40. 2.° Se o foro consiste em fructos do mesmo predio, o foreiro satisfaz, dando os mediocres, uma vez que o faça

sem dolo. Lob. *D emphyt* § 679. 3.° Se a cultura do predio tem variado, o foro dos antigos fructos póde ser subrogado pelo dos actuaes, por arbitrio de louvados com audiencia do senhorio. 4.° Se a qualidade do foro é expressada alternadamente sem mais declaração, v g, uma gallinha, ou tanto por ella; compete a escolha ao senhorio, o qual ordinariamente dicta as clausulas deste contracto. Cord. *Resol.* 18. *n.* 22. 5.° Os direitos banaes, e serviços pessoaes foram inteiramente abolidos pela *Lei de* 22 *de Junh. de* 1846. *art.* 4.

Direitos *banaes* eram os privilegios restrictivos da liberdade dos foreiros, que antigamente alguns senhorios se arrogavam, como restos do poderio feudal: v. g., que nenhum foreiro poderia ter engenhos para moer azeite, nem fornos para cozer pão ao povo; que nenhum poderia vender vinho, em quanto o senhorio não vendesse o seu, etc. *Serviços pessoaes* eram as obrigações do foreiro, que consistiam *in agendo*, como a de ir dar dias de trabalho no serviço do senhorio, a que chamavam *geiras de homens*, ou *de bois*, fazer-lhes carretos; e outros. Uns e outros já tinham sido extinctos desde 1824, e ultimamente o foram pela *Lei de* 22 *de Junh de* 1846 conjunctamente com quaesquer encargos, ou impostos, que não tenham a natureza de *pensões.*

Como não ha lei, ainda que os praxistas dissintam, não ha inconveniente em seguir, que o foro dos fructos antigos póde ser subrogado pelo dos modernos · porque os senhorios nada perdem, antes evitam disputas; e os foreiros ficam livres na cultura, o que é de grande vantagem publica. A *Lei de* 22 *de Junh. de* 1846 *art.* 9. explicitamente o permitte, em quanto aos prazos da Coroa, ou fazenda nacional, que depois desta lei ficaram subsistindo.

b) *Em quanto á quantidade.*

§ 543. 6.° Como o foro se paga em reconhecimento do dominio directo, e se presume imposto no estado do predio inculto; por pequeno que seja, não póde pelo senhorio ser ar-

guido de lesivo. Mell *L.* 3. *tit.* 11. §. 13. 7.° Se porém o aforamento for de predios já cultivados, deve a quantidade regular-se pelas leis da locação. *Alv. de* 4 *de Julh. de* 1776. 8.° Se consiste em rações incertas, v. g., sextos ou oitavos dos fructos, o foreiro, que dolosamente deixou de cultivar, deve indemnizar o senhorio. *Cit* Lob. §. 662.

c) *Em quanto ao tempo e logar da solução.*

§. 544. 9.° Na falta de declaração, deve-se a pensão: *a*) ao tempo da colheita, mesmo quando não seja annual, se consiste em fructos; *b*) ou no fim do anno do contracto, se consiste em dinheiro, ou generos differentes dos fructos, *cit.* Lob. §§. 714. e 715.; *c*) no logar, onde são sitos os bens, *id.* §. 722.; *d*) e pela medida do logar do pagamento, e do tempo do contracto. *Id.* §§. 723. e 725.

d) *No caso de se dividir o prazo.*

§. 545. 10.° Se, a pezar da regra geral da indivisibilidade por glebas, o prazo for dividido em mais consortes por consentimento do senhorio, *a*) expresso, *b*) ou presumido, v. g., por acceitar as partes do foro separadas; nenhum delles fica responsavel por todo o foro, e o senhorio tem de receber as quotas de cada um. Lob. *Fascic. Tom* 3. *Diss.* 4. §. 22. *not*, e *D. emphyt.* §. 727. 11.° Se porém o senhorio não deu consentimento, ou só o deu com protesto de não divisão do foro, póde obrigar os consortes para que elejam d'entre si um *cabecel*, ou *cabeça*, o qual fique obrigado a satisfazel-o por inteiro, cobrando dos outros as suas partes. *Id. cit. Diss* § 12 *e seg.* Este em compensação tem o direito de opção, se o senhorio o não quizer usar *Id. App ao D. emphyt.* §. 197. 12.° Neste caso o foro deve ser rateado por louvados judicialmente em proporção dos predios, que cada um possue; e em attenção ao estado destes ao tempo do aforamento, não se levando em conta as bemfeitorias posteriores. *Id. D. emphyt.* §. 733. *not.* 2.

Nos prazos de vidas é mui frequente ser o cabeça logo designado pelo senhorio no emprazamento: porém se este depois continúa a receber as quotas dos consortes sem protesto, cessa a obrigação do cabeça. Vej. o *cit.* Lob. §. 730.

§. 546. Pelo sobredito motivo de ser o foro pago em reconhecimento do dominio directo, o foreiro não póde excusar-se do pagamento, excepto: 1.° por equidade, se por caso fortuito ou força maior não foi possivel absolutamente cultivar o predio, ou se lhe perderam inteiramento os fructos. Lob *cit.* §. 761., *Cod. da Pr P.* 1. *tit.* 18 *art.* 760 2.° Se o foro é pequeno, e com indicios de ser lançado antes da cultura, ou bemfeitoria do predio, no caso de destruição das obras o foro continúa por inteiro, se o foreiro não prefere resilir. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 765. e 766. 3.° Se porém o foro indica ter sido lançado ao predio já no estado de cultura, ou edificio feito, como tal contracto se equipára á locação: *a*) o foreiro póde pedir uma reducção no foro, proporcionada á ruina, ou prejuizo, que o predio tiver soffrido, *cit.* Lob. 748.; *b*) bem como, no caso de esterilidade, póde usar do beneficio da *Ord. L.* 4. *tit.* 27., Val *cit. quaest.* 27. *n.* 11.

Das luctuosas.

§. 547. Nas renovações dos antigos prazos de vidas ordinariamente encontra-se imposta ao foreiro, junctamente com o foro, a *luctuosa*, isto é, uma prestação extraordinaria para o senhorio pela morte de cada uma das vidas. Em muitos prazos consiste em outro tanto, como o foro de um anno; em outros, no *melhor dom*, ou *signal da casa*: mas por estas palavras sem mais declaração entendem-se os moveis, que possam de alguma sorte reputar-se annexos ao prazo, e proprios do estado de lavrador, como um tonel, uma arca; e não os trastes de ouro ou prata, ou outras alfaias preciosas, que nenhuma relação têm com aquelle estado. Sómente se deve pela morte do emphyteuta, que fez vida no prazo, e não pela dos que o possuiram desemprazado. Vej. Lobão *App. ao D. emphyt.* §. 160. *e seg.* Foram abolidas as dos prazos, que hoje se acham na Coroa, ou fazenda nacional. *Cit. L. de* 22 *de Junh. de* 1846 *art.* 7. §. 3.

As luctuosas, que ainda se encontram nas renovações de alguns prazos antigos, e que os novos foreiros accentam, ou por tarifa, ou por necessidade, devem interpretar-se sempre em favor destes; porque são odiosissimas, já pela sua origem de feudalidade e escravatura, já pela occasião, em que se vencem. E na verdade não se póde observar sem affliicção, que, pelo fallecimento de um pequeno lavrador, a sua desvalida viuva na mesma occasião, em que tem direito a exigir de todos amparo e soccorros, sómente encontre o senhorio, ou um inexoravel rendeiro a exigir a luctuosa, o parocho as exorbitantes offertas mortuarias; e os officiaes de justiça estirados emolumentos de inventario: e que assim aquelles, que em razão do seu estado deviam ser os primeiros em soccorrel-a, sejam os mesmos, que se appresentam para devorar, como harpias, o pequeno patrimonio dessa triste familia.

Privilegio do senhorio para a recepção.

§. 548 Ao senhorio: 1.° pela divida dos foros compete privilegio sobre os fructos do prazo. 2.° Compete-lhe tambem hypotheca legal privilegiada sobre os bens do mesmo. *L. de* 20 *de Junh. de* 1774 §. 38, Lob. *exec* §. 556 3.° E por isso póde para com terceiros usar dos effeitos da hypotheca, *Ord. L.* 4 *tit.* 3, Val *de jur. emphyt. quaest.* 4. *nn.* 6. e 7; excepto se deixou perder os foros por negligencia. Peg 1.° *For. cap.* 3. *n.* 358. 4.° Porque no caso de divisão do prazo os coemphyteutas não são solidarios, e o senhorio podia exigir a nomeação de *cabeça*, não póde pedir a um as quotas dos outros, ainda que insoluveis. *Cit.* Lob. §. 727.

Vej. adiante a doutrina das hypothecas.

II. *Direito de opção.*

§. 549. O II. direito, que compete ao senhorio, é o de *opção*, ou *prelação (jus protimeseos)*, em virtude do qual no caso de venda, ou alienação do dominio util, póde preferir tanto por tanto a outro qualquer, que o pretenda. *Ord L.* 4. *tit* 38. *pr.* Com effeito é de equidade, que o senhorio torne a reunir o dominio util, que havia dimittido, quando o foreiro o queira alienar, uma vez que este não seja prejudicado: e a ordem publica interessa, para evitar litigios e desavenças, em que as cousas communs se reúnam em um só. Mell *L.* 3. *tit.* 11. §. 16. *not.*

Quando tem logar.

§. 550. Porque o foreiro não deve ser prejudicado, este direito sómente tem logar: 1.° nas vendas, e dações em pagamento, *a*) ou sejam voluntarias, *b*) ou necessarias em virtude de execução, *cit. Ord.*; 2.° bem como nas permutações, ou escambos, unicamente quando são feitas por objectos fungiveis. Mell. *cit.* §. 16. 3.° Não tem logar nas alienações por titulo gratuito, como doação, ou dote, *cit. Ord.*; excepto se esta for simulada, Lobão *cit.* §. 907.; 4.° nem na divisão entre os coherdeiros, quer esta se faça por glebas, nos casos, em que o possa ser, quer por estimação. *Ord. L.* 4. *tit.* 36. §. 1. 5.° Tambem não tem logar nas expropriações forçadas para as obras publicas. *Decr. de* 13 *de Dez. de* 1788 §. 11. 6.° Os prazos foreiros a corpos de mão morta não podem ser optados por estes, por lhes obstar a lei da amortização; mas bem o podem ser pelos individuos, que compõem esses corpos. *Lei de* 4 *de Julh. de* 1768. 7.° Sendo muitos os predios, o senhorio não póde optar uns, e rejeitar outros. *Cit.* Lobão §. 920.

Fica dito, que este direito sómente tem logar nas trocas por cousas fungiveis, seguindo os praxistas citados por Lobão *D. emphyt.* §. 901. *e seg.*, com os quaes concorda Mell.; porque a admittir-se nas trocas de predio por predio, viria a ser gravemente prejudicado o foreiro; principalmente se nessa troca entrar affeição, a qual o senhorio lhe não póde facilmente satisfazer. Porém Brito *ao cap. Potuit de locat.* §. 5. n. 9., aferrado ao rigor da palavra *escambar*, empregada pela *Ord. cit.*, insiste em que deve ter logar em todas; no que foi seguido pelo sabio auctor do *Dig. Port.* 3. *art.* 963.

Em que termos?

§. 551. O foreiro deve participar ao senhorio a venda, declarando o preço, que lhe dão, e requerendo-o, se quer usar do direito de prelação. O senhorio tem trinta dias, *a*) para deliberar, *b*) e pagar o preço: e se neste espaço não satisfaz, o foreiro fica livre para vender a quem quizer. *Ord. L.* 4. *tit.* 38. *pr.* A pena do foreiro, que não notifica o senhorio, é a nullidade do contracto, e a pena de commisso, se este quizer usar della. *Cit. Ord.* §. 1.

Pela recepção do laudemio, ainda que seja depois da venda, não só se entende renunciada a opção, mas fica relevada a pena do foreiro. Porém como estes muitas vezes necessitam do consentimento anticipado do senhorio, ou seja porque sem elle não podem lavrar a escriptura, conforme o privilegio concedido a alguns senhorios, ou para outros fins, se este amigavelmente o recusa, é necessario demandal-o nos termos da *Ord. citada*, offerecendo logo em deposito o laudemio respectivo: e se sem razão ainda teima sem optar, nem dar o consentimento, de maneira que seja necessaria sentença, que o suppra, perde o laudemio. Vej. Lob. *D. emphyt.* §. 929. *e seg.*

III. *Laudemio.*

§. 552. O III. direito do senhorio é o do *laudemio*, isto é, o de receber uma parte do preço da venda. Ainda que este direito originariamente não tivesse outro fundamento, senão a convenção; com tudo depois as leis o estabeleceram mesmo na falta de ajuste; e os praxistas o consideram como a indemnização do não-uso do direito de opção, ou o premio pelo reconhecimento do novo emphyteuta, *a laudando*. O laudemio é a quarentena do preço, excepto quando no aforamento estiver convencionado mais, ou menos. *Ord. cit. pr.* Porém para que

seja justo: 1.° deve-se deduzir o valor das grandes bemfeitorias, que não existiam ao tempo do aforamento, v. g., um edificio. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 18. *art.* 721., Lob. *Diss. sobre a emphyteuticação* §. 44. *no App. ao D. emphyt.* E *vice versa*, 2.° devem accrescer quaesquer vantagens susceptiveis de ser avaliadas, que o vendedor faz ao comprador, v. g., o pagamento de dividas, ou encargos, que impõe sobre o predio. *Cit. Cod. art.* 723., Lobão *D. emphyt* §. 836. Os dos prazos da Fazenda Nacional foram todos reduzidos a quarentena. *L. de* 22 *de Junh. de* 1846 *art.* 7. §. 4.

Quando se deve, e por quem?

§. 553. 1.° O laudemio compete a todos os senhorios, mesmo aos corpos de mão morta, porque não contém amortização: 2.° e não só das vendas e arrematações, mas tambem das outras alienações, em que o senhorio podia usar da opção, com tanto que sejam válidas, e cheguem a effectuar-se com tradição da cousa vendida *Cit* Lob. §§ 1005. e 1009 Porém dos dotes e deixas a filhos ou herdeiros, ainda que sejam com encargos de dividas, não se deve laudemio. *Cit.* Lob §. 1015. 3.° Cessa, *a*) quando o senhorio usa do direito de opção, *cit. Ord. pr.*; *b*) ou não quiz acceitar o novo comprador, e foi necessario supprir judicialmente o consentimento. *Cit.* Lob. § 1003. 4.° A acção do senhorio para o pedir dá-se contra o vendedor, ao qual a Ordenação em todos os logares, em que fala de laudemio, impõe a obrigação de o pagar, *L* 1. *tit.* 62. §. 48., e *L.* 4. *tit.* 38. *pr.*, Moraes *de exec. L.* 5 *cap.* 7. *n.* 2; e só terá logar contra o comprador, se este directa, ou indirectamente se obrigou a satisfazel-o, v. g., obrigando-se a dar

tanto *livre* para o vendedor. Lobão *App. ao D. emphyt.* §. 170.

No caso de permutação de predio por predio, ainda que não tenha logar a opção, como acima se disse, tem com tudo logar o laudemio do excesso saldado a dinheiro, se o houver; porque entre nós os laudemios relativamente aos casos, em que se devem, são equiparados ás sizas, *cit.* Lob. §. 997; e hoje pela *L. de* 2 *de Out. de* 1841, e *Decr. de* 19 *de Abr. de* 1832 *art.* 2. em taes contractos sómente se deve siza do excesso a dinheiro.

Na questão tão frequente na practica, e tão debatida entre os reinicolas, se o senhorio póde pedir o laudemio ao comprador? parece razoavel a opinião de Lobão *no App. ao D. emphyt.* §. 170., o qual alli a fundamenta em argumentos juridicos, reprovando o que tinha escripto no *Tract. do D. emphyt.* §. 1041., a qual por isso adoptamos. Póde ver-se tambem no *Repert. da Ord.* vbo — *Foreiro, que faz alheação, ou venda do prazo.* Seguimos igualmente a opinião de Lobão *exec.* §. 585., de que pelo laudemio não compete ao senhorio hypotheca legal sobre os bens do prazo, a pezar do que se diz no *Cod. Comm. art.* 1245.: porque para nós esta doutrina no *Cod.* é inintelligivel.

Do censo consignativo imposto sobre o prazo deve-se laudemio, assim como siza, por importar venda.

IV. *Direito de consolidação*

§. 554. O IV. direito do senhorio é o de *consolidação*, isto é, o de recuperar o dominio util, ficando assim extincta a emphyteuse. Compete a todos os senhorios, até mesmo aos corpos de mão morta: porém estes são obrigados a aforar de novo dentro em anno e dia os bens consolidados. *Alv. de* 12 *de Maio de* 1769 *art. fin.* Os senhorios podem usar deste direito em dous casos: *a*) ou na falta de successor do emphyteuta *(por caducidade)*: *b*) ou por culpa do foreiro, que não cumpriu as clausulas do contracto, a que se chama *pena de commisso.*

a) No caso de falta de successor, ou caducidade.

§. 555. A devolução do prazo ao senhorio

por falta de successor do foreiro: 1.° só póde ter logar nos prazos de livre nomeação; porque só destes se tracta na *Ord. L.* 4. *tit.* 36. §. 2., como indica o §. *inicial.* 2.° Nestes mesmos só póde ter logar pelo fallecimento da primeira, ou da segunda vida: porque pelo fallecimento da terceira já para o successor legitimo passou o direito de pedir a renovação. Lobão *D. emphyt.* §. 135. 3.° E a respeito da primeira e segunda vida mesmo só tem logar, quando o defuncto *a*) não nomeou, *cit. Ord.*; *b*) nem deixou parentes herdeiros, ainda collateraes até o 4.° gráo por Direito Canonico. *L de* 9 *de Set. de* 1769 §. 26.

Nesta especie seguimos a opinião de Lobão *no citado* §. 135. e 136., e dos praxistas antigos por elle indicados, donde se conclue, que os senhorios não podem usar deste direito nos prazos de geração, nem ainda pela morte da ultima vida nos de nomeação. e por conseguinte julgamos não se dever applicar a todos indistinctamente a disposição da *cit. L. de* 9 *de Set.*, por nos parecer, que o espirito desta Lei não foi favorecer, antes pelo contrario restringir os direitos dos senhorios; e que o legislador aqui não cogitou, senão da especie da *Ord. L.* 4. *tit.* 36., entendida conforme a praxe, que elle não podia ignorar.

Não negamos, que esta opinião não vai coherente com a outra, por nós seguida, de que a mente dos senhorios nas clausulas de geração não foi restringir os seus direitos, nem obstar as alienações, ou consolidação; e que se pode disputar, se as palavras do §. inicial da *Ord L.* 4. *tit.* 36. — *convém a saber* — são taxativas, se exemplificativas Mas debalde se cançará quem quizer achar coherencia em todas as disposições da nossa actual jurisprudencia emphyteutica. A unica talvez, que se nota, é, na legislação e praxe moderna, a tendencia em respeitar a emphyteuse como propriedade permanente do foreiro, e em lançar o odioso contra todas as clausulas antigas, que a coarctam.

b) *No de culpa do foreiro, ou commisso.*

§. 556. Tem logar a consolidação por culpa do foreiro, ou *por commisso:* 1.° se deixou de pagar o foro tres annos seguidos, sendo o prazo secular; ou dous, sendo ecclesiastico. *Ord. L.* 4. *tit* 39. 2.° Se por dolo, ou culpa lata destróe o predio aforado. Lobão *cit.* §§. 615. e 616. 3.° Se o vendeu, ou alienou, sem o participar ao senhorio, nos casos, em que a este competia o direito de opção *Cit. Ord. tit.* 38. § 1. 4.° Por outras transgressões, em que esta pena esteja comminada na investidura, e acceita pelo foreiro.

Nos antigos aforamentos, e suas renovações, encontram-se as penas de commisso irrogadas a cada passo, e por qualquer leve causa. porém na maior parte são hoje reputadas palavras tabelliôas.

Da acção de commisso

§. 557. Para o senhorio consolidar o prazo em pena do commisso, é necessaria sentença sobre acção por elle intentada contra o foreiro, a que chamamos *acção de commisso* E como esta pena, supposto seja convencional, se presume dictada pelo prepotente, e iria muitas vezes por leve causa privar uma familia do seu patrimonio, é tida por odiosa; e corre como *brocardico* no foro, que della excusa qualquer causa, ainda apparente e colorada. Lob. *cit.* §. 1111. Por isso cessa o commisso *ob non solutum canonem:* 1.° se o senhorio, além das pensões devidas, recebeu algumas posteriores, por se entender renunciado. *Id.* §. 802 2.° Se o foreiro purgou a móra com deposito, nos termos da *Ord. L.* 4. *tit.* 39. §. 2 3.° Em geral, sempre que este allegue causa, que o excuse do dolo, como esterilidade, perda dos fructos, descuido do seu procurador, litigio, ignorancia, doença, pobreza, e outras similhantes. *Cit* Lob desde o §.

777. 4.° Como nesta acção se pede uma pena, *a*) prescreve por cinco annos, Pinheir *de emphyt. Disp.* 8. *secç.* 5. *n.* 73.; *b*) nem se dá contra os herdeiros. *Id. n.* 78.

O sabio auctor do *Dig. Port.* 3. *art.* 978. exclue a pobreza, ou faltas de dinheiro, do numero das causas, por que se póde elidir o commisso, fundado na disposição do *Cod. da Pr.* Achamos preferivel a opinião dos praxistas. Peg. 3.° *For. cap.* 28. *n.* 798., Lob. *cit.* §. 783.

Se, além do commisso, poderá o senhorio conjunctamente pedir os foros devidos? Lobão *cit.* §. 808. segue a affirmativa, julgando-a fundada no §. 1. *do tit.* 39. *do L.* 4. *da Ord.* Pelo contrario o *Dig. Port.* 3. *art.* 981., em virtude da regra de que, pedida a pena convencional, já não podem pedir-se os interesses do contracto. *L.* 4. §. 7. *D. de dol. mal. except*, e *L.* 28. *D. de act. empt.*

Reposição das bemfeitorias.

§. 558. O senhorio, usando do direito de consolidação, deve repor ao foreiro, ou seus herdeiros, o valor das bemfeitorias: excepto *a*) das modicas, indispensaveis para a cultura. *Arg. da Ord. L* 4. *tit.* 97. § 22. *b*) Ou se, ainda que avultadas, e de grande utilidade, foram especifica e expressamente convencionadas na emphyteuse; e tendo-se a sua importancia levado em conta no canon, para não haver lesão. Lob. *cit.* §§. 611. e 613.

CAPITULO III.

DIREITOS DOS FOREIROS.

I. *Direito de usar livremente.*

§. 559. O I e principal direito do foreiro é o de tirar dos bens aforados todos os fructos e vantagens, assim ordinarios, como extraordinarios; e nisto principalmente consiste o *dominio util.* Por tanto póde: 1.° fazer nelles quaesquer alterações, ou mudanças, que lhe pareçam proprias a melhoral-os. Val. *Cons.* 50. *n.* 9. 2 °Póde, para reivindicar, ou defender o dominio util, usar de quaesquer acções reaes, ou possessorias. *L.* 1. §. 1. *D. si ager vect.* 3.° Supporta todos os encargos e tributos prediaes e pessoaes, lançados aos possuidores do predio, v. g., as collectas para as obras da parochia, ou municipio, e os tributos publicos. Lob *cit.* §§. 594. *e seg.* 4.° Mas não os encargos, que se costumam lançar aos locadores, quando o aforamento pela grandeza do foro se approxima da locação. *Id.* §. 602. Porém o senhorio deve abonar-lhe a decima respectiva ao foro. *L. de 7 de Abr de* 1838 *art* 6.

Em virtude do principio, que acima fica indicado, que o senhorio póde ser compellido judicialmente a receber o foro dos fructos actuaes, ou a indemnização na falta delles, é consequencia permittir ao foreiro a mudança arbitraria de cultura. e fica inutil o que sobre isto têm disputado os praxistas, que póde ver-se no *cit.* Lob. §. 619. *e seg.*

II. *Direito de alienação.*

§. 560. II. O foreiro: 1.° póde dispor do prazo, e alienal-o por qualquer titulo, oneroso, ou gratuito, salvo o direito de opção do senho-

rio *Ord. L.* 4. *tit.* 38 2.° E em virtude deste direito póde obrigal-o e hypothecal-o, especial, ou geralmente, e ainda oneral-o com servidão, ou censo. 3.° Porém, porque não deve prejudicar os direitos do senhorio, essas obrigações, não consentidas por este, ficam sem effeito no caso de consolidação, e devem ser levadas em conta para a liquidação do laudemio Lob. *D. emphyt* §. 336., Silv. *ad Ord. L.* 4. *tit.* 3. *pr. n.* 24 4.° Não póde porém repartir, ou dividir o prazo, excepto havendo consentimento expresso do mesmo, ou presumido, v. g., por ser costume, ter recebido o foro por partes, receber o laudemio da parte alienada. Lob. *cit* §. 728. *e seg*

Os prazos de vidas, ainda que estas estejam designadas, bem como os de geração, podem ser alienados, obrigados e hypothecados pelo foreiro, pois na designação das pessoas, ou clausula de geração imposta pelo senhorio, não se presume animo de instituir fideicommisso. *Cit.* Lob. § 954. *e seg.*

Lobão *cit.* §. 846. seguiu com outros muitos praxistas, que a hypotheca dos prazos de vidas, não auctorizada pelo senhorio, não obriga o successor do prazo, excepto sendo herdeiro porém no §. 986. mudou de opinião, recorrendo apenas á distincção entre prazos velhos e novos. A primeira opinião é fundada no antigo principio, de que os prazos não constituem verdadeira propriedade dos foreiros, e de que os successores os recebem dos senhorios, e não dos nomeantes Seguimos a contraria entretanto sera boa cautela obter a auctorização, visto não haver lei expressa, e variarem as opiniões. *Cit.* Lob. *Exec.* §. 484.

III. *Direito de subemprazar.*

§. 561. III O emphyteuta tem o direito de subemprazar, isto é, alienar para um terceiro o seu dominio util, reservando uma parte, com as clausulas, que lhe parecer. Póde por tanto convencionar um maior foro, e um laudemio mais forte, dos quaes ainda lhe fique lucro, depois de satisfeitos os encargos devidos ao senhorio, que em todo o caso devem ficar salvos. Lobão *App ao D emphyt Diss. sobre as subemphyteut.*

Os praxistas têm-se cançado na disputa, se para a subemphyteuticação é necessario o consentimento do senhorio? Lobão *no logar citado* §. 13. adopta a negativa, uma vez que isso não tenha sido expressamente prohibido na investidura ao foreiro; a qual nos parece razoavel. Supponhamos, que o foreiro não póde cultivar o prazo, nem acha colono: mas um confinante, para alargar o seu predio, offerece-se a subemprazal-o com interesse do foreiro. Ainda que o senhorio não consinta, porque não ha de o foreiro acceitar este contracto? Entretanto o *Alv. de* 20 *de Ag. de* 1774 §. 2. exige o consentimento da Universidade para a validade dos subemprazamentos dos bens, de que é senhoria.

IV. *Direito de nomear.*

§. 562 IV Outro direito do emphyteuta é o de *nomeação*, isto é, de designar a pessoa, que lhe deve succeder no prazo. Todo o emphyteuta habil para practicar o acto, em que se faça a nomeação, póde exercer este direito. Lob. *cit.* §. 285. Porém: 1.° não tem logar nos prazos de vidas, quando o successor está já pessoalmente designado na investidura, ou renovação. Assim, se o emprazamento é feito para marido e mulher, primeira e segunda vidas, ao predefuncto não compete este direito. *Ord. L* 4. *tit.* 37. § 6. 2.° Se o prazo é livre do marido, por se não communicar, nem a mulher ser nelle vida, póde aquelle nomeal-o sem outorga desta, uma vez que fique salvo o usufructo na constancia do matrimonio. Lob. *cit* §. 327. 3.° Pelo contrario, sendo livre da mulher, não póde esta nomeal-o por acto *inter vivos*, sem auctoridade do marido, em razão da reverencia marital. *Id* §. 328

O auctor do *Dig. Port.* 3. *art.* 1022. seguiu com muitos

praxistas, que na ultima especie a mulher póde nomear sem auctoridade do marido.

Quem póde ser nomeado?

§. 563. A escolha da pessoa nomeada deve ser regulada conforme a qualidade do prazo, e clausulas da investidura. Por tanto: 1.° nos prazos de livre nomeação póde o emphyteuta nomear quem lhe parecer; não preterindo porém a ordem dos seus descendentes, ou ascendentes em favor de terceiros, excepto se o valor do prazo se podér imputar na terça. 2.° Nos familiares mixtos *para filhos e descendentes*, deve escolher um d'entre os filhos, ou filhas, sem poder nomear netos, em quanto tiver filhos. *Ord. L.* 4. *tit.* 37. §. 6. 3.° Se o emprazamento contém para marido e mulher, e *um filho d'entre ambos*, em quanto existirem filhos deste consorcio, não póde a segunda vida nomear filhos de outro leito: pelo contrario, se no emprazamento não ha aquella clausula, ou estiver vago. Lob. *cit.* §§. 152. e 156. 4.° No prazo simplesmente familiar, isto é, com clausula de nomear um parente, póde o conjuge, que for vida, nomear um d'entre os seus parentes de qualquer linha, ainda que o prazo tivesse provindo da parte do outro · não assim, se contém a clausula da geração, donde provém o prazo. *Id.* §§. 356. e 358.

É difficil de concordar com os principios actuaes a opinião dos antigos praxistas, seguida ainda por Lobão §. 851., cuja dureza foi conhecida, e por isso modificada no *Dig. Port.* 3. *art.* 1016., de que os foreiros na nomeação dos prazos não são obrigados a contemplar os herdeiros necessarios, e que por conseguinte os de livre nomeação podem ser deixados a um terceiro com preterição dos filhos.

Não ha duvida, que segundo o antigo systema as clausulas dos emprazamentos eram lei *estricta* e rigorosa. o dominio, ou propriedade do foreiro, como era temporario, pouco valor

tinha, e este mesmo diminuia, á proporção que se approximava o termo do aforamento em vidas: não era por isso contado na massa das heranças, nem por conseguinte attendido para as legitimas: a nomeação não era uma liberalidade, mas apenas o uso da condição do emprazamento; e os successores do prazo dizia-se receberem-no do senhorio, e não do nomeante. Porém hoje que mudou a opinião; que os senhorios são por justiça compellidos á renovação; que as consolidações são raríssimas: o dominio util tem um valor igual aos dos bens allodiaes, deve entrar igualmente no patrimonio da familia, e não póde ser sem incoherencia e risco ser deixado ao capricho do possuidor. Apenas nos parece desculpavel a nomeação do marido á mulher, por ser analoga á natureza dos prazos. E verdade que por este argumento se deveria tambem abandonar a indivisibilidade, e a fórma da successão *ab intestato* dos prazos; nem se deveria deixar aos paes a liberdade de os nomear preciputos a um dos filhos. Porém estes casos estão regulados por lei expressa, que se deve respeitar; quando a opinião combatida se funda nas opiniões dos praxistas: as quaes é livre comparar com os principios geraes da jurisprudencia, e com a razão.

O A. *do Dig. Port.* entende que naquelle caso poderá o filho querelar a nomeação por inofficiosa.

Fórma da nomeação.

§. 564. A nomeação do prazo póde ser feita, *a*) ou por acto *inter vivos*, e então é equiparada ás doações; *b*) ou por disposição de ultima vontade. *Ord L.* 4. *tit* 37. *pr.* e §. 1. Tanto em um, como no outro caso póde ser, ou *expressa*, quando explicitamente se faz menção do prazo; ou *tacita*, quando vai comprehendida na universalidade dos bens. Em consequencia: 1.° sendo muitos os doados, ou herdeiros sem nomeação precisa e individual, entendem-se tacitamente todos nomeados no prazo, *Ord. L* 4. *tit.* 36. § 1.; excepto sendo herdeiros *necessarios*, porque então presume-se, que o testador não quiz nomear, e devolve-se *ab intestato. Id* §. 3. 2.° Sendo assim muitos nomeados, se o senho-

rio não consentir na divisão, deve encabeçar-se o prazo em um só, que indemnize os outros pela estimação, na fórma estabelecida na *cit. Ord.* § 1 3.° O herdeiro legitimamente desherdado entende-se tambem excluido da successão do prazo. *Cit.* Lob. §. 215. 4.° A nomeação tanto expressa, como tacita, póde ser feita com condição, ou encargos, como pagar dividas, dar tornas, reserva de usufructo; e com substituição vulgar, não fideicommissaria. *Id* §§. 382. e 394 5.° A nomeação póde provar-se não só por escriptura, ou escripto particular, mas tambem por tres testemunhas. *Ord. L. 4. tit* 37. §. 3.

Mell. *L.* 3. *tit.* 11. §. 22. segue, que o filho desherdado póde succeder no prazo bem como, que o nomeante não póde impor ao nomeado novos encargos. *Id.* § 24. *not.* É verdade, que na *L. de 4 de Fev. de* 1765 §. 5. se diz, que os prazos de nomeação costumam passar livres de todo o encargo · mas nem por isso se diz, que não possam ser gravados.

Os praxistas não admittem nos prazos substituição fideicommissaria por causa do prejuizo, que o senhorio receberia da demora das vidas, e obstaculo das alienações.

Como póde revogar-se?

§. 565. 1.° Se no aforamento foi dada ao emphyteuta a liberdade de nomear *para o tempo da morte*, póde este arbitrariamente revogar a nomeação já feita, *a*) ou por simples acto de revogação, *b*) ou fazendo nova nomeação, *Ord. L 4. tit.* 37 *pr.*; excepto quando foi feita com transferencia para logo de todo o dominio, ainda que ficasse com reserva do usufructo *Cit Ord* §. 1 2.° Se porém no aforamento se não faz menção *do tempo da morte*, a nomeação, uma vez feita, não póde ser revogada, *Cit. Ord* § 2; excepto se o nomeante no mesmo acto resalvou a liberdade de revogar Lob *cit* § 449. 3.° A nomeação revogavel caduca, quando o nomeado morreu antes do nomeante; pelo contrario a irrevogavel aproveita aos herdeiros *Cit Ord.* §. 5 4.° A revogação só val, sendo feita · *aa*) em acto mais solemne, ou ao menos igual ao da nomeação; *bb*) ou em testamento. Assim a nomeação feita em escriptura, não póde ser revogada por acto simples perante testemunhas. *Cit. Ord.* §. 3.

Quando se annulla, ou rescinde?

§. 566. A nomeação dos prazos segue a natureza do acto, em que é feita. Por isso: 1.° sendo em testamento, fica sem effeito, se este foi revogado, ou annullado, ou caducou; *Ord. L. 4. tit.* 37. §. 4, excepto se tiver sido em fórma de legado, nos casos, em que estes subsistem, annullado o testamento. *Resol. de* 18 *de Março de* 1786, Lobão *cit* § 221 2.° A nomeação, ainda irrevogavel, póde rescindir-se por causa de ingratidão, superveniencia de filhos, falta de satisfacção das condições, e geralmente pelas outras causas, por que se revogam as doações, Lob. *cit* §§ 452., 454. e 457.; bem como por falta de insinuação no excesso do valor legal, tão sómente no caso de o usufructo ser desde logo transferido para o nomeado. *Ass. de* 21 *de Julh. de* 1797 *N.°* 336., *Prov. do Des. do Paço de* 17 *de Ag. de* 1801.

V. *Direito de pedir a renovação.*

§ 567. V Nos prazos de vidas, aos herdeiros da ultima e aos successores destes compete o direito de pedir a *renovação*, isto é, de obrigar o senhorio para que lhe faça nova concessão do dominio util. Este direito, ainda que se

não possa deduzir da natureza e clausulas do contracto da emphyteuse, onde se estipula, que, findas as vidas, fica livre ao senhorio dispor do prazo, como, e em favor de quem quizer, com tudo está admittido na praxe; e é fundado na equidade, reconhecida pela *Lei de 9 de Set. de 1769 §§. 25. e 26.*

(Vej. no fim do Tom. 2.º a Nota AA.)

A quem compete?

§. 568. O direito de pedir a renovação equival, e anda annexo ao de succeder no prazo, e regula-se pelo mesmo modo. Lobão §. 141. Por tanto: 1.º póde nomear-se da mesma maneira que a successão, conforme a anterior natureza do prazo. Pinheir. *Disp.* 7 *secç.* 2. §. 3. 2.º Na falta de nomeação compete áquelle, para quem deve passar o prazo segundo a ordem legal da successão. Mell. *L.* 3 *tit* 11. §. 26. *n.* 10. 3.º Aquelle, a quem compete este direito, entra na posse, e succede em todos os direitos e obrigações do emphyteuta, ainda antes da renovação. Val *Cons* 157. *n.* 29. 4.º Se o senhorio renovou em quem não devia, o legitimo successor tem acção contra ambos para reclamar a renovação injusta, e pedir a reivindicação e renovação. Lobão *cit* §. 1143. 5.º A mulher do foreiro, quando se faz a renovação, fica sendo vida necessaria, ainda que nella não fosse mencionada: e isto, ainda mesmo nos prazos familiares. Lob. *cit.* §. 364. *not.* 2.ª e §. 1053.

1.ª questão. O prazo foi renovado em tres vidas; a saber: Pedro actual possuidor, e sua mulher, se casar, 1.ª e 2.ª, e um filho 3.º Pedro morreu solteiro, succedeu-lhe um irmão, que faz 2.ª vida; pergunta-se, se a mulher deste faz a 3.ª, ainda mesmo quando o marido a não nomeou?

Não achamos fundamentos para dizer que não. Os praxistas estabelecem a regra geral de que as mulheres são vidas necessarias; se attendemos a mente do senhorio, este interessa no adiantamento das vidas; e parece-nos que o chamal-a ao prazo neste caso, ha de ser mais vezes util á familia, e por tanto ao estado, do que a exclusão.

2.ª questão. Quando o prazo de vidas anda repartido em consortes, ou inquilinos; para decidir da duracão e vidas do prazo, só se attende ao cabeça e sua familia: e então como se hão de regular os consortes? As mulheres destes serão consideradas como vida para os effeitos necessarios, assim como a do cabeça?

Em taes prazos, ainda quando não são nomeados explicitamente os consortes, costuma inserir-se a clausula, *que possuirão as suas partes a face do prazo*, ou *a face do cabeça*. E então parece-nos, que quer as gerações dos consortes se adiantem, quer se atrazem, o emprazamento a respeito destes deve julgar-se continuar para todos os effeitos, em quanto não vagou no cabeça: e por tanto que as mulheres dos consortes gozam dos mesmos direitos, que a daquelle. Decidir o contrario, não só seria reputar inutil aquella clausula, mas poderia muitas vezes prejudicar as mães de familias sem vantagem nenhuma para o senhorio. Ainda não encontrámos outra razão contra, senão o não ter o senhorio cogitado dellas, e a *Ord. L. 4. tit.* 95. §. 1., em quanto denega á mulher a posse do emprazamento por morte do marido, *se não foi nomeada*. A esta *Ord.* ter força em tal caso, então é necessario proscrever a regra dos praxistas — de que as mulheres se entendem vidas necessarias dos prazos.

Quando?

§. 569. Este direito sómente tem logar depois de extinctas as vidas do anterior emprazamento, e as vidas sómente se extinguem pela morte natural da pessoa. Por tanto no caso de venda, ou alienação: 1.º o novo possuidor só pela morte do alienante principia a ser vida no numero, que se seguir; e se os alienantes eram marido e mulher primeira e segunda vidas, só pela morte do ultimo entra o possuidor para terceira; excepto se no acto da alienação ajustaram outra cousa com consentimento do senhorio. *Ord. L* 4. *tit.* 38. §§. 2., 3 e 4. 2.º O mesmo se entende nos prazos de geração, nos quaes o

comprador, ou novo possuidor continúa as vidas, e transmitte a successão á sua familia na fórma do anterior emprazamento. Lobão *cit* §. 954. e 957.

Fórma da renovação.

§. 570. Como a renovação é feita por obrigação, nem contém outra cousa, senão a repetição do aforamento: ainda que os prazos sejam de morgados, igrejas, e outras pessoas moraes, não se exigem para ella as prévias solemnidades, que acima ficam indicadas para o primeiro aforamento. Lobão *cit* §. 1146 *e seg.* 2.° Deve ser feita com as mesmas clausulas e condições do anterior, excepto se o senhorio e foreiro convierem na alteração. *Id.* §. 1152 *e seg.* 3.° Não póde ser augmentado o foro, ou canon, nem o laudemio. Mell. *cit.* §. 13 4.° É costume inserir na renovação a *vedoria*, ou *apegação*.

Em quanto não houver lei em contrario, é necessario seguir a regra de que na renovação devem entrar as clausulas e condições dos aforamentos anteriores, a pezar de muitas dellas estarem antiquadas pelas circumstancias, e opinião moderna, e serem na practica reputadas palavras tabelliãas; porque os senhorios não querem prescindir dessas regalias, e os foreiros não têm meios de as recusar. Entretanto daqui nascem milhares de questões, que embaraçam a jurisprudencia, e pejam os auditorios.

Que o canon não póde ser augmentado, em quanto aos prazos dos corpos de mão morta, são expressas a *Lei de 4 de Julh. de* 1768, e o *Alv. de* 12 *de Maio de* 1769, cuja disposição entendeu Mell. no §. 13. *cit.* dever ser ampliada aos prazos seculares por paridade de razão, isto é, equidade, e favor da agricultura. Lobão *no* §. 1162. *e seg.* reprova acremente esta opinião de Mello; convém na prohibição aos corpos de mão morta, excepuando porém os das Ordens Militares, os da Universidade, e os dos Donatarios da Coróa, citando para esse fim forçadamente a *Resol. de* 30 *de Dez. de* 1768, *Alv. de* 20 *de Ag.*

Ag. de 1774 §. 2., e a *Lei do* 1.° *de Junh. de* 1787 *cap.* 6., as quaes unicamente permittem a consolidação, mas nada falam do foro; e finalmente no § 1174. conclue, que o foro dos seculares póde ser augmentado, no que é seguido pelo sabio A. do *Dig. Port.* 3. *art.* 1035.

A pezar disto a opinião de Mello parece-nos fundada não só na equidade e analogia, mas tambem em justiça rigorosa. Para o accrescimo do foro não é facil descobrir outra base, senão ou as bemfeitorias e augmento da cultura, ou a tenuidade do foro primitivo. No primeiro caso vem esse augmento a carregar sobre a propriedade do foreiro, a quem pertencem essas bemfeitorias e industria da cultura; e por conseguinte o senhorio, além do rendimento do capital, com que entrou para o contracto, representado no antigo foro, virá a receber de novo o rendimento de um capital alheio, o que a justiça e igualdade dos contractos não permitte. Assim o entendia ja Pinh. *de emphyt. Disp. 7. secç. 4. n. 67.* Antigamente ainda se poderia excusar com o beneficio da nova concessão; mas admittida a obrigação de renovar, cessa o beneficio, e por tanto está excusa. O segundo não se presume: os antigos senhorios zelavam os seus interesses com o mesmo cuidado, que os actuaes. Se estipularam um canon tenue, ou receberam revoras e entradas, as quaes em outro tempo foram tão ordinarias, que os praxistas chegaram a disputar, se eram essenciaes ao contracto, Lobão *App. ao D. emphyt.* §. 26.; ou aforaram um solo bravio quasi sem valor, que apenas podia supportar esse insignificante foro. Vej. Cordeir. *Resol.* 18.

A *Lei de* 22 *de Junh. de* 1846 prohibiu augmentar os dos prazos da Fazenda Nacional, ainda quando della tenham saído por doação.

Acção para a renovação.

§. 571. A renovação não só é util ao emphyteuta, mas tambem ao senhorio; deve por isso competir a um e outro a acção para esse fim. Por tanto: 1.° o foreiro póde demandar o senhorio para que lhe faça a renovação dentro em um mez, com a comminação de lhe ficar a sentença servindo de titulo nos termos da anterior investidura. Lob *cit.* § 1145. *not.* 2.° Da mesma fórma o senhorio póde demandar o possuidor, para que exhiba os predios, acceite e assigne a re-

novação, pena de perder o direito ao prazo. Pinh. *de emphyt. Disp. 7. secç. 3 n. 48. 3.°* As despesas da renovação costumam ser feitas pelo foreiro, vestigio da antiga idêa do beneficio do senhorio. Lobão *App. ao D. emphyt.* §. 240. 4.° Se o prazo anda dividido, os consortes, assim como pagam o canon e luctuosa *pro rata*, tambem as despesas da renovação. *Dig. Port. 3. artt.* 1050. e 1051.

Ainda que o senhorio hoje faça a renovação por necessidade, della tira muitas utilidades, como a do reconhecimento do actual emphyteuta, verificação dos predios, renovação dos titulos, salarios das apégações, e as luctuosas, que sómente se devem pela morte dos foreiros vidas. Da mesma maneira estes tiram as vantagens da verificação e medição dos predios, renovação dos titulos, e entrada do conjuge estranho para vida, o qual, não o sendo, corre risco de ficar sem o usufructo, vendo passar directamente o prazo para outro successor.

CAPITULO IV.

DA SUCCESSÃO LEGAL DOS PRAZOS.

Quando tem logar esta successão?

§. 572. A successão legal dos prazos faz uma excepção mui importante nas regras da successão geral. Tem logar: 1.° quando o foreiro defuncto não nomeou expressa, nem tacitamente. 2.° Quando a nomeação deste ficou nulla, ou caduca *Ord L. 4 tit. 37. §§ 4. e 5.* 3.° Bem como, quando o foreiro ou dispoz sómente da terça, ou distribuiu a herança em legados particulares, sem instituição de herdeiro universal, nem nomeação do prazo. *Dig Port. 2. art.* 930. 4.° Nos prazos de vidas tem logar assim durante estas, para os casos, em que no aforamento não foi já designado individualmente o

successor; como depois de findas, em quanto ao direito de pedir a renovação. *Cit.* Lob. § 134. 5.° O herdeiro, que rejeita a herança do foreiro ainda que seja ascendente, ou descendente, não póde *ab intestato* pretender a successão do prazo de livre nomeação. Cald *de nomin. quaest* 10. *n* 27., *quaest* 12 *n.* 46.

Lobão §. 142. segue, que a successão do prazo não depende da acceitação da herança, fundando-se no antigo principio de que o successor recebe o prazo do senhorio, e não do antecessor, hoje proscripto. Segundo a *Ord. L. 4. tit.* 36 §. 2., que regula este caso, não se póde succeder no prazo, sem ser nomeado, ou ser *herdeiro*.

Seu fundamento.

§ 573. Segundo a antiga natureza e clausulas ordinarias dos emprazamentos, os prazos de vidas eram temporarios, e sujeitos a reverter a cada momento ao senhorio: e por isso não constituiam o patrimonio da familia, não se communicavam entre os conjuges, nem formavam legitima entre os filhos, pois que o legitimado com elles ficava no risco de os perder facilmente; excepto nos dois casos, de terem sido comprados pelos paes; ou dotados em vida sem reserva do usufructo. Além disto nestes prazos respeitava-se, como lei, o beneficio e vontade do senhorio: era delle que o successor o recebia, e não do doador. o senhorio nunca podia consentir em clausulas, que o prejudicassem. apenas permittia que o prazo passasse para a mulher, ou para um dos filhos, mas nunca que elle se dividisse Estes fundamentos estão annullados pela introducção da renovação forçada, que tornou os prazos de alguma sorte perpetuos, e pelo espirito das leis e practica moderna: mas a pezar disso ainda se

conservam como lei as seguintes regras, que formam a base da successão destes bens. 1.° Os bens de prazo são incommunicaveis, *Ord. L* 4. *tit.* 95. §. 1.; 2.° e indivisiveis entre os coherdeiros: 3.° e por tanto devem passar precipuos para uma só pessoa. *Cit. Ord tit.* 36. §. 1., e *tit.* 97. §. 22., *L. de* 6 *de Març. de* 1669.

Successão dos prazos fateusins.

§. 574. Porque a propriedade do emphyteuta no prazo fateusim é menos limitada, e não restricta a tempo, nem a individuos, taes bens, para os effeitos da successão, são equiparados aos allodiaes. Lobão *cit.* §. 178 Mas porque a divisão do prazo seria prejudicial ao senhorio, não se póde partir na substancia, ou por glebas; mas deve encabeçar-se em um dos coherdeiros com a obrigação de satisfazer a cada um dos outros a parte respectiva do valor. *Ord. L.* 4. *tit.* 96. §. 23. Neste encabeçamento são chamados os successores pela seguinte ordem: 1.° O conjuge sobrevivo, unicamente nos casos: *a*) de ter sido o prazo adquirido na constancia do matrimonio; *b*) ou ter vindo ao casal por via do mesmo conjuge. *Cit. Ord.* §. 24. 2.° Aquelle filho, ou coherdeiro, a quem o defuncto o doou, ou nomeou em vida, ou por morte. Lobão *D. emphyt* §§. 525. e 526. 3.° Aquelle dos coherdeiros, que tiver maior porção no prazo. Val. *Cons.* 53. *nn.* 12 e 13. 4.° Qualquer delles, se o prazo cabe precipuo no seu lote. *Ord. L* 4 *tit.* 36. §. 1 5.° Se não couber, aquelle, em que se accordarem todos, ou a maior parte dos coherdeiros. 6.° Finalmente se nenhum o quizer, nem se accordarem, deve ser vendido em hasta, e o preço repartido. *Cit. Ord. tit.* 96. §. 23.

No caso de empate dos coherdeiros decide-se pela sorte. Val. *cit. Cons. n.* 2. No caso de não concurrerem, o juiz vota pelos reveis, e o Conselho de familia pelos menores. Lobão *cit.* §. 529.

Successão dos de vidas.

§. 575. A successão dos prazos de vidas, porque estes em regra se não dividem nem na estimação, e ha de deferir-se a um só: 1.° á maneira das successões *ab intestato*, compete aos *descendentes*, na falta destes aos *ascendentes*, e na falta de uns e outros aos *collateraes*. 2.° Mas bem como nos morgados, em cada uma destas ordens defere-se segundo a regra seguinte: *O mais proximo em gráo exclue o mais remoto; no mesmo gráo o varão exclue a femea; e do mesmo sexo o mais velho exclue o mais novo. Ord. L.* 4 *tit.* 36 §. 2., *cit.* §§ 139. e 194 3.° Se foi comprado por marido e mulher, por morte de um passa para o outro conjuge com a obrigação de repor a metade do preço aos herdeiros do defuncto: porém se na compra não figurou a mulher, só póde succeder, consentindo os herdeiros do marido. *Cit.* Lob. §. 336. *not.*

a) *Na ordem dos descendentes.*

§. 576. Em consequencia na ordem dos descendentes: 1.° d'entre os filhos legitimos prefere aquelle, que tiver a precedencia do sexo e primogenitura. 2.° Na falta de filhos, o mesmo se verifica a respeito dos netos, ainda que concorram de differentes filhos; e o mesmo a respeito dos bisnetos, na falta de netos *Ord. L.* 4. *tit.* 36. §. 2. 3.° Porque nestes prazos não tem logar o direito de representação. *Cit Ord*, Lob. *cit.* §. 177. 4.° Os legitimados *per subsequens* suc-

cedem como legitimos, contando-se porém a primogenitura desde o casamento dos paes, no caso de concurrerem com os filhos de leito anterior. Guerr. *Tr* 2. *L.* 1. *cap.* 4. *n.* 22. 5.° Na concurrencia de filhos de dous leitos, attende-se entre todos á sobredita qualidade de sexo e primogenitura, *cit.* Lob. §§. 152. e 153.; excepto se o prazo foi concedido a marido e mulher durante um dos matrimonios, porque em quanto houver filho, ou filha deste, não succedem os do outro leito. *Id.* §§. 154. e 156. 6.° Na falta de filhos e descendentes legitimos, succede o filho natural com preferencia aos ascendentes, ainda que não seja perfilhado, e que seu pae fosse nobre. *Ord. cit.* §. 4. 7.° O filho espurio, ou de coito damnado, sendo perfilhado, sómente succede, em quanto ao pae, na falta de descendentes e ascendentes legitimos. *Cit. Ord*, e Lobão § 175.

É facil entender, que na successão dos prazos fateusins se admittem os netos pelo direito de representação a receber a sua parte hereditaria, pois que taes bens são equiparados aos allodiaes.

Lobão desde o §. 161. e *seguinte* §. 170. quer, que os filhos naturaes não possam succeder nos prazos de geração, applicando a *Ord cit. tit.* 36. §. 4. unicamente aos de livre nomeação.

Os espurios não perfilhados não succedem nos termos da mesma *Ord.*, excepto á mãe, quando o coito desta não for punivel, como acima fica dito a respeito da successão geral (§. 340.).

b) *Na ordem dos ascendentes.*

§. 577. Na falta de descendentes succedem no prazo os *ascendentes*, seguindo a mesma regra da proximidade do gráo, sexo e idade, *Ord. cit.* § 4., excepto que, quando concorrem dous no mesmo gráo, se o prazo tiver provindo por parte de algum delles, deve ser esse preferido.

Lob. §. 192. Os illegitimos succedem nos mesmos termos, em que os descendentes lhes succederiam. *Cit.* Lob. § 191.

Esta excepção é fundada na *nota* de João Alvares da Costa no *Repert. á Ord.* vbo. = *Nomeação não sendo feita* =; e no simile da *Ord. L.* 2. *tit.* 35. §. 16.

c) *Na ordem dos collateraes.*

§. 578. Na falta de descendentes e ascendentes succedem os *collateraes* até ao quarto gráo por Direito Canonico, *L. de* 9 *de Set. de* 1769 §. 26. na seguinte escala: 1.° os irmãos germanos, guardada a mesma regra do sexo e idade, Lobão *cit.* §. 194.; 2.° os sobrinhos, filhos destes, pela mesma fórma, por não ter logar o direito de representação. *Id.* §. 177. 3.° Depois destes os irmãos unilateraes, os quaes, bem como nas heranças, são preferidos pelos sobrinhos filhos dos germanos, mas não pelos segundos sobrinhos. *Dig. Port.* 2. *art.* 915. 4.° Concurrendo irmão consanguineo e irmão uterino do defuncto, prefere o que tiver a precedencia do sexo e idade, excepto se o prazo tiver provindo pelo pae, ou mãe, porque então preferirá o filho daquelle, por quem proveio. *Id. art.* 916., e Lob. §. 197. 5.° Na falta de irmãos e sobrinhos, seguem-se os thios, a quem aquelles preferem, não obstante estarem no mesmo gráo, por serem herdeiros. *Id. art.* 918. 6.° Em todos os outros collateraes se succede conforme a citada regra. Lob. §§. 139. e 194. 7.° Os irmãos naturaes succedem na falta dos legitimos e seus descendentes. *Arg. da Ord. L.* 4. *tit* 36 § 4. 8.° Os espurios, habeis para succeder á mãe, succedem a todos os parentes della; e concurrendo com naturaes, preferirão conforme a idade e sexo:

os perfilhados, ainda que succedam aos paes, nem por isso succedem aos parentes destes. Lobão §. 203, Guerr. *Tr.* 2. *L.* 4. *cap.* 7. *n.* 105.

Excepção a estas regras de successão.

§. 579. Nos prazos de geração, e em regra em todos aquelles, em que a successão é restricta pelas clausulas do aforamento, devem as regras, que ficam expostas, ser combinadas com essa restricção. Assim: 1.° nos de geração só são chamados á successão os parentes, que o forem do ultimo emphyteuta pela familia, donde vem o prazo, excluidos todos os outros: mas o conjuge, que neste prazo faz vida, bem póde nomeal-o nos seus parentes, ainda que o não sejam do outro, por quem veio o prazo (§ 563.). 2.° Succedem, ainda que não acceitem a herança. 3.° Findas as vidas, o herdeiro da ultima póde pedir a renovação, ainda que não seja da geração. Val. *Cons* 157. *n.* 6. Vej. Lob. *D. emphyt.* §§. 139. 141. 155. 176. 189. 196. 197. *199. 362. e seg.*

O sabio auctor do *Dig. Port.* 2. *artt.* 926. e 927., seguindo a sua idéa de tornar de livre nomeação todos os prazos, exclue a excepção, que deixamos estabelecida; e argúe Lobão de contradictorio. Que a distincção se oppõe aos costumes actuaes, e que precisa ser reformada, não se póde negar.

CAPITULO V.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO SUCCESSOR.

Em quanto ao preço e bemfeitorias; a) *effectuados fóra do matrimonio.*

§. 580. Ainda que os prazos não entrem na massa dos bens hereditarios, com tudo, se, tendo sido comprados, ou bemfeitorizados pelo defuncto, passassem precipuos para o successor, ficariam os outros herdeiros defraudados desse valor, que devia vir ás partilhas. Por isso: 1.° o preço, por que o prazo de vidas foi comprado pelo defuncto, bem como o custo das bemfeitorias pelo mesmo feitas, deve ser pelo successor reposto á herança; tendo, em quanto ao preço, a escolha de o repor, ou o valor do prazo ao tempo da successão. *Ord. L.* 4. *tit.* 97. § 22. 2.° Uma vez reposta a estimação do preço e bemfeitorias na primeira successão, não o torna a ser nas seguintes, *Ord.* §. 23.; ainda mesmo no caso de o não ter sido por ser unico o herdeiro. Lobão *cit.* §. 543 3.° Esta reposição não só tem logar na successão dos filhos, ou descendentes, mas ainda na successão dos irmãos, e de outros quaesquer; uma vez que o prazo não fosse nomeado a algum, como prelegado. *Dig. Port.* 2. *art.* 1024.

Pedro tinha comprado, ou bemfeitorizado um prazo de vidas; morreu sem dispor, e sem herdeiros necessarios, restando-lhe apenas dois irmãos; o mais velho succede no prazo: poderá levantal-o precipuo, ou deverá repor ao outro metade do preço?

Esta questão não se encontra nos praxistas antigos, nem ainda em Lobão · porque nos termos da *Ord. L.* 4. *tit.* 36. §. 2. nesta especie o prazo ía ao senhorio, e estava acabada a questão. Porém hoje depois da *L. de* 9 *de Setembr. de* 1769 §. 12.,

que chamou á successão os collateraes, póde occurrer muitas vezes.

Alguns pensam, que o irmão mais velho não tem obrigação de repor o preço, fundados no principio geral de que sómente os herdeiros legitimarios são sujeitos á collação; mas não advertem, que não estamos no caso de collação, mas sim de vocação pela lei. Nós seguimos o contrario porque 1.° não achamos fundamento para presumir, que o legislador da *Ord.* quizesse impor esta obrigação aos filhos, e alliviar os collateraes, se então fosse possivel este caso. 2.° Se a mesma *Ord.* no §. 1. manda conferir a estimação entre os nomeados ao prazo, sendo muitos, como se ha de accreditar, que o legislador quizesse o contrario na especie proposta? 3.° Finalmente a *cit. L. de 9 de Set.*, quando chama os collateraes á successão neste caso, manda, que a respeito delles se *observe o mesmo, que a Ord. determina a respeito dos descendentes:* ora os descendentes neste caso eram sujeitos á reposição. Esta mesma é a opinião do A. *do Dig. Port.* não só neste, mas tambem no *Tract. das Acç.* §. 156. *not.* 6.

b) *Effectuados na constancia do matrimomo.*

§ 581. O preço do prazo comprado na constancia do matrimonio, assim como as bemfeitorias desse tempo, communicam-se entre os cónjuges; por tanto: 1.° se o prazo foi encabeçado no conjuge sobrevivo, deve este repor ametade da estimação aos herdeiros do defuncto, ou recebel-a, se foi encabeçado nestes. *Cit. Ord. tit.* 97. §. 24. 2.° No caso de ser encabeçado nos herdeiros, está satisfeita a lei, e não volta a partilhas; porém se foi encabeçado no conjuge sobrevivo, deve ser novamente estimado pela morte deste, para os herdeiros ficarem igualados. *Repert da Ord.* vbo. =*Mulher é meeira na valia do prazo*=.

Se o prazo foi comprado, ou bemfeitorizado antes do matrimonio, não se communica (§. 244) e então por morte do comprador o successor repõe a estimação aos coherdeiros. Mas supponhamos que o outro conjuge, a mulher, por exemplo, entrou para 2.ª vida, por ser renovado o prazo na constancia do matrimonio, e que succede nelle por direito proprio: será obrigada

a repor o preço? Seria inutil a renovação. Nada reporá? Podem ficar mui prejudicados os herdeiros do marido, excepto se quizermos recurrer ao principio antigo da vontade do senhorio. Poder-se-ha applicar a regra de repor ametade?

A especie de voltar as partilhas por morte do conjuge sobrevivo toda a estimação do prazo nelle encabeçado, é disputada, e difficil de entender, como se deprehende da *Nota do Repert.*, com que a auctorizamos. A primeira vista parece, que sómente devia voltar ametade; e talvez seja este o rigor arithmetico: porém para se entender na applicação, dizemos, que deve vir toda; alias não se consegue a igualdade entre os filhos, que a lei no §. 25. teve em vista. Exemplo:

Pedro comprou na constancia do matrimonio um prazo por 500$000 reis: morre a mulher, e ficam dois filhos: os bens allodiaes valem outros 500$000, os quaes com o preço do prazo perfazem 1:000$000 para repartir. É claro, que se os paes morressem ambos juntos, cada um dos filhos recebia 500$000: e então se das partilhas por morte da mãe, e das outras por morte do pae, não receberem o mesmo, na hypothese de não variar a fortuna do sobrevivo, ha desigualdade. Ora supponhamos, que nas primeiras cada um dos filhos recebeu dos allodiaes 250$000, e que o pae tomou o prazo na sua meação: se por morte deste o filho mais velho sómente trouxer á partilha ametade do preço do prazo, vem elle a receber da herança de ambos 625$000, e o outro 375$000. A lei não póde consentir tal desigualdade; e justas foram por tanto as sentenças, citadas no *Repertorio*, que o mandaram conferir por inteiro.

Supponhamos agora, que na morte da mulher nada mais havia partivel, senão os 500$000 do prazo: o pae, condemnado a dar aos filhos ametade, ía pedil-os, morria d'ahi a pouco, o mais velho repõe então só ametade, porque a outra está em divida. Mas figuremos ainda, que o pae no intervallo pagou a divida, o filho mais velho então repõe a estimação por inteiro, ametade como não conferida, e a outra como adquisição ou herança do pae: e por isso dissemos, que talvez no rigor arithmetico se devesse dizer, que não repõe senão ametade, e que assim o tinhamos expressado na 1.ª edição.

Em quanto ás dividas e fructos.

§. 582. Os prazos fateusins são sujeitos ás dividas do defuncto possuidor, como os bens allodiaes. Peg 2.° *For cap.* 9. *n.* 28. Porém os de vidas em regra não o são, por isso que costumam

passar precipuos. *L. de* 4 *de Fev. de* 1765 §. 5., Lob *cit.* §. 980. Excepto: 1.° se as dividas foram contrahidas para defender e conservar o prazo, *id.* §. 989.: 2.° pelo custo do preço e bemfeitorias, *id.* §§. 987. e 990.: 3.° se estava pelo defuncto hypothecado geral, ou especialmente; e por maioria de razão se estava judicialmente penhorado. Silva *ad Ord. L.* 4. *tit.* 3. *pr. n.* 33., Lob. *cit.* §. 986. 4.° Se o successor é herdeiro, ou o prazo lhe foi deixado com esse encargo. *Cit* Lobão §. 991. (§. 564.) Os fructos devem partir-se entre o successor, e herdeiros do ultimo emphyteuta, da mesma fórma que nos morgados (§. 523.).

Admittido o principio de que as nomeações das vidas, e as vocações dos prazos, se não entendem com a natureza de fideicommisso, mas que o actual emphyteuta póde livremente vendel-os: e sendo a penhora judicial equiparada á alienação voluntaria, Lob. *cit.* §. 972. segue-se que a *Ord. L.* 3. *tit* 93. §. 3., que prohibe penhorar os prazos, em quanto houver outros bens do devedor, raras vezes poderá ser allegada para o effeito de rescindir a penhora feita contra o seu disposto.

CAPITULO VI.

DOS CENSOS.

O que seja censo?

§. 583. *Censo* no sentido juridico diz-se: 1.° o contracto, pelo qual o senhor de um predio se obriga a pagar a outro uma prestação annual, ou seja em dinheiro, ou em fructos, imposta como onus real sobre o mesmo predio. 2.° Outras vezes dá-se este nome ao direito do censuista. 3.° Com muita frequencia *objectivamente* dá-se este nome tambem a essa mesma prestação, renda, ou pensão. Aquelle, que tem

direito a pedir a prestação, chama-se *censuista*: o que tem obrigação de a satisfazer, *censuario* Pinh. *de cens. Disp.* 1. *secç.* 1. *n.* 1. Differe da emphyteuse em que nesta o senhorio conserva o dominio directo, e recebe o canon em reconhecimento desse dominio: porém no censo a propriedade é toda do censuario; e o censuista nada tem sobre o predio, senão o direito real da prestação. Em duvida entre ser emphyteuse, ou censo, presume-se este ultimo, por ser menos oneroso. Cab. *P.* 1. *Dec.* 153.

Da definição se vê, que se não tracta aqui, senão dos censos *reaes*, impostos á maneira das servidões sobre um predio, para serem satisfeitos pelos seus fructos naturaes, ou civis; e não dos *pessoaes*, ou sejam os impostos sobre o trabalho e industria de uma pessoa, não usados entre nós, Feb. *P.* 1. *arest.* 48., ou sejam as reservas, tenças, ou pensões gratuitas, que uma pessoa promette a outra sem onus real.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. BB.)

Sua principal classificação.

§. 584. Para os effeitos juridicos cumpre distinguir entre censo *reservativo*, e *consignativo* O *reservativo* é aquelle, pelo qual uma pessoa na alienação, que faz, de um predio, ou seja por titulo oneroso, ou lucrativo, reserva uma prestação annual, que lhe deve ser paga pelos seus fructos, *Alv. de* 16 *de Jan. de* 1773 § 3.: o *consignativo* aquelle, em que uma pessoa dá, como preço, um capital em dinheiro, a outra, que se obriga a dar-lhe annualmente certas medidas de fructos, ou certa prestação, impostas como onus real sobre uma, ou mais propriedades designadas. *Dig. Port.* 3. *art.* 1154.

Natureza e requisitos do censo consignativo.

§. 585. O censo consignativo equival á compra do direito de perceber a prestação estipulada. Lob. *Cens.* §. 49. Porém porque deste contracto se tem abusado para encobrir as usuras: 1.° é nullo e reprovado, se for usurario, isto é, se o valor annual da prestação exceder o juro legal de 5 por % do preço dado 2.° Presume-se usurario, sempre que o titulo do contracto contiver clausulas escuras e ambiguas, que precisem de interpretação para se apurar se excede, ou não, o sobredito juro. *Cit. Alv* § 4 3.° O valor das medidas deve computar-se com relação ao tempo, em que o contracto foi celebrado. *L. de* 23 *de Maio de* 1698, Cordeir *Resol.* 43., *cit* Lob §. 46 4.° Entende-se perpetuo e irremivel, se se não declarou outra cousa; e por isso delle se deve siza, e laudemio, se os bens são de prazo.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. CC.)

Direitos em geral do censuista e do censuario.

§. 586. Como o censo contém um onus real. 1.° o censuista póde pedir a prestação a qualquer possuidor do predio. Peg. 7. *For. cap.* 229. *n.* 16. 2.° No caso de divisão póde demandar cada um dos possuidores *in solidum*, até onde chegar o rendimento liquido da parte, que possue; e nisto differe da emphyteuse. Lobão *D. emphyt* §§ 726. e 727 3.° Não póde porém pedir, senão a parte respectiva: *a*) se consentiu na divisão, *b*) ou recebeu sem protesto a parte de cada um. *Cit* Lob *Cens* §§ 100 e 101. Se o censo exceder o rendimento do predio, póde o censuario exonerar-se, entregando-o ao censuista. Peg. 2.° *For. cap.* 10. *pag.* 779., *cit.* Lob. §. 103.

SECÇÃO 8.ª

DAS SERVIDÕES.

Noção de servidão.

§. 587. Servidão é a obrigação, ou encargo imposto sobre um predio para uso e utilidade de outro predio, pertencente a differente dono. *Cod. Civ. Fr. art.* 637. O predio, em favor do qual está imposto este encargo, chama-se *dominante*; e aquelle, que o supporta, *serviente*. As servidões contém essencialmente limitação da propriedade predial de outro, e por isso não podem consistir em *fazer*; mas unicamente: *a*) ou em consentir, que o dono do predio dominante faça, ou use do serviente; *b*) ou em ser privado de practicar algum acto de proprietario.

Os JCtos romanos consideravam a servidão pelo lado do direito, que competia áquelle, que tirava utilidade do encargo; e por isso a definiam = *jus in re aliena* =. Os redactores do *Cod. Civ. Fr.* consideraram-na pelo lado da obrigação, ou restricção da propriedade do serviente, cuja idéa na verdade é mais conforme á força da palavra *servidão*: porém isto não obsta a que umas vezes a consideremos como direito, relativamente ao predio dominante; outras como obrigação, com respeito ao serviente.

Em direito romano fazia-se a distincção entre servidões *reaes* ou *prediaes*, e *pessoaes*. As primeiras eram aquellas, em que o predio serve a outro predio *(res servit rei)* as segundas aquellas, em que o predio serve a pessoa *(res personae)*. A esta ultima classe pertenciam as tres, do *usufructo*, do *uso*, e da *habitação*. Alguns dos codigos modernos têm abandonado aquella classificação, e conservado o nome de *servidões* tão sómente as *reaes*, contando as pessoaes entre as especies de pro-

priedade limitada. Adoptamos este methodo, porque na nossa linguagem forense não se costumam designar as *pessoaes* pelo nome de servidões.

Cumpre advertir para intelligencia de alguns textos do mesmo direito, que não obstante serem as servidões reaes reputadas perpetuas, como o predio, em que são impostas, e constituirem uma especie de *jus in re*, que acompanha o predio, para qualquer possuidor que elle passe, estas mesmas se podem converter em pessoaes e temporarias, v. g., sendo concedidas durante a vida de certa pessoa, *L.* 4. *Dig. de servit. praed. rust.*: e neste caso podem muito bem ser comprehendidas na classe do *direito de uso*, e julgadas pelos principios deste, como já se acha advertido em Heinecc. *Pand. P.* 2. §. 101. *obs.*

Em nenhuma legislação se admittem servidões, que consistam *in agendo* da parte do predio serviente. Entretanto este principio não exclue, que o dono do serviente se não possa obrigar por contracto, ou prescripção, ás obras necessarias para o uso da servidão, como muitas vezes acontece na servidão *oneris ferendi*: nem tambem repugna a que o dono de certo predio se obrigue a practicar algum acto a favor de outro, v. g., a estrumar com os seus rebanhos o predio deste. No primeiro caso temos uma servidão anomala: o segundo regula-se pelo contracto especial, em que se funda, e não pelas regras das servidões.

Sua natureza.

§. 588. Como a servidão contém uma restricção de propriedade, ou limitação da liberdade, que ao dono do predio serviente competia, de usar delle, como lhe parecesse: 1°. não se presume, e ao que a allega, incumbe a prova. *L.* 9 *Cod. de servit.* 2.° Deve ser estrictamente interpretada, e o seu exercicio o menos oneroso, que possa ser, ao predio serviente *L* 20. §. 5. *D. de servit. praed. urb.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 702. 3.° Para a servidão ser justa, é necessario que della resulte alguma vantagem ao dono do predio dominante, ao menos eventual, de utilidade, ou de recreio. *L.* 15. *D. de servit.*, Lob. *Aguas* §. 94. 4.° Não se póde dar servidão nos predios

dios do mesmo dono, *L.* 5. *pr. D. si usufr.*: excepto, *a*) em quanto ao comproprietario no predio commum. *L.* 10. *pr. D. quemadmod. servit. amitt.* *b*) Se o dono dá a um predio certo destino em vantagem de outro tambem seu, por obras indicativas de servidão continua e apparente, entende-se constituida a servidão; de fórma que, se o predio passa para differente dono sem nova declaração, vai com ella onerado *Cod. Civ. Fr. artt* 692. e 694 5.° Como inherentes aos predios, abstrahindo das pessoas, constituem um direito real.

Entre nós este artigo de jurisprudencia tem sido quasi unicamente regulado pelos costumes locaes, ou subsidiariamente pelo direito romano. Na *Ord. Affons.* nada se achava a este respeito; depois na *Manoelin. L.* 1. *tit.* 42. foram inseridas algumas disposições sobre as servidões dos edificios, cujo conhecimento antigamente competia aos Almotacés, como objecto de policia, as quaes passaram para a *Philipp. L.* 1. *tit.* 68. desde o §. 22. Posteriormente publicaram-se algumas providencias sobre a expropriação dos predios *encravados* e *contiguos*, e sobre *atravessadouros*, na *Lei de* 9 *de Julh. de* 1773, a qual foi depois em parte suspensa, em parte declarada, pelo *Decr. de* 17 *de Julh. de* 1778: bem como ultimamente se legislou sobre aguas e aqueductos no *Alv. de* 27 *de Nov. de* 1804.

Nenhum dos nossos antigos praxistas escreveu *ex professo* sobre servidões: apenas Pegas tractou este artigo no commentario *ad Ord. L.* 1. *tit* 68. §. 22. *et seq.* Depois deste, Ferreira no *Tractado de novorum operum aedificatorumbus et nuntiationibus*, que contém um longo commentario á mesma *Ord.*, principalmente *no Liv.* 4. *Disc.* 11., tocou differentes especies relativas ás servidões urbanas, porém com tal confusão, que só a muito custo se póde da sua leitura tirar algum conhecimento desta materia. Lobão escreveu dous Tractados, um sobre Casas, outro sobre Aguas, onde no meio de muita folhagem se encontram com tudo resolvidas algumas questões sobre estes objectos, conforme a legislação das extravagantes acima citadas; que por isso merecem ser consultados. As *Notas a Mell L.* 3. *tit* 13., onde tambem tocou esta doutrina, são de pequeno valor.

Cumpre estar prevenido, de que neste artigo todas as legislações, e por tanto tambem a nossa, mandam attender aos costumes e posturas dos logares, com preferencia ás disposições geraes de direito.

Sua classificação.

§. 589. As servidões: 1.° em quanto ao objecto, ou são *affirmativas*, quando consistem em consentir, que o vizinho faça, ou se sirva do predio serviente, como a de passagem; ou *negativas*, quando consistem em não practicar o acto, ou uso, que podia fazer como proprietario, v. g., a de não abrir janellas, de não levantar a casa. Thomas. *Not. ad Inst. L.* 2. *tit.* 3. 2.° Em quanto á fórma: ou são *continuas*, aquellas, cujo uso é, ou póde ser continuo sem facto actual do homem, v. g, a de dar escoante, a de vista, e todas as negativas: ou *descontinuas*, cujo uso consiste na practica e repetição de actos, como a de passagem, a de fonte. 3.° Na mesma relação, ou são *apparentes*, ou *não-apparentes*: as primeiras indicam-se por obras visiveis e permanentes, como a de passagem por uma porta, a de aqueducto: as segundas não offerecem signaes de existencia, como a de não levantar a casa, e todas as negativas. *Cod Civ. Fr. artt.* 688. e 689.

Os JCtos romanos, e ainda os nossos praxistas fazem distincção entre servidões prediaes *rusticas*, e *urbanas*, conforme o predio dominante é rustico, ou urbano. Já em Hein. *ad Pand. P.* 2. §. 154. *obs.* se acha advertido, que esta distincção não podia ter outro uso, senão que 1.° sómente nas urbanas tem logar a nunciação de nova obra, e não nas rusticas: 2.° que as primeiras não podem ser penhoradas, as segundas sim. Porém entre nós tal distincção nem para estes fins póde ter uso, *Cf.* Thomas., Lobão *Interd.* §. 126. *e seg.*

No corpo do direito romano tracta-se das servidões prediaes nos seis titulos do *Liv.* 8. *do Dig.*, e nos correspondentes da *Inst.* e do *Cod.* Muitas especies se acham alli indicadas, como, em quanto ás urbanas a servidão *oneris ferendi*, — *tigni immittendi*, — *projiciendi*, — *protegendi*, — *altius tollendi*, — *vel non tollendi*, — *stillicidii recipiendi*, — *vel non recipiendi*, — *fluminis*, — *foraminis*, — *fumi*, — *cloacae*, — *luminis*, — *ne luminibus officiatur*, — *prospectus*, — *ne prospectui officiatur.*

Em quanto ás rusticas: *itineris*, — *actus*, — *viae*, — *aquaeductus*, — *aquae haustus*, — *pecoris ad aquam adpulsus*, — *pascendi*, — *calcis coquendae*, — *arenae fodiendae*, — *cretae eximendae*, — *pedamenta sumendi*, — *fructus cogendi*, — *fructus coactos habendi*, — *tuguri*, — *terram, rudus, saxo jaciendi*, — *vel posita habendi*, — *vel provolvendi*, — *navigandi in alieno stagno*, — *uvas exprimendi*, — *aves capiendi*, — *sterquilinii.* Mas a cada passo podem apparecer outras muitas, conforme os costumes e circumstancias. Vej. Caepola *de servitut.*

Origem das servidões: I. a natureza.

§. 590. I. As servidões umas vezes têm a sua origem na natureza mesma. Tal é o encargo, que tem o predio inferior, de receber as aguas, que naturalmente descem do superior. Nesta servidão nem o dono do predio serviente póde fazer obra, que représe as aguas, e estorve a descida; nem o dominante fazel-a mais onerosa, v. g., encaminhando-as todas a um ponto. *L.* 1. § 23. *D de aq. et aq. pluv. arc., cit. Cod. art.* 640.

A servidão natural de receber as aguas entende-se das que descem *naturalmente*, e sem facto do dono do predio dominante; e não das que descem dos beiraes, ou caleirões, as quaes o predio inferior não tem obrigação de receber, excepto por convenção, ou prescripção, isto é, pelas servidões *stillicidii* ou *fluminis. Cod. Civ Fr art* 681.

Em quanto ás nascentes, o dono do predio, onde alguma nasce, póde dispor della como proprietario, e dar-lhe a direcção, que quizer, uma vez que outro não tenha adquirido a ella direito, ou que não seja destinada para os usos da povoação. *Cit. Cod. artt.* 642. e 643.

O proprietario de um predio, em cujos limites corre uma torrente ou ribeira, ou que a atravessa, póde servir se della para os seus usos, com tanto que na saida a restitua á corrente ordinaria. *Cit. Cod. art.* 644. (Vej. a nota ao §. 599)

II. *A disposição das leis:* a) *em quanto ás obras, e expropriações de predios rusticos.*

§. 591. II. Outras vezes as servidões são fundadas nas restricções, que as leis põem á propriedade de um para satisfazer á necessidade, ou notavel vantagem de outro vizinho, que indirectamente vem a ser em utilidade publica. Assim: 1.° o vizinho póde ser obrigado a dar pelo seu predio, não sendo casa ou quintal murado, aqueducto a outro vizinho para regar, ou fazer laborar maquinas, assim como valla para dar escoante ás aguas prejudiciaes, nos termos do *Alv de 27 de Nov. de 1804* §. 11. 2.° Da mesma maneira deve pelo seu predio dar logar para as obras e reparos, assim como caminho para a cultura dos outros predios vizinhos, que se não podem servir por outra parte, salva a indemnização do damno. *Cod. da Pr. P 1. tit. 22. artt* 3. e 4. 3.° O dono do predio superior deve nelle consentir os reparos, tapumes, ou marachões, que forem convenientes para utilidade commum, ou ainda só dos predios inferiores sem grande damno delle. Lobão *Ag. Diss.* 1. §§. 49. e 50., *Cod. da Sard. art.* 552.

Além destas podem dar-se outras muitas servidões estabelecidas pelos usos e costumes locaes, as quaes devem observar-se. Entre estas é mui frequente e notavel a de pastagem commum, sobre a qual vej. Mell. *L.* 3. *tit.* 18. §. 10. *not.*, Borg. Carn. *Dir. Civ. L.* 2. *tit.* 5. §. 25. *e seg.*, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 22. *art.* 80. *e seg.* A servidão de pastos communs não obsta a que os proprietarios dos bens a ella sujeitos possam tapar até uma courella. *Cit. Alv. de* 27 *de Nov. de* 1804 §. 7.

b) *Em quanto ás excavações.*

§. 592. A propriedade de um predio não se limita sómente á superficie; comprehende

tambem o ar perpendicular, assim como o solo até o centro. *Cod. Civ. Fr. art.* 552. Por isso: 1.° o proprietario póde nelle abrir poços, vallas, ou minas, ainda que corte as veias de agua, que iam brotar ao predio inferior, ou desvie as aguas, que para este naturalmente escorriam: excepto, *a*) se o vizinho provar servidão: *b*) ou quando a veia contém a mantença da fonte publica. Lobão *Ag.* §. 56. 2.° Da mesma fórma póde abrir cisterna, ou pôço, com tanto que fique desviado cinco pés das paredes do vizinho; e fazer canos de despejo, cloaca ou esterqueira, com tanto que faça os reparos necessarios para que o não prejudique. *L.* 17. §. 2. *D. si servit. vind.*; *L.* 24. §. 12. *de damn. inf.*

O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 8. *artt.* 125. e 131. determina o intersticio de tres pés entre o poço, ou cloaca, e a parede do vizinho. Arouc. *á L.* 2. §. 1. *D. de rer. div. n.* 74. estabelece o de cinco.

c) *Em quanto ás plantações.*

§. 593. Póde igualmente fazer as plantações, que quizer; porém 3.°, plantando junto aos confins do predio vizinho, deve deixar o intersticio de dous palmos, em quanto ás arvores de pequeno tronco, como videiras, pessegueiros, ou arbustos para fazer sebes; e o de nove, sendo a arvore de grosso tronco; excepto se for outro o costume do logar, ou se de permeio ficar o muro divisorio, quando a arvore o não excede na altura. *Cod. Civ. Fr. art* 671 4.° O proprietario póde cortar as raizes das arvores alheias dentro dos limites do seu predio, assim como obrigar o vizinho a que corte os ramos, que sobre elle propendem. Lobão *Fasciul. T.* 1. *Diss.* 8. §. 41. *e seg.*, *Cod. da Sard. art.* 606.

Na *L. ult. D. fin. regund.* acha-se fixada a distancia de nove

pés para a plantação das oliveiras e figueiras, e para a das outras arvores cinco pés. Nós adoptamos as disposições do *Cod. Civ. Fr.*: entretanto no *Cod. da Sard. art.* 609. exige-se para as arvores de *alto tronco* tres metros (quasi quinze palmos) e entendem-se por arvores de alto tronco aquellas, cuja força principal resalta da elevação do tronco, ou elle se divida em muitas hastes, ou se prolongue em uma só, como as nogueiras, castanheiros, carvalhos, pinheiros, cypreste, choupos, platanos, etc. Para as outras arvores, que não são desta qualidade, basta a distancia de *metro e meio*; todas aquellas, cujo tronco a pequena altura se divide em ramos mais ou menos numerosos, como as pereiras, maceiras, cerejeiras, amoreiras, e em geral todas as de fructos mimosos, e *talvez* as oliveiras. Em quanto ás vinhas, e arvores, cuja altura não excede a doze palmos, basta a distancia de meio metro.

Poderá o vizinho pedir as perdas resultantes da sombra, e outros effeitos das arvores, ou que se cortem, quando estão nas distancias legaes, e não propendem sobre o seu predio? Em alguns logares assim se practica em favor da agricultura. Entretanto não será facil achar lei, em que se funde esta practica se a agricultura merece ser favorecida, não o merece menos a cultura das arvores, não só fructiferas, mas ainda das silvestres, proprias para construcção, ou combustivel, *Alv. de 27 de Nov. de* 1804 §. 9., o que principalmente se deve ter em consideração, quando o terreno é de má qualidade para a cultura. Vej. o *Tract. das Acç.* §. 219.

d) *Em quanto aos edificios.*

§. 594. Pela mesma razão, ainda que o proprietario possa fazer o edificio que quizer, com tudo: 1.° não póde abrir janella, nem fazer eirado, ou varanda, que deite sobre o predio alheio, sem mediar o intersticio de vara e quarta. *Ord. L.* 1. *tit.* 68. §§. 24. e 33, Lobão *Casas* §. 157. Mas bem póde, independente deste espaço, abrir séteiras para receber a luz, pelas quaes não caiba a cabeça, ficando, quanto podér ser, elevadas acima do soalho, *cit. Ord*, *cit. Cod. da Pr. art* 138; bem como abrir janellas obliquas, e não directamente sobre o predio alheio. Peg. *ad Ord. cit. nn.* 20. e 21. As séteiras

não constituem servidão, e o vizinho, querendo levantar a sua casa, póde fazel-as tapar. *Cit. Ord.* § 24. 2.° Deve edificar de maneira, que os beiraes do telhado não gottejem sobre o predio do vizinho; e se os não podér tomar sobre si, ou em cales, que vão desaguar á rua, deve para esse fim deixar o intersticio de dous palmos. *Dig. Port* 1. *art.* 792. 3.° Não póde fazer obra, que prive a eira do vizinho do sol, ou do vento Lobão *a Mell L.* 3. *tit* 1. § 8. *n* 4., *Cod. da Sard. art* 596. 4.° Nem póde sobre a rua fazer passadiço, alpendre, escada, ou balcão, sem licença da Camara. *Ord. L.* 1. *tit.* 68. §. 30. *e seg.*

O *Cod. da Sard.* não consente, que os muros ou outras obras excedam dois metros e meio nos limites da eira, excepto ficando tal intervallo, que o sol não seja embaraçado.

e) *Em quanto dos muros, e paredes meias:*
aa) *construcção.*

§. 595. Para evitar o desperdicio do terreno, e as rixas entre os vizinhos, e em favor da edificação: 1.° as paredes divisorias entre dois edificios em toda a sua altura, ou até a altura do inferior, se não são iguaes: bem como os muros entre pateos e quintaes, e ainda as paredes nos campos, presumem-se *meias*, ou communs: excepto se tiverem indicios de pertencerem e terem sido feitas por um dos vizinhos só. *Ord. L.* 1 *tit* 68 §. 36., *Cod. Civ. Fr arit.* 653. e 666 2.° Ainda sendo de um só, tornam-se *meias*, se o outro se offerecer a pagar a metade do valor do solo, e das despesas da construcção. *Cit. Ord* § 35 3.° Em consequencia o comproprietario de uma casa, querendo-a dividir, e, por paridade de razão, o vizinho, que edifica na linha da divisão, póde levantar

a parede divisoria no terreno de ambos, á sua custa: porém o outro não póde lograr-se della para madeirar, nem para outro qualquer fim, em quanto o não embolsar da sua ametade. *Cit. Ord.* §. 37. 4.° Se um dos predios fica superior, ao dono deste incumbem todas as despesas do paredão, ou socalco necessario para o muro da tapagem até á altura do solo respectivo: e d'ahi para cima será á custa de ambos. *Cod. da Sard. art.* 582.

O *Cod. Civ. Fr. art.* 653. comprehende no direito de meação os muros de tapagem dos campos, bem como os vallos: mas em quanto a estes, a circumstancia de estar a terra amontoada para um dos lados induz presumpção de que pertence ao predio desse lado. *Artt.* 666. e 667.

bb) *Uso das paredes meias.*

§. 596. 5.° Desde que a parede ou muro é commum, póde cada um dos vizinhos servir-se della para travejar, madeirar, abrir armarios, e outros quaesquer usos, com tanto que não vá prejudicar os usos do outro. *Cit. Ord.* § 35. 6.° Os reparos e concertos devem tambem ser em commum: excepto se elles tiverem por fim o interesse especial de um só, como levantar o muro, fazer a parede para outro andar. *Cod. Civ. Fr. art.* 658., *L* 32. *D. de damn. inf.* 7.° O vizinho póde exonerar-se da obrigação dos reparos, abandonando ao outro o direito de meação: com tanto que se não fique servindo do muro para os seus usos; e ficando todavia obrigado ás deteriorações, que tenha anteriormente causado. *Cit. Cod. art.* 656 8.° Um vizinho, ainda que possa construir contra as paredes meias chaminés, fornos, cavalharices, ou fazer depositos de sal, ou materiaes corrosivos, é com tudo obrigado a observar as distancias; e a fazer as obras, que parecerem necessarias para evitar todo o perigo, ou incommodo ao vizinho. *Cit. Cod. da Sard. artt.* 580. e 598.

Conforme o *Cod. da Pr. art.* 581. na falta de regulamento especial os muros divisorios dos pateos e quintaes, para os quaes um vizinho póde obrigar o outro a contribuir, nas cidades e villas entendem-se até á altura de tres metros.

III. *Sentença do juiz.*

§. 597. III. Algumas servidões são constituidas por sentença do juiz, quando este em acto de partilhas determina, que um predio preste ao outro certa servidão, ou seja para igualar os coherdeiros, ou por necessidade para os usos uns dos outros. *L.* 22. §. 3. *D. fam. ercisc.*, *L.* 1. §. 1. *D. si usufr. pet.*

IV. *Disposição do proprietario.*

§. 598. IV. A maior parte das servidões é constituida por facto do proprietario, a saber, *a*) convenção, *b*) ou disposição de ultima vontade E como as servidões contém uma especie de alienação de propriedade, sómente podem ser constituidas por aquelles, que podem livremente dispor de seus bens, e que são verdadeiros proprietarios Por tanto não podem impol-a 1.° o administrador do vinculo nos bens vinculados, senão durante a sua vida: 2.° o Parocho sobre os bens da igreja: 3.° o usufructuario, sem o consentimento do proprietario: 4.° o socio na cousa commum, sem o accordo dos outros socios: 5.° nem o marido, sem o consentimento da mulher. Lobão *Ag.* §. 81. *e seg.* Não se podem estabelecer servidões, que offendam as leis e a ordem publica. *Cod. Civ. Fr. art* 686.

V. *Prescripção.*

§. 599. V. Tambem muitas vezes se constituem, ou ao menos se provam por prescripção, isto é, pela posse, em que está o predio dominante de exercer o encargo sobre o serviente. As servidões *continuas* e *apparentes* podem provar-se pela prescripção adquisitiva *a*) de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes: *b*) ou, na falta de titulo, pela de trinta annos, *L. fin. Cod. de praescript. long. temp.*, *L.* 1. §. 23. *D. de aq. et aq. pluv. arc.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 690.: porque a repetição dos factos, ou os vestigios attestam a origem e continuação da posse da servidão. Porém as *descontinuas*, e todas as *não apparentes*, como ou não dão absolutamente signaes de posse, ou mui equivocos, só poderão provar-se por uma posse immemorial. Maced. *Dec.* 41. *n.* 4., Lobão *Ag.* §. 124. *e seg.* Ha porém algumas servidões, *a*) que não prescrevem, e a todo o tempo se podem extinguir, como os atravessadouros, quando se não dirigem a pontes, fontes, ou outros logares publicos, *L. de* 9 *de Julh. de* 1773 §. 12.; os passadiços e balcões sobre as ruas, *Ord. L.* 1. *tit.* 68. §. 31.; *b*) outras, que prescrevem em menor espaço, como a da janella sobre o predio do vizinho em anno e dia. *Cit. Ord.* §. 24.

Deixamos admittida a prescripção immemorial para fundamento das servidões *descontinuas*, e *não-apparentes*, seguindo os nossos praxistas: igual disposição encontramos no *Codigo da Baviera*. Entretanto o *Cod. Civ. Fr. art.* 691., o *da Sard. art.* 649., e outros, para evitar as difficuldades de taes provas, não admittem que se constituam servidões *continuas não-apparentes*, *e as descontinuas*, *quer sejam apparentes*, *quer não-apparentes*, por outro modo, senão por titulo expresso. E devemos confessar, que esta disposição é mais simples, e mais conforme ás regras da presumpção.

Exemplos: na servidão de aqueducto, que é continua e apparente, a obra do cano é o indicio da posse, e prova da servidão; porque não é de presumir, que o dono do predio deixasse o vizinho fazel-o, se não fosse convencido de um titulo, que talvez se desencaminhou. Já assim não acontece nas seguintes: Quer o dono de um predio inferior fazer uma obra, que obriga o superior a tomar sobre si as aguas da chuva, que até ahi escorriam naturalmente para o inferior, e de que este não fazia caso, porque em nada o prejudicavam: quer outro levantar a sua casa, ou abrir janellas em frente do vizinho, onde até ahi as não havia: oppõe-se este, allegando servidão, que nestes casos é *continua não-apparente*. Para a fundar na prescripção, não tem outro motivo a allegar, senão, que o vizinho nunca edificou, ou nunca abriu janellas naquelle logar. É facil entender, que este facto negativo não induz presumpção de que elle renunciasse a sua liberdade de proprietario: se nunca levantou a casa, ou nunca abriu janellas, era porque não precisava, ou o não tentou. Allega outro a servidão de atravessar pelo predio do vizinho, ou de ir tirar agua ao seu poço, porque o tem feito muitas vezes: são servidões *descontinuas não-apparentes*, quando se não mostra alguma obra especial para uso dellas. Mas estes actos entre vizinhos permittem-se com tal facilidade, ou practicam-se com tanta indifferença, que é mais ordinario serem facultativos, do que com animo de constituir servidão. Eis aqui porque nestes casos os legisladores Francezes não admittiram a prescripção.

Segundo a nossa opinião será necessario, que o que allega a servidão, prove por testemunhas antigas, que sempre se practicou aquelle facto, e sempre como direito obligatorio; porque, se o adversario convencer, que o facto principiou em tal anno, ou que em tal tempo se practicava, sim, mas *vi*, *clam*, *aut precario*, a servidão não procede.

A estes principios se deve recurrer, para decidir as questões espinhosas, e frequentes na practica, sobre as servidões, que os donos dos predios inferiores se arrogam, de subir aos predios superiores a procurar e lançar abaixo as aguas: sobre as quaes vej. a *Resol. de* 17 *de Ag. de* 1776, transcripta por Lobão *Aguas* §§. 76. e 130. (§. 590. *not.*)

Por quem se adquirem ou conservam?

§. 600. As servidões, á maneira da posse, podem adquirir-se e conservar-se, não só pelo uso e factos do proprietario do predio domi-

nante; mas tambem 1.° pelos factos da sua familia, amigos, ou hospedes. 2.° Podem conservar-se pelos seus colonos, inquilinos, ou fructuarios, *L.* 20. *D. quemadmod. servit amitt.*; 3.° por qualquer dos socios, se é commum. *L* 5. e 6. §. 1. *eod.* 4.° Porém a negligencia, ou omissões destes não podem prejudicar os proprietarios ignorantes, nem para perder o direito da servidão adquirida, nem para a constituir em favor de terceiros sobre os predios por elles possuidos. Ferr. *de nov. oper. nunt. Liv.* 3. *Disc.* 13. *nn.* 30. e 31., Lob. *Ag.* §. 286.

Os usufructuarios, os colonos e os socios podem conservar, mas não adquirir, a servidão, pelo principio de que só adquirem para outro os que estão debaixo do seu poder, ou obram por ordem delle. §. 4. *Inst. de inut. stipul.*

Direitos e obrigações reciprocas, que resultam da servidão.

§. 601. Os direitos e obrigações resultantes da servidão devem ser regulados pelo titulo constitutivo; porém na falta, ou duvida deste, devem sel-o pelas seguintes regras, deduzidas da sua natureza. 1.° O dono do predio dominante póde practicar no serviente todos os actos necessarios para o uso da servidão, e fazer as obras para o mesmo fim á sua custa, não havendo convenção em contrario. *L.* 6. §. 2. *D. si servit. vind.* 2.° No caso de incumbirem essas obras ao dono do predio serviente, póde este exonerar-se, abandonando o predio ao dono do dominante. *Cod. Civ. Fr art* 699. 3.° Se o predio dominante for dividido, a servidão fica competindo a todos os consortes; mas de maneira, que não fique aggravada a condição do serviente. Assim, por exemplo, na servidão de passagem todos os consortes podem passar, mas pelo mesmo caminho. *Cit. Cod. art.* 700. 4.° O dono do dominante não póde fazer obra, ou practicar facto, com que torne a servidão mais onerosa. *L.* 20. §. 5. *D de servit. praed. urb.* 5.° Da mesma maneira, ainda que o dono do predio serviente nada possa fazer, que embarace o uso da servidão; com tudo são-lhe permittidas *a*) as obras, que, tornando a servidão menos onerosa para elle, não prejudicarem o dominante; como dar a passagem por sitio menos incommodo, Lob. *Ag.* §. 187.; *b*) bem como a mudança da servidão, não sendo prejudicial ao dominante, se obstar ás bemfeitorias, que o dono do predio serviente quer nelle fazer. *Cod. Civ. Fr. art.* 701., *L. de* 27 *de Nov. de* 1804. §. 13.

Extincção das servidões.

§. 602. Extinguem-se as servidões: 1.° pela consolidação, ou confusão dos predios na mesma pessoa por titulo perpetuo e irresoluvel, *L.* 1. *D. quemadm. servit. amitt.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 705; 2.° pela remissão, *a*) ou expressa, *b*) ou tacita, quando o dominante consente obra, que o prejudica, *L.* 8. *pr. eod*; 3.° pela extincção do predio dominante, ou serviente; ou se as cousas chegaram a estado de se não poder fazer uso da servidão. *Cod. Civ. Fr. art.* 703., Lob *Ag* §. 265. Porém revive, quando o predio for restituido, ou reedificado, se lhe não obstar a prescripção. *L.* 14. *D. eod.*, *cit.* Lob. §. 268. 4.° Pelo lapso do tempo, se é temporaria; ou pela resolução do direito de quem a constituiu, como se foi constituida pelo administrador do vinculo, *L.* 11. §. 1. *eod.*, *cit.* Lob. §. 292. 5.° Pela prescripção, ou não-uso de

trinta annos: os quaes se contam, nas descontinuas, desde que cessou o uso; nas continuas, desde que se fez obra, ou praticou acto contrario á servidão. *Cit. Cod. artt.* 706. e 707. Vej. Lobão *Ag.* §. 279.

Acções competentes: a) *em geral.*

§. 603. Em razão das servidões compete ao senhor do predio dominante a acção, chamada em direito romano *confessoria*, pela qual, fundado no titulo, ou constituição da servidão, pede, se declare esta, e seja condemnado o dono do predio serviente a não lhe impedir o uso della: e a este, a chamada *negatoria*, pela qual fundado na liberdade natural pede, seja o seu predio declarado livre da servidão Na primeira incumbe ao autor a prova sufficiente da servidão: na segunda compete ao réo, que vem a ser o dono do predio dominante, por isso que o autor tem por si a presumpção. Vej. o *Tract. das Acç.* §. 112.

b) *Do embargo, ou nunciação de nova obra.*

§. 604. O *embargo*, ou *nunciação de nova obra*, é a acção, pela qual a pessoa, que receia lhe seja prejudicial uma obra nova, por lhe impor, ou tolher servidão, pede, que esta seja judicialmente mandada suspender, e demolido o que estiver feito *L.* 1. *D. de nov. op. nunt.* É fundada no direito, que todos têm, de prevenir os prejuizos; e na vantagem, que resulta para a sociedade, de evitar litigios mais difficeis, e consequencias mais graves, depois da obra concluida.

Quando tem logar?

§. 605. Esta acção compete: 1.° unicamente no caso de obra nova futura, ou reedificação tal, que contenha a innovação do que era anteriormente, *L.* 1. *cit.* §§. 1. 11. e 13.; porque, depois da obra concluida, já não tem logar esta acção *Cit* §. 1. 2.° Póde intentar-se, apenas se começa a trabalhar na obra, mas não, em quanto sómente se juntam os materiaes. *L.* 21. § 3. *eod* 3.° Ou ella prejudique servidão rustica, ou urbana, ou ainda outros quaesquer direitos do nunciante. *L.* 5. §§. 8. e 9. *eod.* 4.° Se o prejuizo é ao publico, compete ás auctoridades respectivas, ou a qualquer pessoa do povo. *L.* 3. §. 4. e *L.* 4. *eod.*

Processo desta acção.

§. 606. Deve ser feito o *embargo* por mandado do juiz em auto legal á vista da obra, expondo-se o estado desta, e sendo nesse acto intimado o dono e operarios para mais não continuarem, com pena de attentado; porém, se o damno não admitte demora, póde o prejudicado embargal-a extrajudicialmente, intimando os operarios para não continuarem; mas recurrendo logo ao juiz para o fazer ratificar judicialmente. *Ord. L.* 3. *tit.* 78. §. 4. Depois, satisfeita a legalidade da conciliação, deve o autor offerecer a acção, o que se costuma fazer por artigos, e seguir os termos do processo. Se a não offerece, ou, depois de offerecida, a não segue por tres mezes sem causa legitima, julga-se improcedente o embargo. *Ord. L.* 1. *tit.* 68. §. 42. O juiz póde conceder ao nunciado licença para continuar a obra, prestando

caução *de opere demoliendo: a*) se a causa se não póde concluir dentro em tres mezes sem culpa do nunciado; *b*) se, procedendo á vistoria, achar, que o embargo é doloso; *c*) ou se achar que na móra se dá perigo imminente, ou damno irreparavel, até fazer cessar o perigo. *Ref. Jud. art.* 290.

SECÇÃO 8.ª

DO USUFRUCTO.

O que seja.

§. 607. Outra limitação da propriedade contem-se no *usufructo*, *uso*, e *habitação*. *Usufructo* é o direito de usar e gozar de uma cousa alheia, salva a sua substancia. *L.* 1. *D. de usufr.* Por *usar e gozar* entende-se a faculdade não só de perceber todos os fructos, mas tambem de tirar todas as vantagens, assim de utilidade, como de recreio. Mell. *L.* 3. *tit.* 13. §. 4. Aquelle, a quem compete este gozo, ou fruição, chama-se *usufructuario:* o dono da cousa, a quem continúa pertencendo a substancia, chama-se *senhor da propriedade*, ou simplesmente *proprietario.*

Os JCtos romanos contavam o *usufructo*, o *uso*, e a *habitação* entre as servidões, a que chamavam pessoaes, para as distinguir das prediaes. *L.* 1. *D. de servit.* Porém o *Codigo da Prusia*, seguindo outro systema, entre as especies de *propriedade dividida*, formou uma classe separada dos direitos de *uso*, ou *gozo* (*à l'usage, ou à la jouissance*) das cousas de outrem, na qual collocou o usufructo e o uso. Esta mesma classe fizeram os redactores do *Cod. Civ. Fr. no art.* 543.

Neste artigo recurremos ao direito romano, e aos codigos modernos, porque nem nas *Ordd.*, nem nas leis posteriores, se acha regulado: apenas na *Ord. L.* 4. *tit.* 98. se indicam os casos, em

em que ao pae compete o usufructo sobre os bens dos filhos. Tambem nenhum dos nossos praxistas escreveu sobre esta doutrina, ainda que pelas suas obras se encontram disseminados alguns principios; sobre tudo em Guerr. *Tr.* 1. *L.* 4. *cap.* 2., e em Lobão *no Tract. das avaliaç. e damn.* desde o §. 124., e nas *Not. a Mell. L.* 3. *tit.* 13. §. 4.

Objecto deste direito.

§. 608. Como o usufructuario não póde dispor da substancia da cousa, que fica pertencendo a outro, segue-se: 1.° que rigorosamente só póde dar-se usufructo das cousas *não-fungiveis*, ou sejam moveis, ou de raiz. 2.° Porém por analogia introduziu-se o *quasi usufructo das fungiveis*, devendo o usufructuario restituir outras tantas em quantidade e valor. §. 2. *Inst. de usufr.*, *L.* 7. *D. de usufr. ear. rer.* 3.° Não só se póde dar o usufructo de uma cousa particular, mas tambem de uma universalidade, v. g., de uma herança. *L.* 37. *D. de usu, et usufr. et redit.*

O quasi usufructo differe do mutuo: 1.° em que este só póde ser constituido por contracto, aquelle por outros modos: 2.° em que no mutuo não se exige ordinariamente caução, nem acaba pela morte.

Como se constitue?

§. 609. O usufructo, da mesma fórma que as servidões, póde constituir-se: *voluntariamente* 1.° por disposição de ultima vontade; 2.° por convenção gratuita, ou onerosa, §. 1. *Inst. de usufr.:* 3.° por prescripção. *L. ult. Cod. de prescript. long. temp. Necessariamente:* 4.° pela disposição da lei, como o usufructo do pae nos bens adventicios do filho, *Ord. L.* 4. *tit.* 98.; 5.° por sentença, como em partilhas, quando o

juiz o adjudica a algum dos coherdeiros para os igualar. *L.* 6. §. 1. *D. de usufr.* 6.° Póde ser constituido pura, ou condicionalmente, ou *in diem*. *L.* 5. *Cod. eod.*

Fundamentos dos direitos e obrigacões entre o usufructuario e o proprietario.

§. 610. Os direitos do usufructuario e do proprietario, ainda que connexos, e exercidos sobre o mesmo objecto, têm limites separados. O usufructuario póde gozar, mas não abusar, isto é, não póde dispor, nem deteriorar o objecto. A sua liberdade de gozar entende-se, conforme costuma um pae de familias illustrado e zeloso. O proprietario não deve embaraçal-o no seu gozo, e apenas póde precaver-se contra os prejuizos, que influam na substancia. Da combinação destes principios nascem as disposições relativas aos direitos e obrigações, tanto do usufructuario, como do proprietario.

Prestação da caução.

§. 611. Como o usufructuario tem de restituir a substancia dos bens usufruidos, deve 1.° fazer inventario dos mesmos com assistencia do proprietario. Guerr. *Tr.* 1. *L.* 4. *cap.* 2. *n.* 1. Se o não fez, presume-se, que recebeu os bens com todas as suas pertenças ordinarias, e em estado sufficiente de servir para os seus usos. *Cod. da Austr. art.* 518. 2.° Prestar caução á restituição da substancia e indemnização dos damnos, a todo o tempo que o proprietario exija esta caução. *L.* 1. *D. usufr. quemadm. cav.*, *L.* 4. *Cod. de usufr.* Exceptuam-se: *a*) o pae, em quanto ao usufructo dos bens adventicios dos filhos, *L.*

3. §. 4. *Cod. de bonis, quae liber.*; *b*) o doador e vendedor, que reservou o usufructo dos bens doados ou vendidos, *cit.* Guerr. *n.* 22.; *c*) se foi della desobrigado no titulo constitutivo. *Cod. Civ. Fr. art.* 601. 3.° Se o usufructuario a não presta, os bens de raiz devem ser arrendados, ou sequestrados; os capitaes, dados a juros; os objectos fungiveis, ou em risco de se perderem, arrematados, e o producto tambem dado a juro; para serem os rendimentos entregues ao usufructuario. Porém, se o pedir, o juiz convencido da sua boa fé e necessidade, poderá mandar-lhe entregar os moveis necessarios para o seu uso, debaixo da simples caução juratoria. *Id. artt.* 602. e 603.

Direitos e obrigações do usufructuario: I. *Em quanto aos fructos.*

§. 612. I. O usufructuario percebe todos os fructos ordinarios naturaes, civís, ou mistos, *L.* 7. §. 1. *D. de usufr.*; ainda mesmo os fructos dos accessorios, como os da alluvião. *L.* 9. §. 4. *eod.* E por tanto: 1.° percebe as crias dos animaes e rebanhos, substituindo porém com ellas as cabeças, que morrerem. *L.* 68. §§. 1. e 2. *eod.* 2.° Não lhe competem os thesouros, por não serem fructos. *L.* 7. §. 12. *D. solut. matr.* 3.° Nem póde abrir minas de substancias mineraes, nem pedreiras; ainda que póde continuar a laboração das já abertas. *Cod. Civ. Fr. art.* 598. 4.° Ao usufructuario da herança pertencem as pensões, censos, ou rendas annuaes, que fazem parte della. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 21. *art.* 42. 5.° Bem como ao usufructuario do dominio directo, os foros, luctuosas e laudemios, vencidos durante o usufructo. Lob. *D. emphyt.* §. 1027. 6.° Tem direito aos fructos pen-

dentes ao tempo da abertura do usufructo, indemnizando porém as despesas da cultura, se foram cultivados por conta do proprietario, *Dig. Port. 3. art.* 514.; bem como se andam arrendados a pensões, ás dos fructos, que igualmente se acharem pendentes. *L.* 58. *de usufr*, Lobão *Acç. Summ* §. 350. 1.° Porém os fructos civis partem-se *pro rata*, contando-se nestes os arrendamentos a dinheiro dos bens ruraes. *Cod. Civ. Fr. art.* 586.

Parece mui razoavel a opinião do sabio A. do *Dig. Port.* de que o usufructuario é obrigado a repor as despesas da cultura, e sementes dos fructos pendentes; assim como tem direito, ou seus herdeiros, a pedil-as em igual caso na extincção do usufructo. Porém o *Cod. Civ. Fr. art.* 585. em ambos os casos determina o contrario: e os praxistas variam nas suas opiniões. Lobão *Acç Summ.* §. 349. entende que o usufructuario as deve repor: mas não o proprietario no fim do usufructo. O *Cod. da Austr. art.* 519. determina o inverso, isto é, que o usufructuario não repõe as indemnizações da cultura; o proprietario sim, no fim do usufructo.

II. *Em quanto ás arvores.*

§. 613. II. 8.° O usufructuario não póde cortar as arvores de fructo; mas apenas aproveitar as que morrerem, ou se destruirem por accidente, plantando outras no lugar dellas. *L.* 18. *D. eod* 9.° Pertencem-lhe as talhadias dos arbustos, ou arvores, que o proprietario tinha plantado, ou que costumam andar em córtes regulares, que se venceram dentro no usufructo, ou sejam a eito, ou por desbaste, segundo os costumes do logar, e dos bons administradores, *L.* 10. *eod.*, *Cod Civ. Fr art.* 591.; porém se as não cortou, nem por isso elle, ou seus herdeiros podem pedir indemnização. *Id. art.* 590. 10.° As outras arvores em regra não podem pelo

usufructuario ser cortadas, *L.* 11. *eod.*: excepto *a*) sendo necessarias para os reparos dos mesmos predios, com accordo do proprietario, *Cit. Cod. art.* 592.; *b*) se o destino e principal uso dessas arvores for para córtes, ainda que incertos, como os pinhaes, com tanto que o usufructuario o faça com moderação, e segundo o costume do antigo proprietario. Gam. *Dec.* 104.

Os Francezes fazem distincção entre *les taillis*, os arvoredos, que costumam andar em córtes periodicos e regulares; *talhadias*, ou *devesas*, *silva caedua* na phrase dos JCtos romanos: e *futaies*, arvoredos tambem destinados ordinariamente para córtes, mas não regulares nem periodicos, como os pinhaes, os choupaes: e *balliveaux*, as arvores, que segundo os regulamentos devem ficar reservadas nos córtes para conservação das madeiras de construcção, e que não podem ser cortadas sem ter quarenta annos.

III. *Em quanto aos tributos e encargos.*

§. 614. III. Porque o usufructuario percebe todos os fructos, deve supportar todos os encargos sobre elles impostos; e por tanto 11.° deve pagar a decima, e quaesquer encargos e contribuições, *Cit. Cod. art* 608: excepto as contribuições lançadas sobre a propriedade, ou valor dos bens, v. g., os emprestimos forçados, as quaes competem ao proprietario. 12.° Mas como seria duro, que o proprietario soffresse este desembolso no capital, continuando o usufructuario a receber o rendimento por inteiro, aquelle tem direito a pedir o juro da quantia desembolsada: e se na falta do proprietario, o usufructuario, para evitar o risco da execução, pagou, póde no fim do usufructo levantar essa quantia, mas sem juro. *Cit. Cod art.* 609 13.° O legatario do usufructo deve satisfazer as pen-

sões vitalicias, ou alimentos deixados pelo testador, ou por inteiro, se é usufructuario universal, ou *pro parte*, se é a titulo universal; *id. art.* 610.; o legatario singular sómente as deve satisfazer, quando foram especialmente impostas sobre os fructos da cousa legada, se na disposição não foi alliviado. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 21. *art* 81

IV. *Em quanto aos reparos e bemfeitorias.*

§ 615 IV. 14.° Pelo mesmo principio o usufructuario é obrigado a fazer os concertos, ou pequenos reparos, em ordem a conservar os bens no estado, em que os recebeu; mas não bemfeitorias, nem ainda as necessarias, *L.* 7 §. 2 *D. de usufr.*, *L* 7. *Cod. eod.*; excepto se no titulo lhe foi imposta essa obrigação. 15.° Igualmente o proprietario não é obrigado a fazer bemfeitorias para o gozo do usufructuario. *L.* 46. §. 1. *D. eod.* E por isso, se os edificios acabaram por velhice, ou caso fortuito, nenhum é obrigado á reedificação: mas se o proprietario a fez, póde pedir ao usufructuario o juro correspondente do augmento dos interesses, que este recebe: se as fez o usufructuario, póde no fim do usufructo pedir a bemfeitoria. *Delv. Cours du Cod. Civ. T.* 1 *not.* 2. *a pag.* 157. Porém porque essas reedificações poderiam ser desnecessarias, ou inuteis, não póde um fazel-as sem accordo do outro, ou supprimento judicial. *Cod. da Pr P.* 1. *tit.* 21. *artt.* 56. e 59. 16.° O mesmo se deve practicar em quanto á obra, que o instituidor do usufructo deixou principiada *L* 61 *D eod.* 17.° O usufructuario póde excusar-se da obrigação dos reparos, renunciando ao usufructo, uma vez que o não faça com dolo *L* 64. e 65 *eod*

Quaes são os concertos, ou pequenos reparos, a que é obrigado o usufructuario? O *Cod. Civ. Fr. artt.* 605. e 606 indicou-os, exemplificando quaes as *grosses réparations*, que incumbem ao proprietario, a saber, nos edificios, as paredes mestras, as abobadas, os travejamentos, as armações e tectos; e nos predios de lavoura, os diques, paredões e muros, etc. O *Cod. da Pr. cit. art.* 52. indicou como concertos, ou pequenos reparos, os que importarem menos da quarta parte do rendimento annual da propriedade.

Pelo mesmo *Cod. da Pr. art.* 61. o usufructuario póde continuar a obra principiada, quando elle entrou para o usufructo, sem necessidade de accordo do proprietario, com direito de reclamar no fim do usufructo o embolso das despesas, que fizesse, segundo a planta da obra, excepto se esta era de luxo, e o proprietario se oppoz expressamente. *Cit. Cod. art.* 63.

V. Em quanto ás dividas.

§. 616. V. 18.° O usufructuario de um objecto por titulo *particular* não é obrigado ás dividas anteriores ao usufructo, ainda que o objecto estivesse hypothecado, nem aos juros, se se não declarou: e se por ellas for executado, póde pedir ao proprietario a indemnização. *L* 43. *D. de usu et usufr. leg.*, *Cod. Civ Fr. art.* 611. 19.° Porém o usufructuario *universal*, ou *a titulo universal* é obrigado aos juros das dividas, vencidos desde o usufructo, conforme a sua quota *Cod da Pr. P.* 1. *tit.* 21. *art* 71 20.° Em quanto á divida do capital, se o crédor o pede, póde o usufructuario pagal-o, conforme a sua quota, para o receber sem juros no fim do usufructo; se não quer, então tem o proprietario a liberdade de pagar, recebendo os juros do usufructuario, ou fazer vender bens usufruidos até á concurrente quantia. *Cod. Civ Fr art.* 612.

O *Cod. da Pr. cit. art.* 70. impõe ao usufructuario particular a obrigação de pagar os juros das dividas *inherentes á cou-*

sa, isto é, daquellas, que são explicitamente impostas sobre essa cousa, de maneira que se entendam os fructos obrigados aos juros. É o mesmo que acima dissemos no §. 614. · mas aqui suppomos a especie de os bens usufruidos não terem outro encargo, senão a hypotheca.

VI. *Em quanto ao usufructo de capitaes.*

§. 617. VI. 21.° Se o usufructo é constituido sobre capitaes a juros, ou em fundos publicos, ou acções de companhias, ou de outra similhante natureza, o usufructuario não póde levantal-os para os passar a outrem, ou lhes dar differente destino, sem licença do proprietario: pena de responsabilidade por toda a perda e diminuição futura, e com obrigação de dar caução especial, se o proprietario a pedir. *Cit. Cod. da Pr artt.* 101. 102. e 103. Excepto *a*) para pagamento das dividas, a que os bens usufruidos estejam sujeitos, *id. art.* 76.; *b*) se estiverem em risco de se perder, podendo em ambos os casos o consentimento do proprietario ser supprido pelo juiz *Id. art.* 78. 22.° Depois de recebidos os capitaes, o novo destino deve ser a aprazimento de um e outro, prevalecendo porém o voto do usufructuario no caso de duvida, se elle se prestar a dar caução especial. *Id. artt.* 107. e 108. 23.° Querendo-os o proprietario para si, e dando caução segura e boa ao capital e juros, o usufructuario não póde oppor-se. *Id. art.* 109.

Nestas especies, que são omissas no *Cod. Civ. Fr.*, determina o *Cod. da Austr. art.* 510., que, se os capitaes estão em moéda, póde o usufructuario dispor delles, ficando apenas responsavel em virtude da caução. se estão já dados a juros, sómente póde cobrar estes.

VII. *Em quanto aos litigios.*

§. 618. VII 24.° Se o litigio versa sobre os direitos do proprietario, ou do usufructuario sómente, ao interessado incumbe tractal-o. *Id. art.* 85. 25.° Porém se o litigio interessar a ambos, o usufructuario deve seguil-o, e fazer as despesas, as quaes póde repetir no fim do usufructo, *id. artt.* 82. e 86., Huber. *ad Pand. L.* 7 *tit.* 1. *n.* 12 : fazendo porém chamar o proprietario para a assistencia da causa. *Ord. L.* 3: *tit.* 45. §. 10.

O *Cod. da Sard. art.* 524. ordena, que o usufructuario e o proprietario sejam obrigados as despesas do litigio conforme o interesse, que nelle tiverem · e então entendemos, que o póde promover aquelle, que mais interesse tiver, pedindo depois ao outro a parte respectiva das despesas; e isto parece o mais razoavel.

Mas se decaírem?

Exercicio do usufructo.

§. 619. Ao usufructuario competem todos os meios necessarios para o exercicio do usufructo; e por tanto: 1.° o direito de servidão pelos predios da herança, se a não tiver por outra parte. *L.* 1. §§. 2. e 3. *D. si usufr pet.* 2.° Não póde porém sem accordo do proprietario dar nova fórma ás cousas usufruidas, v g., mudar notavelmente a cultura dos predios. *L.* 13. § 7. e *L* 44. *D. de usufr.* 3.° Póde exercel-o por procuradores, colonos, ou outros em seu nome, e transmittil-o por titulo oneroso, ou gratuito, durante o tempo, que elle lhe compete; mas não cedel-o *L.* 12. §. 2. e *L.* 67 *eod.*, *Cod. da Pr. cit. art.* 110. 4.° Póde reivindical-o de qualquer terceiro, e do proprietario mesmo, bem como defendel-o pelos meios judiciaes. *L* 5 §. 1. *D si usufr. pet.* 5.° Deve dar parte ao proprietario das

usurpações feitas na propriedade, para este as vindicar *Cod. Civ. Fr. art.* 614.

Em direito romano o usufructo, bem como as outras servidões pessoaes, são consideradas como inseparaveis das pessoas, a quem foram concedidas, que por isso se extinguem pela sua morte: daqui a regra, que o direito do usufructo se não póde ceder, ainda que se possa ceder o exercicio; porque a cessão do direito significa a completa alienação, e por tanto a contingencia da vida do cessionario. §. 3. *Inst. de usufr.*

Sua extincção.

§. 620. O usufructo extingue-se: 1.° pela morte do usufructuario, ainda mesmo que fosse concedido até certo tempo, ou sob condição, se elle morreu antes, *cit. Cod. da Pr. artt.* 176. e 177.; excepto quando os herdeiros são expressamente chamados; e se não foram indicados os gráos destes, entendem-se os do primeiro tão sómente. *L.* 5. *pr. D. quib. mod. usufr., cit. Cod. art.* 178. 2.° Pelo lapso de tempo, ou existencia da condição resolutiva: porém se foi deixado a um, até que outro chegue a certa idade, não se extingue pela morte anticipada deste, mas dura, até que chegue aquelle prazo, *L* 12. *Cod. de usufr., Cod. Civ. Fr. art.* 620. 3.° Pela resolução do direito do constituinte. *L.* 16 *D. eod.* 4.° Pela renuncia; mas se for dolosa em prejuizo dos crédores, podem estes oppor-se. *Cod. Civ. Fr. art* 622. 5.° Pela perda total dos bens usufruidos, mas não pela parcial. *L.* 53. *D de usufr.* 6.° Pela consolidação, ou confusão na mesma pessoa §. 3. *Inst. de usufr.* 7.° Pela prescripção, ou não uso de trinta annos. *Cod. Civ. Fr. art.* 617

O abuso, que o usufructuario faz, dos bens, ou seja deteriorando-os, ou deixando-os destruir por falta de reparos, não

dá direito ao proprietario para o privar do usufructo, mas só para requerer providencias contra as deteriorações futuras, e a indemnização das passadas, Voet *ad Pand. L. 7. tit. 4. n. 3., Cod. da Pr. cit. tit.* 21. *art.* 140.: ainda que o *Cod. Civ. Fr. art.* 618, deixa isto ao arbitrio do juiz.

Restituição dos bens usufruidos.

§. 621. Como o usufructuario só póde gozar como bom pae de familias, e salva a substancia da cousa: 1.° deve no fim do usufructo restituir os fructos pendentes nos termos acima expostos (§. 612). 2.° É responsavel pelos damnos causados por dolo, culpa lata, e leve; e por isso se o usufructo era de moveis, de que elle se servia, restitue-os no estado, em que se acharem. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 21. *art.* 132. 3.° Deve restituir as cousas fungiveis na estimação, em que as recebeu; se não foram estimadas, tem a escolha de dar outras tantas da mesma quantidade e qualidade, ou pagal-as pelo preço do tempo, em que findou o usufructo *Cod. da Sard. art.* 497. 4.° O usufructuario não póde prescrever em seu favor a propriedade; excepto se por actos notorios e publicos manifestou possuir em seu nome, como cousa propria, sem reclamação do proprietario, dentro no tempo necessario para a prescripção. *L* 8. *Cod. de usufr., cit. Cod. da Pr. art* 95.

Do uso e habitação.

§. 622. O direito do *uso* differe do usufructo em que o usufructuario póde servir-se da cousa concedida, não só para as suas necessidades, mas tambem para o seu recreio e caprichos: e o *usuario* unicamente para as suas necessidades quotidianas. Quando este direito de

uso é concedido sobre casas para viver, chama-se *habitação*. Constitue-se e acaba pelos mesmos modos, que o usufructo; e exige as mesmas formalidades e garantias.

Direitos e obrigações do usuario.

§. 623. A extensão do direito de *uso* deve ser determinada á vista do titulo constitutivo: na falta, ou duvida deste têm logar as seguintes regras 1.° Como é restricto ás necessidades, o usuario só recebe os fructos para o seu gasto, e de sua familia, *L.* 12. §. 1. *D. de usu et hab.*; e por isso 2.° o usuario da *habitação* só póde servir-se das casas para habitar com sua familia. *L.* 2. §. 1 , e *L.* 4. §. 1. *eod.* 3.° Não póde vender, arrendar, ceder, nem traspassar o uso. *L.* 11. *eod.* 4.° O usuario é sujeito aos mesmos encargos, que o usufructuario, em proporção dos interesses, que percebe; e deve, igualmente que este, usar como bom pae de familias. *L.* 18. *D. eod.*, *Cod. Civ. Fr. artt.* 627. e 635.

SECÇÃO 9.ª

DO PENHOR E HYPOTHECA.

Razão de ordem.

§. 624. Ainda que todos os bens de um devedor, qualquer que seja a sua natureza, estejam sujeitos á solução das suas dividas; com tudo muitas vezes o crédor tem um direito especial para as cobrar por alguns, em virtude do encargo *real (jus in re pignoris)*, que está de tal maneira imposto sobre a propriedade desses bens, que passa com elles para todo e qual-

quer possuidor até á extincção da divida. É por este fundamento, que comprehendemos este artigo entre as especies de *propriedade limitada*. O direito de penhor suppõe sempre uma obrigação válida, de que é accessorio; mas nem toda a obrigação é titulo sufficiente para se dar este direito; sómente o são aquellas, a que a lei concede este favor É claro, que, como accessorio, segue a sorte do principal; e por tanto se éste se annulla ou extingue, extincto fica tambem o direito de penhor.

Noção de penhor em geral: e suas especies.

§. 625. Penhor em geral, tomada esta palavra *subjectivamente (jus pignoris)*, é o direito real, que ao crédor compete sobre certa cousa alheia, para maior segurança da sua divida Tomada *formalmente*, significa o contracto, pelo qual se constitue este direito *(empenhar*, ou *apenhar* na phrase da *Ord.)*: e *objectivamente* toma-se esta palavra para significar a mesma cousa empenhada. I. Se o objecto empenhado é movel, que se entrega ao crédor, chama-se este direito *penhor propriamente dito*. II Se são bens de raiz, e se não entregam, chama-se *hypotheca*. III. Se estes mesmos immoveis se entregam, chama-se *antichrese*; dos quaes tractaremos nos Capitulos seguintes.

No corpo do direito romano tracta-se do *penhor*, como contracto, no *Dig. no Liv.* 3 *tit.* 7. *de pignor. act.*, no *Cod. no Liv.* 4. *tit.* 24., e na *Inst. no* §. *ult. quibus mod. re contrahit. oblig.*; nos quaes logares se acham descriptas as acções pessoaes, que do contracto resultam; a saber: a *directa*, que compete ao devedor, para repetir o objecto empenhado depois de paga a divida; e a *contraria*, que compete ao crédor pela indemnização das despesas, que com elle fez. Considerado como *jus in re*, tracta-se do penhor em todas as suas relações nos seis *titulos*

do Liv. 20. *Dig.*, e nos parallelos do *Cod.*: neste sentido resultam delle as acções *Serviana*, e *quasi Serviana*, ou *hypothecaria*, que competem ao crédor contra os terceiros possuidores da cousa empenhada.

Nas nossas leis não se acha artigo especial sobre esta doutrina, apenas algumas disposições, que indicaremos nos logares competentes; recorre-se ao direito romano como subsidiario. E ainda que deste proviesse tambem a differença entre penhor e hypotheca, com tudo, em quanto a esta, a jurisprudencia moderna tem alterado muito não só as doutrinas, mas até as primeiras noções dos Romanos.

Mello *no L.* 3. *tit.* 14. tractou mui de passagem estas doutrinas: as *Notas* de Lobão *ad eumd.* têm pouco merecimento. No *Cod. Comm.* desde o *art.* 312. acha-se a legislação sobre penhor mercantil, ahi chamado *contracto de empenho*.

CAPITULO I.

DO PENHOR PROPRIAMEMTE DITO.

Sua noção e characteres.

§. 626. Penhor *propriamente dito* é o direito real, que o crédor obtem sobre uma cousa movel, que lhe foi entregue pelo devedor, ou por outrem em nome deste, para maior segurança da divida. Para se dar este direito, é necessario conjunctamente a existencia da divida, e a entrega *real*, ou *symbolica* da cousa empenhada; de maneira que, em quanto se não fez a entrega, ou, se se fez, em quanto não existe a divida, tambem não existe o direito de penhor. *L.* 5. *pr. D. de pign. et hypoth.*, *L.* 26. §. 1. *de pign. act.* A propriedade e posse civil fica sempre continuando no devedor: para o crédor sómente passa a detenção ou posse natural, tanto quanto é necessario para garantia, e mais facil embolso da divida.

Ainda que este direito só se dê depois da entrega, com

tudo póde ser constituido em virtude: ou 1.° de contracto: 2.° ou de disposição de ultima vontade: 3.° ou de sentença do juiz, que manda prestar caução pignoraticia: 4.° ou finalmente de disposição da lei, como o do recoveiro sobre as fazendas pela divida de recovagem.

Quaes bens podem ser empenhados?

§. 627. Podem ser dados em penhor propriamente dito: 1.° todos os bens moveis susceptiveis de alienação: 2.° os fructos pendentes dos bens de raiz, com o fim de se lhe colher e separar. *L.* 15. *pr. D. de pign. et hypoth.* 3.° O penhor affecta não só o objecto empenhado, mas tambem os seus accessorios e pertenças. *Cod. da Austr. art.* 457. 4.° As acções e créditos podem ser empenhados, sendo entregues os titulos ao novo crédor, com tanto que o empenho seja intimado ao devedor originario. *Cod. Civ. Fr. art.* 2075. 5.° O crédor, que recebeu em penhor bens alheios em boa fé, não tem obrigação de os entregar, em quanto não for pago da divida. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 20. *art.* 80. Porém aquelle, que dolosamente empenha bens alheios, ou já empenhados a outrem, incorre no crime de bulrão ou stellionato. *Ord. L.* 5. *tit.* 65.

O *Cod. Comm. art.* 315., no empenho dos créditos e obrigações de divida, julga sufficiente a entrega dos titulos sem necessidade de notificação ao devedor. Parece-nos, que tal penhor offerece uma garantia pouco segura, e em muitos casos nulla. O devedor originario, que ignora este facto, não paga ao segundo crédor, se elle não for munido de cessão, ou procuração. Ainda mesmo neste caso, se o devedor tiver pago ao primeiro crédor, ou allegar compensação, ahi está o segundo com um penhor inutil. Por esta razão no §. accrescentamos a clausula do *Cod. Civ. Fr.*, de que ao devedor seja intimado o empenho, porque então equival a uma cessão ou novação. Talvez o *Cod. Comm.* se restrinja ás dividas *mercantis;* mas nestas mesmas, as unicas, em que póde ser menos arriscado, são as que constam de bilhetes, ou titulos *pagaveis á vista*.

Direitos e obrigações do crédor: a) *em quanto á conservação.*

§. 628. Como o crédor só detem o penhor em segurança da divida: 1.° não póde aproveitar-se delle para os seus usos, excepto se isso lhe foi expressamente concedido. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 20. *art.* 123. 2.° Póde querelar contra quem lh'o furtou, até mesmo contra o proprietario. *L.* 12. § 2 *D. de furt.* 3.° Tem direito a pedir as despesas necessarias e uteis, que com elle fez. *L.* 8. *pr.* e §. 5. *D. de pign. act.*; *Cod Civ. Fr. art.* 2080. 4.° É responsavel pela perda, ou damno causado por culpa lata e leve. *L.* 13. §. 1.; *L.* 14. *cod.* 5.° Se o penhor se perdeu, ou tem diminuido sem sua culpa, póde exigir do crédor melhor penhor; ou o pagamento da divida, ainda que não tenha expirado o prazo. Strick. *Pand. L.* 13. *tit.* 7. §. 18., *cit. Cod. da Pr. art.* 441.

Poderá o crédor sub-empenhar a um terceiro o penhor, que tinha em seu poder? Se o devedor consente, não póde haver duvida; mas então, se pagar a sua divida sem dar parte ao segundo crédor, a si deve imputar o risco de este o não entregar, em quanto não for embolsado. Se o segundo empenho foi feito sem o devedor o saber, tem logar a applicação da regra, que deixamos notada no §. 627. n. 4. Vej. o *Cod. da Austr. art.* 454.

b) *Em quanto á entrega.*

§. 629. 6.° O crédor tem obrigação de restituir o penhor, logo no acto do pagamento, com tanto que seja paga toda a divida, isto é, o capital, juros, e as despesas da conservação. *L.* 8. § 5. *D. de pign. act.* 7.° Póde-o porém reter pela solução de outra divida do mesmo devedor, contrahida depois, mas exigivel antes do pagamento da primeira. *Cod. Civ. Fr. art.* 2082.

8.°

8.° Sendo muitos os objectos empenhados, o crédor não tem obrigação de acceitar o pagamento por partes, e ir restituindo os penhores em proporção, excepto se assim se ajustou. *L.* 19. *D. de pign. et hypoth.* 9.° Da mesma maneira não é obrigado a entregar parte a cada um dos coherdeiros do devedor, pela solução da respectiva porção da divida: ainda que deve entregal-os áquelle coherdeiro, que a pagou toda, o qual fica *ipso jure* subrogado no direito do crédor. *L.* 8. §. 2. *de pign. act.*, *L.* 1. *Cod de luit pign.* 10.° O crédor não póde prescrever o penhor, ainda que o possua por mais de trinta annos; por ser mero detentor, e não ser o titulo sufficiente para a translação do dominio. *L.* 2. *Cod. debitorem vendit. pign. impedire non poss.*, Voet *ad Pand. L.* 13. *tit.* 7. *n.* 6.

Pela *L. un. Cod. etiam ob chirogr. pecun.* póde o crédor reter o penhor até á solução de outra divida, que o devedor contrahisse além da garantida. O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 20. *artt.* 171. e 172. permitte esta retenção unicamente sendo a nova divida tal, que por ella tivesse logar o procedimento do sequestro. O *Cod. Civ. Fr.* admitte-a no caso, que fica indicado no §., que parece mais razoavel. O *Cod. da Austr. art.* 431. não permitte reter o penhor por outra divida, excepto por meio de embargo, ou sequestro judicial.

Direitos do devedor, em quanto á cousa empenhada.

§. 630. Como ao dono do objecto empenhado fica pertencendo a propriedade e posse civil: 1.° pertencem-lhe tambem todos os fructos e rendimentos do penhor, dos quaes o crédor lhe deve dar conta, excepto se se estipulou a antichrese. *Cod. Civ. Fr. art.* 2081. 2.° Continúa em seu favor a prescripção contra terceiro. *L.* 16. *D. de usurp. et usucap* 3.° Se o crédor

abusa do penhor, póde pedir-lhe caução, ou que seja depositado em poder de outrem. *Cod. Civ. Fr. art.* 2082, *Cod. da Pr. cit. art.* 126.

Venda do penhor.

§. 631. O crédor obtem o deposito do penhor para melhor segurança e facilidade do seu embolso; entretanto as leis têm precavido, que elle não abuse do seu direito, e da necessidade do devedor. Por isso: 1.° é nulla a clausula de ficar o crédor com o penhor pela divida sem avaliação, ou sendo esta feita por elle mesmo. *Ord. L.* 4. *tit.* 56 2.° Póde porém ajustar-se, que, não recebendo a divida em certo prazo, possa o crédor fazel-o vender extrajudicialmente; ou ainda ficar com elle, precedendo avaliação feita por peritos nomeados por um e outro: em todo o caso o devedor póde suspender a venda, offerecendo-se a pagar em vinte e quatro horas, implorando para esse fim o officio do juiz. *Cit. Ord.* e *L.* 3. *tit.* 78. §. 7. 3.° Na falta de ajuste o penhor não póde ser vendido, senão judicialmente com citação do devedor para remir, ou ver vender. Moraes *de exec. L.* 1. *cap.* 4. §. 3. *n.* 13., *Ref Jud. art.* 293. 4.° Se na praça não tiver lançador, póde ser adjudicado com o rebate da lei *Dig. Port* 3. *art.* 1225. 5.° O excedente da divida pertence ao devedor: assim como, se o producto não chega para o completo pagamento, nem por isso o crédor perde o direito de demandar pelo resto o devedor e seus fiadores. *L.* 28. *D. de reb. cred.*, *L.* 3. *Cod. de distr. pign.* 6.° O crédor pela venda do penhor não é responsavel á evicção, excepto se obrou com dolo, ou se obrigou a ella. *L.* 11. §. 16. *D. de act. empt.*, *L.* 2. *Cod. cred evict. pign. non deb.*

Em direito romano as formalidades da distracção, ou venda do penhor, variavam conforme se tinha convencionado, — *ut vendat creditor pignus*, ou — *ne vendat*, ou — *quando nihil convenerit*. No primeiro caso podia o crédor vender a seu arbitrio o penhor, se o devedor não pagava no tempo ajustado; no segundo, devia a venda ser precedida de tres interpellações ao vendedor feitas por intervallos; no terceiro era necessaria a interpellação, e só passados dois annos se podia vender. §. 1. *Inst. quib. alien. licet*, *L.* 4. *Cod. de distract. pign.*, *L.* 3. §. 2. *Cod. de jure domini impetrando*

Pela *L. de* 26 *de Dez. de* 1846 *art.* 14. renovou-se ao Banco de Portugal o privilegio de poder vender os moveis empenhados, sem audiencia dos devedores em leilão, precedendo annuncios de oito dias; o qual já antes tinha sido estabelecido na lei da creação do Banco de Lisboa. Igual privilegio foi concedido aos mutuantes de dinheiro sobre cereaes depositados no Terreiro publico de Lisboa, pela outra *Lei de* 8 *de Fev. de* 1845.

Sua extincção.

§. 632. O penhor acaba não só pela solução ou pagamento da divida, mas tambem 1.° pela remissão expressa; 2.° pela entrega do penhor; ou quando o crédor consentiu na sua alienação sem resalva do seu direito, *L* 4 §. 1., *L.* 7. §. 2, *L.* 8 § 1. *D quibus mod. pign*; 3.° pela resolução da propriedade do empenhante, com tanto que o crédor ao tempo do empenho fosse sabedor dessa circumstancia, *L.* 31. *D de pign. et hypoth.*; 4.° pelo lapso de tempo, ou existencia da condição determinada, *L.* 6 *D. quibus mod. pign*; 5.° pela extincção do objecto empenhado, ou sua transformação tal, que mudasse de natureza. *L.* 8. *pr. eod.*, *L* 18. §. 3. *D de pign. act.* Em todos os casos porém, fóra do pagamento, a divida continúa.

CAPITULO II.

DA HYPOTHECA.

O que seja?

§. 633. O direito *real*, que ao crédor compete sobre todos, ou alguns dos *bens de raiz* do devedor, para melhor segurança da divida, mas sem entrega da cousa empenhada, chama-se *direito de hypotheca*. Differe do *penhor*, em que este dá-se nos moveis, os quaes são entregues ao crédor; e a hypotheca 1.° só tem logar nos immoveis; 2.° sem tradição ao crédor; excepto quando se estipula a antichrese.

A palavra *hypotheca* toma-se, da mesma fórma que o *penhor*, em tres accepções. 1.ª pelo direito; 2.ª pelo contracto; 3.ª pelo objecto.

Na phrase do direito romano, e da nossa legislação patria, podia dar-se hypotheca nos bens *moveis*, porque na hypotheca geral costumam comprehender-se tanto estes, como os de raiz. Entretanto depois de estabelecida a formalidade do *registo*, como este só tem logar nos bens de raiz, é forçoso accommodar as expressões a esta nova circumstancia, e adoptar a disposição dos Codigos modernos, que restringem a hypotheca aos immoveis.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota DD.)

Sobre quaes bens póde impor-se?

§. 634. Podem ser hypothecados todos os bens *immoveis*, ainda que o sejam por dependencia ou destino (§. 79.): e por tanto 1.° o usufructo dos mesmos, *Cod. Civ. Fr. art.* 2118., *L.* 11. §. 2. *D. de pign. et hypoth.*: 2.° as servidões, não só conjunctamente com o predio dominante; mas ainda separadas, se forem taes, que se possam alienar sem novo gravame do serviente. *L.* 12. *eod.* 3.° As pertenças e accessorios accrescem á hypotheca, v. g., a alluvião, as bemfeitorias.

Os moveis accessorios, reputados immoveis por destino, sómente são sujeitos á hypotheca, em quanto estão unidos ao immovel, porque se foram vendidos, ou alienados, e o preço satisfeito, o crédor hypothecario não póde exercer contra os terceiros possuidores os effeitos da hypotheca, excepto se houve dolo da parte destes. Talvez tambem contra o devedor, que os vendeu, não possa neste caso proceder a querela de balrão, que se deve entender restrictamente; excepto se na hypotheca estavam estes moveis especificamente designados. Delvincourt *Cours de Droit Civ. Fr. Tom.* 3. *pag. (mihi)* 294.

Pela mesma razão o devedor póde receber e alienar os fructos dos bens hypothecados, nos termos de um usufructuario, e com tanto que não destrúa: mas os fructos pendentes ao tempo da penhora, seguem a sorte da propriedade para o effeito da preferencia. E por isso tambem pela hypotheca do usufructo o crédor não adquire direito hypothecario sobre os rendimentos annuaes, mas tão sómente sobre o valor capital do usufructo. Se o crédor hypothecou a simples propriedade, e depois obteve o usufructo, fica este tambem sujeito á hypotheca. *L.* 18. §. 1. *D. de pign act.*

Em quanto ás servidões: na *L.* 11. §. 3. *D. de pign. et hypoth.* diz o JCto Marciano, que as servidões *urbanas* se não podem empenhar; e na *L.* 12. *seguinte* diz Paulo o contrario a respeito das *rusticas*. Não achamos difficuldade em se poderem empenhar umas e outras. Exemplo: O meu vizinho tem a servidão de passagem pelo pateo de outro, e a este é indifferente dar a servidão áquelle, ou a mim, que tenho as casas contiguas. eu empresto-lhe certa quantia, e acceito por hypotheca aquella servidão. Vej. *a not. de* Gothofr. *áquellas Leis.* É claro porém que o devedor, depois de ter hypothecado uma propriedade, não póde hypothecar a outros as servidões, que são pertenças dellas.

Poderão ser hypothecadas as acções *reaes*, v. g., a acção da rescissão por lesão dos bens de raiz, a de remir os bens vendidos *a retro*? Delvincourt *citado* decide affirmativamente, que nellas se contém uma hypotheca condicional dos bens, se se obtiver na acção indicada.

E o direito ou acção da hypotheca poderá ser hypothecado? Por direito romano podia, *L.* 1. *Cod. si pignus pignori*: porém o *art.* 778. *do Cod de procéd Fr.* indica o contrario, em quanto determina, que a importancia de uma hypotheca será repartida, como *movel*, entre os crédores, de maneira que o segundo crédor nenhum interesse tiraria de tal hypotheca.

Sua classificação.

§. 635. A hypotheca, em quanto á sua *constituição*, ou é I. *convencional*; ou II. *tacita*, e *legal*; ou III. *judicial*. Em quanto aos bens, ou é *geral*, quando affecta todos os immoveis do devedor; ou *especial*, quando affecta sómente alguns determinadamente. *L. de* 20 *de Junh. de* 1774 §§. 31. e 44.

Na hypotheca geral comprehender-se-hão os bens immoveis futuros, quando isto não foi declarado? Affirmativamente decide a *L.* 9. *Cod. quae res pign. oblig. poss.*; e póde deduzir-se da *cit. L. de* 20 *de Junh.* §. 32.. ainda que a negativa foi sustentada por Mell. *L.* 3. *tit.* 14. §. 4. *not.*

Conforme o systema moderno, a hypotheca convencional não póde ser, senão *especial* com a designação dos bens, nem póde comprehender os futuros, *Cod. Civ. Fr. art.* 2129, e da *Sard. art.* 2190 · porém a legal, quando não é restricta a certos bens, e a judicial, affectam todos os immoveis actuaes do devedor, e em alguns casos os adquiridos posteriormente, isto é, os futuros; excepto se o devedor no acto do registo consigna determinadamente alguns, o que lhe é permittido, sendo ouvido o crédor, ou pessoas, que o representam. *Cit. Cod. Fr. artt.* 2122. e 2123., e *da Sard.* 2176. e 2183.

I. *Da hypotheca convencional*

§. 636. A hypotheca *convencional* é a constituida *voluntariamente*: *a*) por convenção; *b*) ou por disposição de ultima vontade, como, quando o testador consigna certos bens para segurança de uma divida, que declara dever, ou de um legado, que deixa. *Decr de* 26 *de Out. de* 1836 *art* 2. Esta: 1.° sómente se dá, desde que existe a divida. 2.° Como contém especie de alienação, sómente póde ser constituida por pessoas habeis para dispor de seus bens. 3.° Aquelle, que tem a propriedade resoluvel, ou condicional, sómente póde hypothecar com

essa condição. *Cod. Civ Fr. art.* 2125. 4.° É nulla a hypotheca do fallido nos vinte dias precedentes á abertura da fallencia. *Cod. Comm. art.* 1133.

Suas solemnidades.

§. 637. A hypotheca *convencional* deve constar: 1.° por escriptura publica, ou por testamento, *cit L. de* 20 *de Junh.* §§. 31. e 33.; assim como tambem por termo de transacção, ainda que seja feita em algum processo, ou por termo de conciliação *Cit. Decr. de* 26 *de Out. artt.* 2. e 6. 2.° Como este encargo se não presume, é necessario, que conste do titulo o animo de onerar os bens com este onus *real*, ou se empregue a palavra *hypothecar*, ou outra equivalente. 3.° Os bens dos menores e interdictos, os dotaes, os de morgados, igrejas, e mais pessoas moraes, sómente podem ser hypothecados com solemnidades especiaes. *Ref. Jud. art* 402., *Ord. L.* 1 *tit.* 65. §. 62.

A pezar do que se diz na *L.* 9 *Cod. quae res pign. oblig. poss.*, parece que para se dar hypotheca, não basta a simples declaração do devedor =*de que obriga a sua pessoa e bens*=, a qual se usa como tabellião em todos os contractos de divida; mas que além disso é necessaria declaração especial da imposição do onus real sobre os bens Qualquer que fosse á força da palavra *obligatio* em direito romano, entre nós designa tanto as obrigações reaes, como as pessoaes; e por tanto é deficiente. A não ser assim, inutil seria a distincção, que a *cit. Lei de* 20 *de Junh.* §. 42. faz entre escripturas com hypotheca, e outras sem ella; pois que aquella clausula costuma ir em todas Além, disso, costumando os devedores na confissão de quaesquer pequenas dividas obrigar-se por todos seus bens, gravissimos inconvenientes causaria o dizer-se, que por estas expressões tinham ficado todos hypothecados. Assim o entende tambem o Sr. Corrêa Telles *no Comment. á Lei do registo nott.* 32. e 34.

Os escriptos particulares de pessoas condecoradas, aos quaes a *cit Lei de* 20 *de Junh.* §. 33. concedia os effeitos de escriptura publica para a constituição da hypotheca, são declarados

insufficientes para esse fim, depois do estabelecimento do registo, no *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836 *art.* 6. Os anteriores ao registo subsistem nos mesmos termos das escripturas.

II. *Da hypotheca legal.*

§. 638. A hypotheca *legal* é a que resulta immediatamente da disposição da lei, independente da vontade do devedor, que por isso se chama tambem *tacita*. A lei concede-a umas vezes em attenção á especial prerogativa do crédito, e então taes hypothecas dizem-se *privilegiadas*, porque têm o primeiro logar no concurso das preferencias; outras vezes concede-a sómente em favor do crédor, e então dizem-se *simplices hypothecas legaes*.

Ainda que estas hypothecas supponham divida anterior como todas as outras, para evitar as fraudes, a lei em alguns casos impõe o onus hypothecario sobre os bens do devedor desde a época da sua responsabilidade, a qual por isso é necessario fixar em cada uma das especies, para resolver grande numero de difficuldades

a) *Das legaes privilegiadas.*

§. 639. Compete hypotheca *legal privilegiada* pela maior prerogativa da divida: 1.° ao vendedor pela divida do preço da venda, sobre os bens de raiz vendidos, *Decr. de* 26 *de Out art* 7.°: e no caso de se terem succedido muitas vendas, os vendedores seguem a ordem da prioridade. *Cod. Civ Fr. art* 2103. 2.° Aos mutuantes de dinheiro para a compra, constando do titulo ter sido esse o destino do emprestimo, e provando-se o emprego posterior na compra ou arrematação, sobre os bens comprados. *Cit. L. de* 20 *de Junh.* §. 37. 3.° Aos crédores de materiaes,

ou dinheiro, e aos obreiros ou empreiteiros, que concurreram para edificar, reparar ou bemfeitorizar alguns bens, sobre os mesmos. *Cit L.* §. 34. e 36., *L. de* 12 *de Maio de* 1758 §. 10. 4.° A' mulher pelo seu dote, sobre os bens dotaes dados ao marido em estimação, ainda que importe venda. *Cit. L. de* 20 *de Junh.* § 40. 5.° Aos coherdeiros ou consortes, sobre os bens, que nas partilhas ou divisão tocaram aos outros, pelas dividas de tornas, ou indemnizações. *Cit. Decr. de* 26 *de Out art.* 7., *Port. de* 21 *de Jan. de* 1840. 6.° Ao senhorio e censuista sobre o prazo, ou predio onerado, pelos foros ou censos atrasados *Cit. Decr. art.* 7., Lobão *exec.* §. 556. Como o privilegio nestes casos se funda na qualidade da divida, compete tambem aos cessionarios. *Cod. Civ. Fr. art.* 2112.

O *Cod. Civ. Fr. art.* 2111. concede tambem hypotheca privilegiada aos crédores, e legatarios *separatistas*, sobre os bens da successão O *Cod. Comm. art.* 1241. toca esta especie; e parece-nos ser esse o espirito do *art.* 645. *da Ref Jud.*

Sobre a hypotheca dos senhorios a *L. de* 20 *de Junh. de* 1774 no §. 38. concedeu aos senhorios hypotheca tacita e legal pelos foros, sem declarar porém se esta é privilegiada, se simples. Lobão *exec.* §. 556. entendeu, que devia ser privilegiada. No *Cod. Comm. art.* 1242. tambem se fala nesta hypotheca: e no *Decr. de* 26 *de Out. art.* 7. §. 3. na enumeração, que ahi se faz, das hypothecas legaes registaveis, omittiu-se, não sabemos se de proposito, se por descuido, o *citado* §. 38. *da L. de* 20 *de Junh.*, ao mesmo tempo que explicitamente se enumeram os créditos de censos, que são por direito equiparados, e estão na mesma razão dos foros. No meio destas contradicções, seguimos a opinião de Lobão, que nos parece conforme com a *L. de* 20 *de Junh.*, e mais analoga ao espirito da legislação: em alguns Codigos modernos, e especialmente no da *Baviera*, achamos este privilegio concedido aos senhorios e censuistas.

Se estes se appresentam a disputar o seu credito sobre o preço dos fructos do prazo do anno respectivo, gozam de privilegio, que neste caso não precisa de ser registado porém se o querem disputar, não sobre os fructos, mas sobre o prazo, ou predio onerado, parece-nos, que poderão recurrer á hypo-

theca privilegiada, com tanto que seja registada, e lhes não seja imputavel a culpa de se não terem embolsado pelos fructos. Pelo *laudemio*, seguindo tambem a Lobão, entendemos, que não compete ao senhorio hypotheca, como deixámos notado aos §§. 548. e 553. *not.*

Desde quando se devem datar estas hypothecas? O *Cod. da Sard. no art.* 2205. *e seg.* fixa a do vendedor desde a entrega: a do mutuante para a compra, desde que esta se verificou: — a dos coherdeiros, desde ás partilhas. — Em quanto aos empreiteiros e crédores de obras, exige, para aproveitar este privilegio, que antes das obras se examine o estado do predio por meio de peritos; e que no fim das obras se faça novo exame, em que se verifique o excesso do valor; o qual será a quantia privilegiada e registavel, a datar desde o primeiro exame. — O privilegio da mulher deve datar-se desde o dote; — e o do senhorio e censuista, desde o vencimento do foro, ou censo.

Em quanto ás dividas do Thesouro, tractaremos dellas adiante em Capitulo separado.

b) *Das legaes simplices.*

§. 640. Em favor de certos crédores compete hypotheca legal *simples*: 7.° ás camaras, misericordias, e mais corporações e estabelecimentos publicos, sobre os bens dos seus thesoureiros, recebedores, administradores e mais empregados responsaveis a dar contas, pelo alcance e dividas provenientes do seu emprego. *Cod. Civ. Fr. art.* 2121., e *da Sard. art.* 2169., Lob. *exec.* §. 606. 8.° A'mulher, sobre os bens do marido, em segurança do dote, e mais bens, com que entrou, ou lhe pertenciam conforme o regimen do matrimonio. *Cit. Cod. Fr.*, e *da Sard. art.* 2170., *Cod. Comm. art.* 1241., *Decr. de* 26 *de Out. art.* 3. 9.° Aos menores e interdictos, sobre os bens dos tutores, ainda que seja a mãe e seu marido, pelo alcance da tutela. *Cit. Cod.*, e *cit. Decr. art.* 7. 10.° Aos filhos sobre os bens dos paes, assim pela dissipação, ou má administração dos adventicios, ou outros bens do filho, como pela herança de algum irmão, que lhe tocasse, tendo

os paes passado a segundo matrimonio, nos termos da *Ord. L.* 4. *tit.* 91. §. 2., *cit. Decr. artt.* 2., 5. e 7., *Cod. da Sard. artt.* 2172. e 2173., *L.* 6. §. *fin. Cod. de bonis quae liber.*

Conforme o *Cod. da Sard.* nos logares citados, a hypotheca dos empregados das corporações conta-se desde a sua nomeação, ou approvação: — a do marido, desde o casamento, ou desde a constituição do dote, se foi posterior, ou desde a recepção, ou obrigação, que tinha, de receber outros quaesquer bens: — a do tutor, desde que lhe foi deferida a tutela, *Ref. Jud. art.* 441.: — a do pae, desde que os bens pertenceram ao filho, e o pae os devia zelar.

As nossas leis, em quanto á hypotheca da mulher pelo dote, figuram duas especies differentes, que cumpre não confundir. A 1.ª, que é a da *L. de* 20 *de Junh.* §. 40., quando ella foi dotada com bens de raiz dados em estimação: se o marido os aliena, ou os crédores delle os arrematam, ella póde usar da hypotheca privilegiada, de que falámos no §. ant. A 2.ª é quando ella foi dotada em dinheiro, ou moveis estimados, pelos quaes lhe ficam os bens do marido hypothecados legalmente. Parece-nos, que desta especie cogitou o *Decr. de* 26 *de Out. nos artt.* 3., 5. e 9.; e por isso as separamos.

III. *Da hypotheca judicial.*

§. 641. A hypotheca judicial é a que resulta de sentença condemnatoria, sobre os bens da pessoa condemnada, pela importancia da condemnação. *Ord. L.* 3. *tit.* 84. §. 14. Sómente tem logar nas sentenças proferidas em causas controvertidas, ainda mesmo que corram á revelia; mas não nas obtidas em virtude de confissão da parte, chamadas de preceito. *Cit. L. de* 20 *de Junh. art.* 44.

Tanto o *Cod. Civ. Fr.*, como o *da Sard. art.* 2177., e outros, ampliam o effeito da hypotheca judicial ás sentenças, ou sejam definitivas, ou interlocutorias; e ainda áquellas, que impõem certa obrigação ou responsabilidade, como a nomeação de um curador, ou administrador: nem exceptuam as obtidas por confissão, como a nossa lei. Cumpre porém advertir, que se a hy-

potheca já está estabelecida por outro fundamento, v. g., por escriptura, a condemnação por confissão do devedor, não destróe o effeito della, nem se attende á judicial.

Quando no acto da conciliação as partes convencionam hypotheca, registá-se como convencional, como fica dito no §. 637. Mas quando a parte confessa a divida sem declaração, como estes termos equivalem a sentença, resultará a hypotheca judicial? Nós julgamos estas sentenças sujeitas aos mesmos conloios, que a *L. de 20 de Junh.* recêon nas sentenças de preceito e por confissão, ás quaes por isso denegou o effeito da hypotheca.

Effeitos da hypotheca: a) *em quanto ao devedor e seus herdeiros.*

§. 642. 1.° O crédor póde ceder a outro o seu direito hypothecario com os mesmos effeitos e vantagens, que lhes competiam. *L.* 2. *Cod. de his, qui in prior. cred. loc. succ.* 2.° Porque a hypotheca se entende *in solidum* sobre todos os bens nella comprehendidos, o crédor póde demandar por toda a divida a qualquer dos coherdeiros, ou dos possuidores dos bens hypothecados, ficando áquelle, que pagou, o direito de ser indemnizado pelos outros *pro rata. L.* 2 *Cod. si unus ex plurib. haered.* 3.° O crédor hypothecario não perde o direito de se cobrar por quaesquer outros bens do devedor; mas póde requerer, que a penhora se faça em primeiro logar nos bens especialmente hypothecados. *Ref. Jud. art.* 588. §. *un.*

b) *Em quanto a terceiros.*

§. 643. Em quanto a terceiros, a hypotheca produz dois effeitos principaes. I. O crédor hypothecario tem acção para demandar o terceiro possuidor dos bens *de raiz*, e sendo muitos, a qualquer delles *in solidum*, para que ou lhe pague a divida, ou entregue os bens hypothecados, para nelles fazer execução. *Ord. L.* 4. *tit.* 3. *pr.* Esta acção porém só tem logar, depois de excutidos todos os bens desembargados do devedor e seus fiadores, *cit. Ord.*; excepto: *a*) quando se provar dolo na adquisição da parte do terceiro possuidor: *b*) se os bens restantes do devedor forem sitos em differente jurisdicção, onde se não possam executar sem graves difficuldades. Mor. *de exec. L.* 6. *cap.* 12. *n.* 94. Cessa este effeito, *c*) quando a esse terceiro possa aproveitar a prescripção, *cit. Ord.* §. 1.; *d*) quando o terceiro comprador, ou arrematante depositou o preço, fazendo citar os crédores do vendedor para virem sobre elle deduzir o seu direito; como lhe permitte a *Ord L.* 4. *tit.* 6. *pr.* e §. 1. Per. e Sous. *Pr. Linh. Civ. not.* 859.

O II. effeito é o das *preferencias*, de que adiante havemos de tractar.

Para que a hypotheca possa sortir estes dois effeitos, é necessaria a formalidade do *registo*, do qual por isso nos vamos occupar.

Ainda quando queiramos admittir hypotheca sobre bens moveis, é com tudo currente, que nestes não póde ter logar hoje o effeito da acção hypothecaria contra terceiros. *Cod. Comm. art.* 318., e *Cod. Civ. Fr. art.* 2119. Foi já neste sentido publicado o *Alv. de 4 de Set. de* 1810, que revogou a *Ord. L.* 4. *tit.* 5. §. 2. Por isso na *nota ao* §. 462. deixámos dito, que entre nós se vai introduzindo a regra de que nos moveis =*la possession vaut titre*=. Entretanto o outro effeito, em quanto ás preferencias, ainda algumas vezes se verifica nos moveis, como adiante se verá.

Da extincção da hypotheca.

§. 644. A hypotheca extingue-se: 1.° pelo pagamento da divida; excepto *a*) se tem logar a subrogação em favor do que pagou: *b*) ou se o pagamento ficou sem effeito, como, se os bens,

dados ao crédor, foram evictos, *Cod. da Sard. art.* 2298.; 2.° pela prescripção, *c*) em favor de terceiro possuidor dos bens, sendo esta de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes com titulo, ou de trinta annos sem titulo: *d*) em favor do proprio devedor ou seus herdeiros, de vinte annos entre presentes, e quarenta entre ausentes, *Ord. L. 4. tit.* 6. §. 1.; 3.° quando o terceiro comprador consignou o preço em deposito, como fica notado no §. antecedente: 4.° pelos outros meios, por que se extingue o penhor (§. 632.). A baixa legalmente dada no registo extingue tambem os effeitos da hypotheca.

CAPITULO III.

DO REGISTO DAS HYPOTHECAS.

Do registo, e suas vantagens.

§. 645. A formalidade do *registo*, ou da *inscripção no registo*, não é outra cousa, senão a nota ou publicação da divida, e dos bens hypothecados á sua segurança, lançada no livro e pelo official competente, para constar a quem nisso tiver interesse. O seu fim não é outro, senão: 1.° patentear o estado da fortuna dos cidadãos, em quanto aos bens de raiz, para precaver os capitalistas e crédores contra os devedores fraudulentos, e reforçar o crédito do devedor probo e de boa fé: 2.° facilitar as questões das preferencias. Para obrigar os interessados a satisfazer esta formalidade, determinou-se, que sem ella nenhuma hypotheca seria *efficaz*, nem sortiria os seus effeitos contra terceiros. *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836 *art.* 4.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota EE.)

Quaes hypothecas devem ser registadas?

§. 646. Todas as hypothecas devem ser registadas ou sejam *convencionaes* (§. 636.); ou sejam *legaes privilegiadas*, ou *simplices* (§§. 639. e 640.); ou sejam *judiciaes* (§. 641.), e quer sejam geraes, quer especiaes. *Cit. Decr. de* 26 *de Out. artt.* 4., 6. e 7. Exceptuam-se as privilegiadas provenientes de despesas judiciaes, do funeral, e gastos da ultima molestia, e das soldadas dos criados, de que adiante falaremos.

O *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836 sobre o registo das hypothecas é tão confuso e ininteligivel, que talvez nós acertariamos em abandonar esta doutrina, até que fosse legislada em fórma que se entendesse. O Sr. Corrêa Telles publicou a esse respeito um breve commentario ao *cit. Decr. de* 26 *de Out.*, mais como noções de reforma da doutrina, do que como esclarecimento. Entretanto, estando elle em execução em virtude do outro *Decr. de* 3 *de Jan. de* 1837, é indispensavel dar aqui algumas idéas para resolver as dúvidas occurrentes. Como para nós os logares da lei ininteligiveis, ou contradictorios, são o mesmo que se não existissem, facil é descobrir o motivo, por que a cada passo supprimos esta doutrina com a do *Cod. Civ. Fr.*, aonde accreditamos, que o nosso legislador a iria beber; e ainda com a do *Cod. da Sard.*, onde se encontram já providenciadas algumas especies, que escaparam ao legislador Francez. É por isso que avançamos o principio de que todas as hypothecas devem ser registadas; e abandonamos as excepções, que o *cit. Decr.* parece indicar no *art.* 2., por estar em contradicção com o *art.* 7.

Ainda que naquelle *Decr. de* 26 *de Out.* pareça ter-se tido em vista não só o registo das hypothecas, mas tambem o dos predios *litigiosos*, e dos *doados* com reserva do usufructo, com tudo, como no outro *de* 3 *de Jan.* não apparecem os modelos senão para o registo das hypothecas, abandonamos tudo o que diz respeito a essas outras especies.

Titulo competente para se tomar o registo.

§ 647. 1.° Em quanto á hypotheca convencional, o titulo, donde esta consta, ou seja ori-

ginal, ou traslado authentico, é sufficiente para se tomar o registo, como a escriptura, o testamento, o termo da transacção ou conciliação. *Decr. de* 26 *de Out. art.* 6., e *Decr. de* 3 *de Jan. de* 1837 *model. fin.* 2.° O mesmo acontece, em quanto ás hypothecas legaes, quando a divida ou responsabilidade parte de um acto authentico, como o titulo da venda, o dote da mulher, as partilhas entre os coherdeiros: porém se a hypotheca não parte de um titulo expresso, como a responsabilidade do marido, por não ter administrado, ou tomado conta dos bens da mulher; a do pae, em quanto á administração dos bens do filho; basta que no acto do registo se indique esta mesma causa, ainda que se não appresente outro titulo. *Cod. da Sard. art.* 2247. 3.° Em quanto á judicial, basta a copia da sentença, ou seja liquida, ou illiquida. *Id. art.* 2245.

Quando no *art.* 6 *do Decr. de* 26 *de Out.* se fala dos autos de conciliação, e termos de transacção, entendemos que se refere aos casos, em que nestes autos as partes expressamente se obrigam com hypotheca; e que no *art.* 7. a expressão *julgada por sentença* não póde referir-se a outra, senão á hypotheca judicial; e por isso enumeramos umas e outras entre as registaveis.

Quando o *citado Decr. de* 26 *de Out.* no fim do *art.* 7., depois de fazer a enumeração das hypothecas legaes, accrescenta: = *afóra estas, por nenhuma outra; com o pretexto de legal, se tomará registo* =, deverá concluir-se, que ficam proscriptas todas as outras hypothecas legaes não enumeradas, ainda que sejam indicadas pelos praxistas, e comprehendidas na generalidade do §. 41. *da L. de* 20 *de Junh.?* O Sr. Corrêa Telles *no Comm. ao cit. Decr. not.* 43. entende que não; que todas estas ficam subsistindo, ainda que não sujeitas ao registo. A nós parece-nos ser outro o espirito do *Decr.* Se admittimos hypothecas tacitas dispensadas do registo, então de que serve este? De que serve ao capitalista, que quer dar dinheiro ou negociar sobre certos bens, ir consultar a tabella do registo, se sobre elles podem pesar muitas outras hypotheças, que alli não estão notadas,

notadas, e de que elle por conseguinte não póde ter conhecimento? Em todos os codigos, em que se tem adoptado o registo, se têm reduzido a muito pequeno numero as hypothecas tacitas: e foi á imitação delles que nós, fundados no *cit. Decr. de* 26 *de Out.* as reduzimos tambem nos §§. 639. e 640. O *Cod. Comm.*, ainda que confundiu estas doutrinas, com tudo no *art.* 1243. estabelece a regra de que se não ampliariam as hypothecas tacitas a casos não expressos na lei.

O *Cod. da Sard. art.* 2248. permitte o registo das hypothecas judiciaes em virtude da sentença da primeira instancia, ainda que penda de embargos, ou appellação: devendo ter o seu effeito depois, conforme for julgado definitivamente.

Para o registo da hypotheca legal parece-nos sufficiente qualquer titulo da obrigação, ainda que não seja escriptura.

Modo, por que deve ser tomado o registo.

§. 648. No registo: 1.° deve extractar-se o titulo da divida com declaração do crédor, e devedor, da data da obrigação, da quantia da divida, e época do vencimento, bem como se a vencer juros, ou sem elles. *Cit. Decr. de* 3 *de Jan. model. fin.* Se a divida é incerta, como no caso da responsabilidade do tutor, do marido, do administrador dos bens dos estabelecimentos publicos, basta esta simples declaração, *Cod. Civ. Fr. art.* 2153.; assim como, se a divida é illiquida ou condicional. *Cod. da Sard. art.* 2245. 2.° Se a hypotheca é convencional especial, ou legal privilegiada, devem designar-se os predios ou bens hypothecados: porém na convencional geral, assim como nas legaes e judiciaes, quando affectam todos os bens do devedor, não é necessario declarar os bens; entende-se, que no registo são comprehendidos todos os que o devedor possue no Concelho, onde se faz o registo. *Decr. de* 3 *de Jan. de* 1837 *art.* 8. §. *un.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 2148., e *da Sard.* 2246. 3.° Mas como este encargo geral talvez seja prejudicial ao devedor, ou responsavel, póde elle ob-

ter do juiz com audiencia dos interessados, que a divida se reduza a uma quantia estimativa conforme as circumstancias; e que sejam registados unicamente bens de valor correspondente a essa quantia, a fim de que os outros fiquem desonerados. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 2140. *e seg.*, e *da Sard. art.* 2260. *e seg.*

Tanto no *Cod. Civ. Fr.*, como no *da Sard.*, se ordena, que o requerente do registo se appresente munido de dois memoriaes similhantes, contendo todas as declarações e circumstancias, que se devem notar no registo: um fica no cartorio para descarga do escrivão, e o outro deve ser entregue ao requerente para lhe servir de conhecimento, e por isso póde ser lançado nas costas mesmo do titulo. O nosso *Decr.* não exige esta formalidade, e manda apenas averbar no titulo a nota do registo: mas será difficil de executar, quando a hypotheca não consta por titulo explicito.

Logar e tempo, em que deve ser feito.

§. 649. O registo, em quanto ao logar, deve ser feito no Concelho, onde forem sitos os bens hypothecados; e por conseguinte em todos, se forem sitos em differentes, ou a hypotheca for geral. *Cit. Decr. de* 26 *de Out. art.* 3. Em quanto ao tempo: deve ser feito dentro em trinta dias contados desde a data do crédito; ou, se os bens forem sitos em Julgados distantes, naquelles, que forem necessarios, contando-se na razão de seis legoas por dia, e mais um: e nas possessões ultramarinas, contando-se desde a chegada do ultimo navio do logar, onde se celebrou a hypotheca. *Decr. de* 3 *de Jan. de* 1837 *art.* 6. Sendo a hypotheca registada neste prazo, conta-se a sua antiguidade desde a data do crédito, ainda que outra posterior se registe antes: sendo depois, sómente se conta desde a data do registo. *Arg. do art.* 9. *do cit. Decr.*

Pelo *Decr. de* 3 *de Jan. cit.* tinha-se mandado crear um Tabellião do registo das hypothecas em cada Comarca judicial; mas como pelo *Cod. Adm. art.* 254. passou esta attribuição para os Administradores dos Concelhos, é necessario accommodar aos Concelhos o que no citado Decreto se refere ás Comarcas.

No mesmo Decreto manda-se registar a hypotheca da mulher pelo seu dote no Julgado, onde se celebrou o matrimonio; o que é incoherente com a regularidade do registo, o qual não deve ficar dependente de um facto, que, segundo a disciplina actual, quasi que depende só do arbitrio dos noivos.

Ainda que o *Decr. de* 3 *de Jan.* o não declare explicitamente, parece que o prazo marcado para o registo tem por fim dar aos interessados tempo de o fazerem sem prejuizo da sua graduação: mas nem por isso ficam inhibidos de o fazer depois, soffrendo por pena da sua negligencia o serem preferidos por outro crédor mais cuidadoso. Entretanto é necessario reconhecer, que esta disposição veio alterar, na nossa opinião, o espirito do outro *Decr. de* 26 *de Out.*, e destruir completamente um dos principaes e mais interessantes fins do registo; que era pôr termo, ou ao menos simplificar as questões das preferencias, fazendo datar a graduação desde a época do registo, sem attenção á qualidade da divida. Os codigos Allemães nenhuma excepção admittem a esta regra: e o *Fr. no art.* 2135. sómente exceptua a hypotheca dos menores e interdictos sobre os bens do tutor, e a da mulher sobre os bens do marido: as quaes se mandam graduar desde a sua responsabilidade, independente do registo posterior: e o *Cod. da Sard. art.* 2215. exceptua todas as legaes, as quaes gradua desde a origem da divida, com tanto que fossem registadas nos tres mezes seguintes. Porém a generalidade do nosso *Decr.* deixa o campo a todas as questões, que até agora eram ordinarias nos concursos, visto que poucos crédores haverá tão desmazelados, que não satisfaçam á solemnidade do registo no prazo fixado.

Na incerteza das nossas leis, nós admittimos á graduação nas preferencias, ainda que sejam registados depois dos trinta dias, tão sómente os créditos da mulher, os dos pupillos, e os dos filhos nos termos do *art.* 2. §. 2. *do Decr. de* 26 *de Out.*; com tudo se tractassemos *de jure constituendo*, adoptariamos a disposição do *Cod. da Sard.*

Em quanto ás hypothecas anteriores á installação do registo.

§. 650. As hypothecas anteriores á instal-

lação do registo devem ter sido registadas dentro em seis mezes, sendo por escriptura publica, e dentro em noventa dias, sendo por escripto particular de pessoas qualificadas; contados desde que pela auctoridade competente foi annunciada por editaes a installação do registo na respectiva Comarca, ou Concelho. *Cit. Decr. de 3 de Jan. artt.* 4. e 8.

Effeitos do registo.

§. 651. Como a hypotheca não é solemne e effectiva, senão depois de registada, segue-se: 1.° que uma obrigação não registada, ainda que estipulada com hypotheca, para com terceiros não tem outros effeitos, senão de obrigação chirographaria; e por tanto não goza do favor da acção hypothecaria, nem da graduação nas preferencias. *Cit. Decr. de 26 de Out. art.* 4. 2.° Quando a hypotheca foi registada depois do prazo legal, não é graduada para as preferencias pela data da obrigação, mas sim pela do registo. *Id.* 3.° Os créditos privilegiados, não registados no mesmo prazo, perdem o privilegio; mas conservam os effeitos de simplices hypothecas desde a data do registo. *Cit. art.* §. 2., *Cod. Civ. Fr. art.* 2113. Entretanto o proprio devedor sempre fica obrigado, e responsavel para todos os effeitos.

A quem compete promovel-o?

§. 652. Compete promover o registo: 1.° a quaesquer interessados: 2.° ao cabeça de casal, em quanto aos créditos registaveis da herança: 3.° ao tutor em quanto aos dos menores, interdictos, ou ausentes: 4.° ao sub-tutor, e ao curador, em quanto á responsabilidade hypothecaria do tutor: 5.° aos Delegados, e agentes da fazenda nacional, aos Fiscaes das Camaras, e dos outros estabelecimentos publicos, em quanto ás hypothecas dos rendeiros, thesoureiros, e mais administradores responsaveis a dar contas. *Cit. Decr. de 26 de Out. art.* 11. Todos aquelles, que têm obrigação de promover o registo, ficam responsaveis por todo o damno proveniente da sua omissão. *Id. art.* 12. O registo entende-se por dez annos; para continuar, deve ser renovado no ultimo anno de cada decennio. *Id. art.* 5..

No *Cod. Civ. da Sard.* desde o *art.* 2219. acha-se miudamente providenciado, e indicadas as pessoas, que devem promover o registo das hypothecas dos administradores, agentes, e mais responsaveis á fazenda nacional, e estabelecimentos publicos; bem como o da mulher casada, dos menores, e dos filhos-familias, com a comminação não só das indemnizações, mas tambem de penas pecuniarias.

Estas mesmas hypothecas são por este *Cod.* dispensadas da renovação do registo, a saber, a da mulher casada, durante a sua vida, e as outras, durante a gerencia dos responsaveis. O prazo geral da renovação é o de quinze annos. Muitos reformadores acham na renovação uma inutilidade, que vem complicar o mechanismo da escripturação do registo, e que podia sem inconveniente ser eliminada em todos.

No mesmo *Cod.* estão fixadas as formalidades, com que se devem notar no registo as *reducções*, ou seja da quantia da divida, ou dos bens hypothecados; assim como as *radiações*, isto é, a extincção da hypotheca, que o *Decr. de 26 de Out.* indica nos *artt.* 16. e 17. com o nome de *baixa total*, ou *parcial*. Em quanto ás formalidades da *expurgação*, este *Decr.* é inteiramente omisso.

Assim nelle, como no outro *de 3 de Jan.*, se deve ver o regimento, e responsabilidade do official do registo, que hoje compete, como acima dissemos, ao Administrador do Concelho.

CAPITULO IV.

DAS PREFERENCIAS.

O que sejam, e quando têm logar?

§. 653. Um dos principaes effeitos das hypotheças é relativo á graduação nas *preferencias*, das quaes por isso tractamos neste logar. O direito, que compete a certos crédores, de serem pagos das suas dividas primeiro, do que outros do mesmo devedor, é o *direito de preferencias*. Como a obrigação, da parte do devedor, de pagar por todos os seus bens, é igual, seja qual for a natureza do crédito, e tenha, ou não, hypotheca; segue-se que os crédores sómente podem recurrer ao *direito de preferencia*, quando os bens não chegam para o pagamento de todos. *Ref. Jud. art.* 644. E como o producto dos bens sómente póde liquidar-se depois da arrematação, só então tem logar a disputa, ou *concurso* das preferencias; ou sobre esse producto entrado em deposito; ou sobre o valor dos bens conforme a avaliação, no caso de estarem nos termos de ser adjudicados por falta de arrematante. *Cit. Ref. art.* 642.

(Vej. a Nota EE. já citada no §. 645.*)*

Classes, e graduação dos crédores.

§. 654. Porém para se comprehender esta doutrina em toda a sua extensão, é necessario considerar este direito, não só em quanto aos crédores hypothecarios, mas tambem em quanto a todos os outros; e não só quando as preferencias versam sobre os bens de raiz, mas ainda sobre os moveis. Os crédores nesta generalidade

podem graduar-se em cinco classes: I.ª dos crédores em razão do dominio: II.ª dos privilegiados: III.ª dos hypothecarios: IV.ª dos chirographarios: V.ª dos de rateio.

I. *Crédores em razão do dominio.*

§. 655. Aquelles, que têm a propriedade, ou dominio de alguns bens, ou sejam moveis, ou de raiz, que se acham em especie em poder do devedor executado, são preferidos a todos os crédores, em quanto a esses bens, que elles vem receber, não em pagamento, mas por direito de reivindicação: e por isso impropriamente são chamados crédores. Taes são 1.º os donos dos bens depositados, empenhados, arrendados, e outros similhantes: 2.º o filho em quanto aos bens adventicios, ou proprios, que tinha em poder do pae: 3.º a mulher, em quanto aos bens dotaes inestimados, ou dados em estimação, que não importe venda, assim como em quanto aos outros paraphernaes, ou pessoaes: 4.º os coherdeiros, em quanto aos bens da herança indivisa; e outros. *Cod. Comm. artt.* 1219. e 1230., Lobão *exec.* §. 536. *not.*

Como estes não recebem taes bens a titulo de crédito, mas sim de proprietarios, nem delles se faz cumulo para o producto da execução; são aqui enumerados para melhor esclarecimento, mas não porque lhes sejam applicaveis as regras das preferencias, ou hypothecas.

II. *Privilegiados:* a) *sobre todos os bens do devedor.*

§. 656. Depois de tirados os bens alheios, são graduados para receberem em primeiro logar aquelles crédores, a quem a lei concede esse

favor, chamados por isso *privilegiados*. Mas a lei concede este privilegio: *a*) a alguns crédores sobre todos e quaesquer bens do devedor; *b*) a outros tão sómente sobre certos bens moveis; *c*) e a outros sobre certos immoveis. Tem privilegio sobre todos os bens do devedor: 1.° pelo interesse da conservação, as custas, e despesas judiciaes feitas para a conservação e apuramento da massa dos bens. *Cod. Comm. art.* 1239. Porém se estas despesas foram feitas sómente em vantagem de certos bens, tambem só sobre elles gozarão do privilegio. 2.° Por dever de humanidade, as despesas funerarias sem luxo, conforme a condição do defuncto devedor. Val. *de part. cap.* 23. *n.* 14. 3.° As despesas da ultima molestia, não excedendo a um anno. *Cod. da Sard. art.* 2156. 4.° As soldadas ou salarios dos criados do ultimo anno, e do corrente. *Cod. Civ. Fr. art.* 2101., *cit. Cod. Comm. art.* 1239. Se os bens não chegam para a completa solução destas dividas, *aa*) devem preferir entre si pela ordem, em que ficam enumerados: *bb*) se concorrem muitos no mesmo gráo, devem receber *pro rata*: *cc*) devem ser pagos em primeiro logar pelos moveis, e só na falta, ou insufficiencia destes, pelos de raiz, *Cod. Civ. Fr. artt.* 2101. e 2104. *dd*) Taes créditos são dispensados do registo. *Cit. Cod. art.* 2107., e *Cod. da Sard. art.* 2204.

O *Cod. Civ. Fr.* concede este privilegio pelos créditos de fornecimentos de subsistencia dos seis ultimos mezes, aos negociantes por miúdo; e do ultimo anno, aos negociantes por grosso; e o *da Sard. art.* 2156. ampliou-o ainda aos vestidos de luto da viuva, e aos alimentos dos dez mezes immediatos á morte do marido.

Sustentamos a doutrina deste §., fundados nas disposições do *Cod. Comm.*, e dos codigos modernos, e da razão e humanidade; não obstante seguir o contrario Lobão *exec.* §. 609.

b) *Sobre certos moveis.*

§. 657. Gozam de privilegio sobre certos moveis: 1.° em virtude do direito de retenção, o crédor pigneraticio sobre o movel empenhado; assim como o depositario pelas despesas do deposito, e o crédor de concertos, em quanto tem o movel em seu poder. *Cod. Comm. art.* 313. e 1227., *Ord. L.* 4. *tit.* 54. §. 1., *Cod. Civ. Fr. art.* 2073. 2.° Os crédores de fretes, como conductores, ou recoveiros, pela importancia destes, e de outras despesas inherentes á conducção, v. *g.*, portagens, sobre os objectos transportados; podendo ainda recurrer ao privilegio depois da entrega até um mez. *Cit. Cod. Comm. artt.* 198. e 199.; *L. de* 20 *de Junh. de* 1774 §. 39. 3.° Os estalajadeiros pelas despesas do viajante, ou hospede, sobre os effeitos recolhidos na estalagem, ou hospedaria, em quanto não saíram. *Cit. Cod. Fr. art.* 2102., e *da Sard. art.* 2157. 4.° O locador de casas, pelo aluguel, e mais obrigações do arrendamento, sobre os moveis, que o inquilino, ou sub-inquilino nellas tiver recolhido para uso da habitação. *Alv. de* 24 *de Julh. de* 1793 §. 2. 5.° Por conter especie de parceria, o senhorio directo, e o censuista pelos foros, ou censos, sobre os fructos do anno correspondente. *Cit. L. de* 20 *de Junh.* §. 38. 6.° Por ter originariamente concurrido para a existencia dos bens, o locador de predios ruraes, pelas suas rendas e mais obrigações do arrendamento, não só sobre os fructos do anno correspondente, mas tambem sobre todos os generos de qualquer qualidade, ferramentas, e mais effeitos, que se acharem nos predios arrendados: ficando porém salvo para lhe preferir o privilegio do crédor das sementes, das despesas da cultura e colheita,

em quanto aos fructos; assim como o crédor, que emprestou o dinheiro para a compra dos moveis e outros effeitos, em quanto a estes. *Cod. Civ. Fr. art.* 2102., e *da Sard. art.* 2157., Lobão *exec.* §. 550. *e seg.* 7.° O vendedor dos moveis, pelo preço da venda, sobre os mesmos. *Cit. Cod., cit.* Lob. §. 530. 8.° Os crédores das despesas feitas para a adquisição, concertos, ou conservação dos moveis, sobre os mesmos. *Cit. L. de* 20 *de Junh.* §§. 37. e 41.

Se sobre os mesmos moveis concorrem differentes crédores dos aqui enumerados, preferem entre si pela ordem, em que vão indicados, na qual seguimos o *cit. Cod. da Sard. art.* 2157. No mesmo, assim como no Francez, se acha miudamente providenciado sobre o uso do privilegio dos locadores dos predios urbanos e rusticos nas differentes especies, que podem occurrer.

Nos mesmos codigos enumeram-se entre os privilegios desta natureza, os competentes assim ao Thesouro, como ás Camaras e estabelecimentos publicos, pelo alcance e descaminhos dos empregados responsaveis a dar contas, sobre os depositos em numerario, ou acções, que elles são obrigados a dar em caução: sobre os quaes por conseguinte o Thesouro ou estabelecimentos preferem a todos os mais crédores, ainda mesmo áquelles, que tivessem emprestado o dinheiro para este fim.

Facil é de entender, que, como o privilegio nestes casos sómente se exerce sobre moveis, não ha que examinar formalidades da hypotheca, nem de registo: e que sómente aproveita, em quanto os moveis não passaram para terceiro.

c) *Sobre certos immoveis.*

§. 658. Os crédores, que gozam de privilegio sobre certos immoveis, são os *hypothecarios privilegiados*, que deixamos enumerados no §. 639.; onde considerámos estes créditos com relação principalmente ás formalidades da hypotheca e do registo, a que são sujeitos. Se sobre os mesmos immoveis concorrem muitos

privilegiados, devem preferir entre si pela ordem seguinte: a saber, 1.° os crédores da construcção ou bemfeitorias: 2.° o vendedor, ou mutuante do dinheiro para a compra: 3.° os coherdeiros: 4.° a mulher: 5.° o senhorio.

Assim os gradúa o *cit. Cod. da Sard. art.* 2158., menos em quanto á mulher e senhorio, dos quaes não faz menção.

III. *Hypothecarios simplices.*

§. 659. Os crédores *simplices hypothecarios* graduam-se pela prioridade das hypothecas; mas tendo em consideração a qualidade destas. Assim: 1.° se sómente concorrem hypothecas geraes, ou sejam convencionaes, ou judiciaes, ou legaes, preferem em todos os bens de raiz conforme a sua antiguidade. 2.° Se sómente concorrem hypothecas especiaes, ou são sobre os mesmos bens, e preferem igualmente pelas datas; ou sobre differentes, e então cada uma prefere ás outras nos bens respectivos. *Cit. L. de* 20 *de Junh.* §. 31. 3.° Se concorre geral mais antiga com especial mais moderna, prefere aquella, até esgottar, se for necessario, todos os bens: se concorre especial mais antiga com geral posterior, prefere a primeira; mas unicamente, até onde chegarem os bens especialmente hypothecados. *Cit. L.* §. 32.

Como o *Decr. de* 3 *de Jan. art.* 6. concede geralmente o espaço de 30 dias para se registarem todas as hypothecas, devendo assim contar-se a prioridade desde a sua constituição, poucas vezes poderão deixar de se attender na graduação as regras da *L. de* 20 *de Junh.*, as quaes por isso aqui deixamos expostas.

No caso de o crédito vencer juros, deverão estes nas preferencias ser collocados no mesmo gráo conjunctamente com o capital, ainda que sejam de annos mui posteriores? Lobão *exec.* §. 540. inculca a affirmativa, e diz que assim se segue *in judi-*

cando. Entretanto esta practica offende o espirito da lei, e contém uma injustiça. A lei adoptou o principio da prioridade das dividas; mas como os juros se não devem desde a épocha do capital, e sómente vão entrando em divida annualmente, assim devem tambem ganhar a prioridade. O crédor de taes dividas não cogita de pedir os juros, porque conta com o favor da preferencia; no que prejudica gravemente os outros crédores mais modernos, que a final perdem os seus créditos, para se pagarem esses juros vencidos depois. Para occurrer a estes inconvenientes os codigos modernos não permittem, que se graduem juntamente com o capital, senão os juros de dois annos além do corrente: os mais, que se deverem, não preferem ás outras hypothecas, que se registem nesse intervallo. *Cod. Civ. Fr. art.* 2151., e *da Sard. art.* 2237. Este ultimo manda graduar com o capital as despesas do titulo, e do registo, e as custas judiciaes.

IV. *Chirographarios.*

§. 660. Depois de pagos os crédores privilegiados e simplices hypothecarios, seguem-se os chirographarios. Taes são aquelles, cujas dividas constam: 1.° por escriptura publica, celebrada sem hypotheca nos termos da *L. de* 20 *de Junh.* §. 42.; 2.° por letras de cambio, ou risco. *Alv. de* 15 *de Maio de* 1776 §. 2. Todos estes preferem entre si conforme a prioridade das dividas. *Cit. L.* §. 42. Porém se antes da abertura do concurso obtiveram hypotheca judicial, passam para a classe dos hypothecarios.

V. *Crédores de rateio.*

§. 661. Finalmente depois dos chirographarios, se ainda sobejam bens, são chamados os crédores, que não poderam entrar nas graduações antecedentes, ou pela qualidade das dividas, ou por se não habilitarem com sentenças controvertidas. Entre estes não se dá preferencia, mas recebem *pro rata. Cit. L.* §. 43.

Já acima fica advertido, que aos créditos, que pela natureza da divida entram nas anteriores classes, não prejudica o serem julgados por sentença de confissão, ou preceito. *Alv. de* 15 *de Maio de* 1776 §. 3. Os crédores, que não pertencem áquellas classes, se se habilitaram em tempo com sentença controvertida, ainda entram para a classe das hypothecas judiciaes; se com sentença de preceito, passam para a de rateio.

Concurso dos crédores.

§. 662. O processo, em que os crédores são graduados, chama-se *concurso.* Os que nelle querem usar de direito de preferencias, devem: 1.° legitimar-se com sentença, ou titulo, que tenha execução apparelhada: 2.° e com penhora nos bens, que pretendem disputar, ou ao menos requerimento de preferencias lançado nos autos da execução daquelle, que primeiro promove a arrematação desses bens. *Ref. Jud. art.* 644. 3.° Porém o crédor, que se não habilitou com sentença, póde ainda no concurso fazer protesto, a fim de que nem o producto da arrematação, nem os bens adjudicados sejam entregues sem fiança, ou designação de outros bens desembargados, que substituam o encargo da hypotheca: e para responsabilizar os outros crédores concurrentes em proporção do que receberem, pelo prejuizo, que lhe resulta da extincção da sua hypotheca. *Cit. Ref. artt.* 649. e 650. 4.° Os crédores, que por impedimento não concurreram ao concurso, nem fizeram protesto podem ainda depois intentar acção de preferencias pela via ordinaria. Per. e Sous. *Pr. Linh Civ. not.* 900.

Estas e as outras solemnidades do processo do concurso estão determinadas na *Ref. Jud.* desde o *art.* 641.

Do beneficio da separação.

§. 663. Quando concorrem crédores do mesmo devedor, mas uns em virtude de obrigação propria deste, outros em virtude de successão, que para elle passou, podem estes ultimos requerer a separação dos bens da successão, e formar sobre elles um concurso especial com exclusão dos primeiros, ao que chamam *beneficio da separação. Ref. Jud. art.* 645., Lobão *exec.* §. 632. Este beneficio compete assim aos crédores, como aos legatarios do defuncto, *L.* 6. *pr. D. de separat.*; mas não aos crédores do herdeiro. *L.* 1. §. 2. *eod.* Cessa: 1.° se os crédores fizeram novação da divida, ou por qualquer maneira acceitaram o herdeiro como devedor proprio, *L.* 1. §§. 11. e 15. *eod.*; 2.° se deixaram passar cinco annos desde a adição da successão. *Cit. L.* 1. §. 13. Os crédores, que obtiveram a separação, não são admittidos a concurrer sobre os bens proprios do herdeiro, ainda que os bens da successão não cheguem para seu inteiro pagamento, excepto se houver sobras. *L.* 3. §. 2. *eod.*

Pelo *Cod. Civ. Fr. art.* 880. este beneficio prescreve, em quanto aos moveis, por tres annos; em quanto aos de raiz, sómente desde que saíram do poder do herdeiro.

CAPITULO V.

PRIVILEGIOS E HYPOTHECAS DO THESOURO.

Favor concedido ao Thesouro.

§. 664. Pelo interesse da causa publica, ao Thesouro, ou Fazenda Nacional são concedidos especiaes favores para a cobrança dos seus créditos. Estes créditos ou versam I. sobre os impostos: II. ou sobre as obrigações dos contractadores e arrematantes, assim como sobre o alcance ou descaminhos dos contadores, thesoureiros, recebedores, e mais empregados responsaveis a dar contas: III. ou sobre as custas e mulctas em materia criminal, correccional, ou de policia.

A *Ref. Jud. art.* 664. manda regular as preferencias da Fazenda publica pelo direito vigente. Mas qual é elle? Por direito romano o Fisco gozava de privilegio pelas dividas de contabilidade, pelos tributos, e pelas dividas dos contractos. Na legislação patria apenas temos a *Lei de* 22 *de Dez. de* 1761 *tit.* 3., commentada por Lobão *exec.* §. 485. *e seg.* Nesta sómente se tracta do privilegio pelas dividas provenientes de contractos e arrendamentos, assim como da gerencia dos magistrados, thesoureiros, recebedores, e mais officiaes responsaveis por administração de Fazenda. Esta lei porém ainda concede preferencia sobre o Thesouro: 1.° aos crédores com hypotheca *especial* por escríptura, ou com sentença controvertida, com tanto que uma e outra sejam anteriores ao contracto, ou provimento dos officiaes: 2.° aos crédores de dinheiros ou bemfeitorias, que concurreram para a existencia, ou conservação do objecto da preferencia. Nada se acha alli sobre tributos; e a respeito das custas e mulctas sómente se encontram as opiniões de Lobão.

O *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836 tocou tambem este objecto; mas por fórma, que veio augmentar as duvidas. No *art.* 2. §. 1. dispensa do registo as dividas de tributos, e dos *empregados responsaveis á Fazenda*: no *art.* 4. §. 2. exige o registo nas hypothecas *provenientes de contracto* com a Fazenda: e no

art. 7. §. *un.*, em contradicção comsigo mesmo, declara hypothecas legaes registaveis os créditos *da Fazenda* em geral.

No meio desta incerteza tomamos por modelo o *Cod. Civ. da Sard.*, cuja doutrina é a mesma da *Lei Franceza de* 12 *de Nov. de* 1808, transcripta por Delvincourt *Cours de Cod. Civ. Tom.* 3. *pag. (mihi)* 187.

I. *Em quanto aos impostos.*

§. 665. Pela cobrança dos *impostos* ou *contribuições*, compete ao Thesouro privilegio. 1.° Em quanto aos *directos:* sendo *a*) *pessoaes*, como os tributos das estradas, o maneio, sobre todos e quaesquer moveis do devedor; não podendo neste caso ser preferido, senão pelos créditos das custas da justiça, do enterro, e despesas da ultima molestia, indicadas no §. 656.: sendo *b*) *prediaes*, como as decimas, sobre os bens de raiz sitos no Concelho, onde se deve o imposto; bem como sobre os fructos naturaes, ou civis, alugueres e rendimentos dos mesmos, podendo cobrar-se de qualquer rendeiro, depositario, locatario, ou sub-locatario, administrador, ou qualquer devedor, que para esse fim for intimado. 2.° Em quanto aos *indirectos*, como sizas, direitos de transmissão, compete-lhe o mesmo privilegio sobre os bens moveis ou immoveis, que forem o objecto do imposto, tambem com preferencia a quaesquer outros crédores. *Cod. da Sard. art.* 2195. Este privilegio, ainda quando se exerce sobre bens de raiz, é dispensado do registo. *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836 *art.* 2. §. 1.

O *citado Cod. da Sard.*, e a *Lei Franceza*, em quanto aos impostos directos, sómente concedem este privilegio pelos impostos do anno ultimo e do corrente; provavelmente porque suppoz, que os anteriores nunca poderiam ficar em divida.

O mesmo *Cod. da Sard.* amplia este privilegio ás contribuições municipaes.

II. *Em quanto ás dividas dos contractadores e empregados.*

§. 666. II. Pelas dividas, ou alcance dos contadores, recebedores, thesoureiros, e mais empregados sujeitos a dar contas, bem como dos contractadores, rendeiros, e seus sublocatarios legalmente reconhecidos, o Thesouro goza: 1.° de *privilegio a*) sobre todos os moveis ou créditos, que elles possuirem, ou suas mulheres; assim como *b*) sobre os immoveis adquiridos por *titulo oneroso depois da data do contracto*, ou *nomeação do emprego*, por se presumirem adquiridos á custa do alcance; ainda que o sejam em nome da mulher, excepto se esta provar que os moveis, ou immoveis são seus proprios, e provindos de origem, que exclua aquella presumpção: 2.° e de *simples hypotheca legal* desde a mesma data, sobre os immoveis, que o devedor então possuia, ou adquiriu depois por titulo *gratuito*. Este privilegio e hypotheca sobre os immoveis deve ser registado. *Cit. Decr. de* 26 *de Out. artt.* 4. e 7. O privilegio é graduado, em quanto aos moveis, depois dos indicados nos §§. 656. e 657.; e em quanto aos immoveis, depois dos indicados no §. 639. *Cit. Cod. da Sard. artt.* 2197. e 2198., Lobão *exec.* §. 488. Se o empregado prestou caução de moveis, acções ou titulos de divida, o Thesouro tem sobre elles privilegio superior a todos: se de bens de raiz, tem hypotheca registavel, desde a acceitação da caução. *Cit. Cod. art.* 2200.

Como não podemos combinar o *art.* 2. e o 7. *do Decr. de* 26 *de Out.*, seguimos a doutrina do *Cod. da Sard. art.* 2210., que exige neste caso o registo dentro em tres mezes desde o contracto ou nomeação, ou desde a adquisição dos bens, se foram adquiridos depois. Nas instrucções sobre as fianças dos thesoureiros das alfandegas *de* 21 *de Dez. de* 1844 *art.* 9. exige-se o registo da hypotheca.

III. *Em quanto ás custas judiciaes.*

§. 667. III. Pelas custas da justiça em causas *crimes*, *correccionaes*, ou *de policia* tem a fazenda *a*) privilegio sobre os moveis do devedor, mas graduado depois dos créditos indicados nos §§. 656. 657.; *b*) hypotheca registavel sobre os immoveis. Em todo o caso serão primeiro satisfeitas as despesas da defesa do accusado. *Cit. Cod. da Sard. art.* 2196.

Pelas mulctas e penas pecuniarias o Thesouro não goza de privilegio, nem hypotheca. Lobão *cit.* §. 492. Nem a *Lei Franceza*, nem o *Cod. da Sard.* tocam esta especie: apenas este no *art.* 2200. ordena, que a indemnização da parte prefere sempre á mulcta, ou pena judicial.

CAPITULO VI.

DA ANTICHRESE.

O que seja?

§. 668. Quando no contracto do penhor, ou hypotheca se entrega ao crédor a cousa empenhada com a faculdade de receber os rendimentos á conta da divida, ou dos juros, chama-se *antichrese*. Se versa sobre bens de raiz, deve ser constituido por escriptura publica. *Arg. da L. de* 20 *de Junh. cit.* §. 33.

No *Cod. Civ. Fr.*, e nos outros, que o seguiram, suppõe-se que qualquer crédor, ainda sem hypotheca, póde receber bens de raiz em antichrese.

Direitos do crédor.

§. 669. Em virtude daquella faculdade: 1.° o crédor póde desfructar e perceber os rendimentos do objecto dado em antichrese, ou por si, ou por outrem, v. g., cedendo-o, arrendando-o, excepto se se estipulou outra cousa. *L.* 11. §. 1., e *L.* 23. *Dig. de pign. et hypoth.* 2.° Póde defender a sua detenção e rendimentos pelos meios possessorios. Maced. *Dec.* 62., Silv. *ad Ord. L.* 3. *tit.* 48. *ad rubr. n.* 34. 3.° Porém na antichrese de bens de raiz não goza de mais favor pela sua divida sobre a propriedade, senão do que lhe competir segundo as regras geraes das preferencias. *Cod. Civ. Fr. art.* 2091.

A *Ord. L.* 4. *tit.* 56. suppõe, que se póde dar em penhor propriamente dito tanto os moveis, como os bens de raiz; e parece permittir, que o crédor possa ficar extrajudicialmente com elles por avaliação de peritos. Porém, como em conformidade do espirito da legislação novissima o penhor sómente se dá nos moveis, é consequente adoptar a disposição do *Cod. Civ. Fr. art.* 2088., que não permitte ao crédor ficar com os bens de raiz, senão arrematados judicialmente, quando possa haver disputas sobre preferencias.

Obrigações do crédor.

§. 670. Ao crédor, como detentor, incumbem as mesmas obrigações, que no penhor; e além disso: 1.° é responsavel pelas deteriorações, e pelos fructos, ou rendimentos, que deixou perder por culpa leve. *L.* 3. 7. e 12. *Cod. de pign. act.* 2.° Como usuario, é obrigado aos tributos, e mais encargos prediaes, com o direito de os prelevar nos rendimentos. *L.* 6. *Cod. de pign. et hypoth.* 3.° É obrigado a dar contas; excepto *a*) se estipulou rénda certa; *b*) ou se ajustou, que os rendimentos ficassem á conta dos juros. Lobão *a Mell. L.* 1. *tit.* 8. §. 20. *c*) Porém este contracto de ficar com os rendimentos á conta dos juros é usurario e nullo, se se provar, que os rendimentos podem, uns annos por

outros, valer mais uma terça parte, do que os juros. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 20. *art.* 231., *Dig. Port.* 3. *art.* 1243. 4.° É nullo o contracto indefinido, de que o crédor receba os rendimentos até o pagamento da sua divida; e por tanto póde este a todo o tempo entregar os bens ao devedor. *Ord. L.* 4. *tit.* 67. §. 4. 5.° O excesso dos rendimentos, além dos juros, deve ser encontrado no capital. Mell. *L.* 3. *tit.* 14. §. 19.

Pela *Ord. L.* 4. *tit.* 67. §. 4., fundada no direito canonico, que reprova toda a qualidade de usura, ou juro do dinheiro emprestado, foi declarado usurario o contracto de receber o crédor os fructos da cousa empenhada, até ser pago da sua divida. Porém, como hoje são licitos os juros, parece que esta *Ord.* se não póde applicar, quando o devedor consigna em preço certo os rendimentos, para serem descontados no juro, e o excesso no capital; ou quando o crédor se obriga a dar contas, para se ajustarem da mesma fórma. Assim o entendem Mell. *cit.*, e Lobão *a Mell. L.* 1. *tit.* 8. §. 20.

LIVRO TERCEIRO.

DOS DIREITOS, EM QUANTO AOS ACTOS JURIDICOS.

Razão de ordem.

§. 671. Os actos juridicos (§. 94.) podem reduzir-se a duas classes principaes: 1.ª dos *actos*, ou *disposições de ultima vontade*, ou *causa mortis*, que são aquelles, que sómente são efficazes, e de que por conseguinte resultam os direitos e obrigações, só depois da morte de quem os practica: 2.ª dos *actos inter vivos*, que são obligatorios desde a sua celebração. A esta segunda classe pertencem principalmente os *contractos*. Seguindo esta classificação, o presente Livro será dividido em seis Secções:

Na 1.ª tractaremos das *disposições de ultima vontade.*
Na 2.ª dos *contractos em geral.*
Na 3.ª dos *contractos gratuitos.*
Na 4.ª dos *onerosos.*
Na 5.ª dos *aleatorios.*
Na 6.ª dos *accessorios.*

A classe dos *actos inter vivos* não se limita unicamente aos contractos; mas comprehende todos os outros actos, em que se exige expressão de vontade, como a emancipação solemne, a perfilhação, a confissão, a adição.

O character essencial dos actos *causa mortis* consiste em se reputarem como não existentes durante a vida do agente, o qual por isso os póde desfazer, ou alterar a seu arbitrio; e só valem, se elle morreu sem mudar de vontade; porém é necessario não os confundir com os *actos inter vivos*, em que

a morte entra como condição, ou termo da obrigação, que nem por isso lhes faz alterar a natureza.

SECÇÃO I.ª

DAS DISPOSIÇÕES DE ULTIMA VONTADE.

Divisão dos actos de ultima vontade.

§. 672. Entre os actos de ultima vontade podem enumerar-se os *testamentos*, os *codicillos*, os *pactos successorios*, e as *doações causa mortis*. Os principaes e mais frequentes são os *testamentos*.

CAPITULO I.

DOS TESTAMENTOS.

Definição e natureza dos testamentos.

§. 673. Testamento é o acto revogavel e solemne, pelo qual uma pessoa dispõe de todos, ou parte de seus bens para depois da sua morte. *Cod. Civ. Fr. art.* 895. 1.° É da essencia do testamento ser *revogavel:* qualquer clausula, pela qual o testador se privasse da faculdade de alterar a sua disposição, é nulla. *L.* 4. *D. de adimend. vel transf. leg.* 2.° Deve ser solemne; as differentes formalidades, que nelles exigem as leis, não o são só *ad probationem*, mas *ad solemnitatem;* e por tanto a falta dellas induz nullidade insupprivel. 3.° Não é porém essencial a disposição da universalidade da herança, nem a instituição de herdeiro, como era por direito romano. *Arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 82. *pr.*, Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 29.

A definição, que aqui damos, de testamento é talvez mui generica, e comprehensiva dos codicillos e das doações. Na nossa opinião, a differença entre uns e outros hoje é sómente em quanto ás solemnidades externas, como adiante notaremos. Entretanto em alguns codigos ainda se encontra na definição de testamento a circumstancia do direito romano = *contendo instituição de herdeiro* =, para os differençar dos codicillos: mas estes mesmos sujeitam uns e outros ás mesmas formalidades, e por tanto vêm a confundil-os igualmente.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. FF.)

Seu principio justificativo.

§. 674. Os testamentos constituem um artigo mui importante na legislação de todos os povos em razão das vantagens, que delles resultam para a sociedade. 1.° A liberdade de dispor de seus bens, ainda além da morte, é um vehemente incentivo para o trabalho e economia, que são o germe de todas as virtudes, assim moraes, como sociaes. 2.° No testamento exerce o homem para com as pessoas, com quem tem relações, o ultimo acto de benevolencia, de gratidão, ou de justiça, que as leis não podem inutilizar, sem proscrever ao mesmo tempo estas virtudes. 3.° Finalmente no testamento fica consignada uma memoria, cuja esperança tinha lisongeado o defuncto, assim como a sua recordação enche de satisfacção o herdeiro. Mas para prevenir os abusos e fraudes, que neste acto facilmente se poderiam commetter, as leis sujeitaram-no a muitas e escrupulosas solemnidades.

Pessoas intestaveis: a) *por incapacidade natural.*

§. 675. Como o testamento é um acto juridico, o testador deve ter capacidade *natural* e *civil. Naturalmente* são intestaveis por falta

de conhecimento: 1.° os *impuberes*, *Ord. L. 4. tit. 81. pr.*; os menores puberes podem testar, ainda mesmo sem auctoridade do tutor, *L. 20. §. 1. D. de liber. leg.*: 2.° os mentecaptos e furiosos, excepto nos intervallos lucidos, *cit. Ord.*: 3.° os interdictos, *cit. Ord. §. 4.*: 4.° os que por algum motivo extraordinario não têm livre o uso de suas faculdades, como o embriagado, o possuido de accesso violento de ira. *L. 48. D. de reg. jur.* 5.° Por falta de liberdade, é nulla a disposição extorquida por violencia, medo, engano, ou suggestões dolosas. *Ord. L. 4. tit. 84. §. 4.*, Lob. *a Mell. Suppl. Diss. 2. §§. 43. e 44.* 6.° Por não poderem expressar a sua vontade, são intestaveis os surdos, ou mudos, excepto se souberem falar, ou escrever, *Ord. L. 4. tit. 81. §. 5.*, *Cod. da Sard. art. 755.*: 7.° os cegos; excepto *a*) nuncupativamente, ou *b*) ainda por escripto, sendo o testamento aberto. *L. 8. Cod. qui testam. fac. poss.*, *Cod da Pr. P. 1. tit. 12. artt. 26. e 113.*

A duvida, se o testamento do furioso foi feito no estado de furor, ou nos intervallos lucidos, deve ser decidida em vista das circumstancias e fórma da disposição. *Ord. cit. §. 2.*

Para se annullar o testamento com o motivo de accesso de ira, ou odio *(ab irato)*, é necessario, que esta ira fosse: *a) violenta*, isto é, tal, que privasse o testador do livre uso de sua razão: *b) injusta*, isto é, não provocada pelo autor com os seus máos costumes, ou máo procedimento, em que offendesse o testador: alias a si proprio deve imputar a exclusão: *c) e que a ira fosse o unico motivo da disposição*, e não razões de amizade, ou gratidão entre o testador e o instituido. Vid. Delvincourt *Cours de Cod. Civ. T. 2. not. pag. (mihi)* 196.

b) *Civilmente.*

§. 676. Por impedimento da lei são intestaveis: 8.° os filhos constituidos debaixo do patrio poder; excepto em quanto aos bens livres (§. 307.). *Ord. L. 4. tit. 81. §. 3.* 9.° Os religiosos professos; excepto os egressos, quer o sejam com breve, quer pela dissolução das Ordens. *Lei de 30 de Abr. de 1835.* 1.° Os condemnados por crime, a que esteja imposta esta pena, como o de heresia, ou apostasia. *Cit. Ord. §. 4.* 11.° Os condemnados á morte podem unicamente testar da terça parte de seus bens em legados pios; e a sua disposição anterior fica nulla pela condemnação. *Cit. Ord. §. 6.*, e *tit. 83. §. 2.*

Quando se permitte aos filhos-familias testar dos bens livres, entende-se da terça, porque as outras duas partes pertencem a seus paes, como herdeiros necessarios. Não podem testar dos *adventicios*, ainda que sejam *extraordinarios*, não obstante pertencer-lhes a propriedade de taes bens, *pr. Inst. quib. non est permiss. facer. test.*, por ser por direito romano tolhida a facção testamentaria activa a todas as pessoas, que não são *sui juris*, ou *patresfamilias*. O *Cod. Civ. Fr. art. 904.* sómente permitte ao menor, depois de chegar á idade de dezeseis annos, testar de ametade dos bens, de que poderia dispor um maior: e isto sem fazer distincção de filho-familias, nem na qualidade dos bens: outros codigos sómente lhe consentem testar, tendo dezoito annos.

Por direito romano fazia-se mistér a capacidade civil do testador assim ao tempo da disposição, como depois até á morte; porque se o seu estado se mudava, o testamento ficava irrito. *L. 6. §. 5. D. de inj. rupt.* Entre nós só no caso da condemnação se verifica esta especie: o testamento feito pelo religioso antes da profissão val, nem elle o póde depois revogar. Mell. *L. 3. tit. 5. §. 24.*

Dos testamentos, em quanto á fórma externa.

§. 677. Nos testamentos deve attender-se á *forma externa*, e á *interna*. Em quanto á *externa*, podem classificar-se em duas especies: I. *ordinarios*, que são permittidos, quaesquer que sejam as circumstancias do testador: e II. *privilegiados*, ou excepcionaes, só concedidos a certas pessoas. Os primeiros são em tres maneiras: — publico feito em nota por tabellião; —

cerrado; —aberto por escripto particular perante testemunhas. Tem de commum o serem escriptos.

I. *Ordinarios :* a) *testamento publico.*

§. 678. Os requisitos do testamento publico na nota são: 1.° ser escripto na nota pelo tabellião segundo o dictado, ou declaração do testador: 2.° a assistencia de cinco testemunhas, ou ao menos a leitura da disposição approvada pelo testador perante ellas: 3.° e a assignatura do testador, testemunhas e tabellião, tudo em acto seguido: 4.° se o testador não sabe, ou não póde escrever, uma das testemunhas deve assignar por elle, declarando-o ao pé do signal, do que o tabellião deve tambem fazer menção no processo do acto. *Ord. L. 4. tit. 80. pr.* 5.° O tabellião deve declarar o dia, mez e anno, logar, e reconhecimento do testador e testemunhas, sob pena de lhe ser dado em culpa. Lobão *a Mell. L. 3. tit. 5. §. 6., Man. do Tabell.* §. 197., *Ord. L. 1. tit. 78.*

A assignatura em acto seguido quer dizer, que o acto da assignatura do testador e testemunhas deve ser simultaneo na presença uns dos outros, e seguido, sem se interromper com outro acto differente. É o *unus contextus*, ou *unitas actus*, dos interpretes do direito romano, e a disposição do *art.* 976. *do Cod. Civ. Fr.* = *Tout sera fait de suite, et sans divertir à autres actes.*

Todas as vezes que o testador não sabe escrever o seu nome, é de estylo admittir a testemunha a assignar a rogo, ainda que alias elle costumasse assignar de cruz: ao contrario do que se practica nos contractos, a pezar de a *Ord. L. 1. tit. 78. §. 4.* conter igual determinação para estes. (Vej. o §. 188. *not.*)

b) *Cerrado*, ou *mystico.*

§. 679. O testamento *cerrado* contém: 1.° a disposição escripta, *a*) pelo punho do testador,

ou *b*) por outrem de seu rogo; devendo neste ultimo caso ser assignada ou pelo mesmo testador, ou pela pessoa, que lh'o escreveu. 2.° O proprio testador deve entregar ao tabellião o papel, em que ella está escripta, perante cinco testemunhas, com expressa declaração de que nelle se contém o seu testamento, e de que quer que elle se cumpra. 3.° O tabellião deve então lavrar o instrumento da *approvação*, em que mencione explicitamente o facto da entrega e declaração sobredita, com a indicação do dia, mez e anno, logar, e mais circumstancias do estylo. 4.° Este instrumento deve ser assignado pelo testador, ou por uma das testemunhas a *seu rogo*, se elle não souber, ou não podér, declarando-o ao pé da assignatura, e fazendo o tabellião disto mesmo menção: 5.° e ser lavrado na presença e assignado tambem pelo tabellião e testemunhas, tudo em acto seguido. 6.° Deve ser principiado na ultima folha do papel, em que se contém a disposição; e se para isso não tiver logar, deve o tabellião rubrical-a com o seu signal, e lavrar o instrumento em novo papel, fazendo ahi declaração disto mesmo. *Ord. L. 4. tit. 80. §§. 1. e 2., Ass. de 10 de Junh. de 1817.* Nada obsta, a que o tabellião tenha escripto o testamento, e o approve depois como pessoa publica. *Ass. de 23 de Julh. de 1811.* N. 325.

Além dos requisitos essenciaes, que ficam enumerados, costumam os tabelliães rubricar as folhas do testamento, e passal-as pelos olhos, para resalvarem as entrelinhas, ou borrões, sem com tudo as lerem, bem como cosel-o e lacral-o com a approvação, e entregal-o ao testador. Mas como estas formulas não são exigidas na lei, a sua omissão, sem algum outro fundamento de fraude, não induz nullidade. A practica dos romanos era entregar ao official publico o testamento já fechado e cosido, devendo assim ficar em separado, e apenas junto o instrumento da approvação; e a isto allude a *Ord. cit. §. 1.* nas

palavras = *cosido e cerrado.* = O mesmo permitte o *Cod. Civ. Fr. art.* 976., e é a practica fixada pelo *Cod. da Sard. art.* 751. Vej. Lobão *Not. a Mell. Supplem. Diss.* 4. §. 13. *e seg.*

Para a approvação dos testamentos podem servir de tabelliães os escrivães do Juiz de Paz nos seus respectivos districtos. *Ref. Jud. art.* 142.

Este testamento deve ser aberto pelo regedor de Parochia perante duas testemunhas ao menos, lavrando-se o termo competente; porém a omissão deste acto de per si só não induz nullidade. Lobão *Seg. Linh. Suppl. Diss.* 6. §. 31.

c) *Testamento aberto, feito por escripto particular.*

§. 680. No testamento aberto, feito por escripto particular, requer-se: 1.° a disposição escripta pelo proprio testador, ou por outrem de seu rogo: 2.° lida perante cinco testemunhas, e assignada em acto seguido pelas mesmas e pelo testador, ou por quem o escreveu, declarando que assigna por aquelle não saber, ou não poder. *Ord. cit.* §. 3., Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 3. §§. 50. e 51.

Publicação, ou reducção deste testamento.

§. 681. Mas para que o testamento celebrado nesta ultima fórma surta effeitos legaes, é necessaria a *reducção* ou *publicação judicial*, isto é, ser julgado ou confirmado pelo juiz depois da morte do testador, sobre a inquirição das testemunhas, com citação dos herdeiros *ab intestato. Cit. Ord.* Para ter logar a confirmação: 1.° devem as testemunhas do testamento depor contestes sobre o facto da disposição, ou ao menos sobre a sua leitura e assignaturas perante ellas: 2.° e reconhecer os seus signaes, e o do testador. 3.° Pelo contrario não póde julgar-se procedente, se alguma das testemunhas

contradiz a disposição; excepto se se convencer a falsidade do seu depoimento. Lobão *cit. Diss.* §. 55. Estas causas podem ser preparadas pelo Juiz Ordinario, mas são julgadas pelo de Direito nos termos dos *artt.* 309. e 333. *da Ref. Jud.*

Se a falta de alguma, ou algumas das testemunhas numerarias, por ter fallecido, ou estar ausente, prejudicará a reducção? Febo *Dec.* 75., Egid. *ad L.* 1. *Cod. de Sacros. Eccl. P.* 4., e Portug. *de donat. L.* 3. *cap.* 16. *n.* 12., aos quaes segue Lobão *Not. a Mell. Diss.* 3. §. 52., seguem a affirmativa. Em contrario estão Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 10. *not.*, fundando-se em Boehmero *ad tit. qui testament. facer. poss.* §. 35., Strickio *Pand. L.* 29. *tit.* 3. §. 4. Esta ultima opinião é seguida pelo A. do *Dig. Port.* 3. *art.* 1777. no caso de que as outras testemunhas não discordem, e seja reconhecido o signal das que faltam: a qual parece razoavel; por quanto a *Ord.*, quando diz, que nesta disposição o testador, ou escriptor do testamento seja tido no logar do tabellião, dá logar a entender, que o acto ficou authentico e concluido, e que a reducção tem por fim antes a verificação ou prova, do que a fórma delle; e não exigindo ella por outra parte a inquirição individual de todas as testemunhas, não só se deve presumir verdadeira a assignatura da testemunha que falta, mas tambem legal e authentico o acto, como se practica geralmente em todos os outros. A paridade do testamento nuncupativo, com que argumenta Lobão, não colhe; porque neste não existe ainda acto algum, nem assignatura, sobre que assente a presumpção, e que possa servir de base para a prova.

II. *Testamentos privilegiados:* a) *nuncupativo.*

§. 682. Seguem-se os testamentos privilegiados. O primeiro é o *nuncupativo*, isto é, feito de viva voz, permittido aos doentes em perigo de morte. Para ser válido, é necessario, que o testador enuncie a sua vontade em acto seguido: 1.° perante seis testemunhas: 2.° as quaes vejam o testador, conheçam o seu estado de são juizo, e animo de testar, e entendam a dispo-

sição. *Ord. L.* 4. *tit.* 80. §. 4., Lobão *cit. Diss.* §§. 33., 39. *e seg.* Tambem se póde testar nuncupativamente, se o testador, por não ter tempo de approvar o testamento, que tinha feito por escripto, o manda ler á hora da morte perante as testemunhas, declarando ser essa a sua vontade. Voet *ad Pand. L* 28. *tit.* 1. *n.* 10. O testamento nuncupativo fica nullo, se o testador convalesceu da molestia. *Cit. Ord.*

Por direito romano todos podiam testar nuncupativamente: entre nós tão sómente os doentes *em perigo;* e por isso enumeramos este testamento entre os privilegiados, ainda que Mell. *cit.* §. 9. parece indicar outra cousa.

Sua reducção.

§. 683. Este testamento porém deve depois da morte do testador ser reduzido *judicialmente* da mesma maneira, que o escripto por instrumento particular; com a differença: 1.° de que as seis testemunhas devem depor contestes sobre o conteúdo da disposição: 2.° que *a*) a contradicção, ainda de uma só das numerarias, ou *b*) a sua falta, obsta á reducção. *Cit.* Lobão §. 41. *e seg.*

O tomar-se por escripto lembrança da disposição, ainda mesmo que seja assignada pelas testemunhas, não altera a natureza do testamento. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 10. O testamento escripto, nullo por falta de alguma solemnidade, não póde valer nem reduzir-se, como nuncupativo, uma vez que não fosse lido perante as testemunhas, como defende Lobão *Diss. cit.* §§. 5. e 7.

b) *Militar.*

§ 684. Em razão dos perigos da guerra, no testamento dos militares não se exigem outras solemnidades, senão: 1.° ser escripto, ou dictado de palavra perante duas testemunhas: 2.° com tanto que sejam chamadas para esse acto, excepto sendo feito em conflicto. *Ord. L.* 4. *tit.* 83. §. 5. Deste privilegio gozam: *a*) tanto os militares, como os empregados civis do exercito: *b*) mas unicamente em acto de campanha, *cit. Ord.* §. 9.; *c*) e outras quaesquer pessoas, que acompanhem o exercito em terra de inimigos. *Cit. Ord.* §. 8. Não val, senão *aa*) morrendo o testador nessa guerra, *bb*) ou até um anno depois da sua baixa honesta. *Cit. Ord.* §. 6.

Estas disposições da *Ord.* têm por fonte o direito romano no titulo *de militari testamento.* O *Cod. Civ. Fr.* e *da Sard.* exigem, que a disposição seja recebida por um official militar, e assignada por este, por uma testemunha ao menos, e pelo testador, excepto se elle não podér, declarando-se isto mesmo. Sendo em territorio nacional só póde aproveitar este privilegio, indo o testador em expedição, ou estando em praça sitiada, ou em logar, cujas communicações se achem cortadas. O *Cod. da Pr. P. 1. tit.* 12. *art.* 177. regula-o ainda com mais miudeza.

c) *Maritimo.*

§. 685. É tambem privilegiado o testamento feito a bordo de um navio, *a*) uma vez que seja em viagem, *b*) ou o seja pelos officiaes e marinheiros, ou pelos passageiros. Silva Lisboa *Pr. de Dir. Merc. T.* 6. *cap.* 25. *pag.* 83. Para ser válido, basta que a disposição seja recebida: 1.° pelo escrivão e capitão, ou primeiro official do navio: ou sendo estes os testadores, pelos immediatos, que os substituem: 2.° na presença de duas testemunhas, que assignem com o testador, se elle podér. *Cod. Civ. Fr. art.* 988. Não val, senão *aa*) se o testador morreu no mar, ou *bb*) até tres mezes depois de desembarcado em

logar, onde podesse testar em fórma ordinaria. *Cit. Cod. art.* 996.

Cumpre accrescentar aqui outra especie de testamento privilegiado, que nos foi indicada pelo distincto Advogado da capital e Secretario do Tribunal do Commercio, o Sr. Abel Maria Jordão de Paiva. Na fórma do regimento dado ao Hospital de S. José de Lisboa por el rei D. Manoel, os testamentos dos doentes valem, uma vez que sejam feitos pelo Cura do mesmo diante de tres testemunhas, que nelle assignam, servindo o Cura como de tabellião; o qual o deve cerrar, declarando nas costas o nome do testador, e guardar em uma arca, que na fórma do mesmo regimento alli deve haver para este fim. Ainda em *Port. de 12 de Abril de* 1836 foi auctorizado o Padre Cura do Hospital para continuar a fazer os testamentos dos enfermos na fórma do costume.

Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 16., seguindo os nossos praxistas antigos, conta além destes entre os testamentos privilegiados *o do pae inter liberos*, *o feito ruri*, *e o feito em tempo de peste*. Outros, entre os quaes Gouvêa Pinto *Tract. dos Test. cap.* 7. §. 2. *e seg.*, o A. do *Dig. Port.* 3. *art.* 1819., com quem de alguma maneira concorda Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 5., e *Obr. recipr.* §. 299., não os admittem. Esta opinião é a mais provavel: 1.° porque nem nas Ordenações actuaes, nem nas leis posteriores sobre taes materias, se acha a mais leve noticia destes testamentos; omissão, que, á vista da miudeza da legislação neste objecto, se não póde attribuir a inadvertencia, mas sim a proposito do legislador; e muito especialmente em quanto ao *feito nas aldeias* ou *ruri*, que os ultimos compiladores deixaram de parte, a pezar de o acharem admittido na *Ord. Manoelin. L.* 4. *tit.* 76. §. *ult.* 2.° Porque estando pela legislação d'el rei D. José, principalmente pela *Lei de* 9 *de Set. de* 1769, estabelecido o principio favoravel das successões legitimas, é consequente neste caso duvidoso decidirmos contra a opinião, que os admitte. 3.° O *Cod. da Pr.* exclue-os igualmente, e o *Civil Francez* apenas exceptuou o feito em logar, cuja communicação esteja interrompida por causa da peste, ou molestia contagiosa. *Art.* 985.

Os praxistas antigos contavam tambem entre os privilegiados o testamento *ad pias causas*, no qual não exigiam outra solemnidade, senão a presença de duas testemunhas, conforme o *Cap.* 11. *X. de testamentis*; disposição, que se acha geralmente inserida nas Constituições dos Bispados. Porém como as nossas leis não fazem menção desta especie, antes a *Ord. L.* 1. *tit.* 62. §. 24. exige neste caso as solemnidades *de direito*, que se entende o *civil*, tem aquella opinião sido abandonada pelos modernos. Mell. §. 17., Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 6.

Qualidades,

Qualidades, que devem ter as testemunhas.

§. 686. As testemunhas dos testamentos devem, assim como em outro qualquer negocio, ser capazes de advertir e attestar, se for necessario, a celebração deste acto, e não ser excluidas pela lei. São impedidos por defeito natural: 1.° os impuberes. 2.° os dementes, furiosos e interdictos: 3.° os surdos, ou mudos: 4.° os cegos. Por prohibição da lei: 5.° as mulheres, excepto nos testamentos nuncupativo e militar, e nos codicillos, *Ord. L.* 4. *tit.* 85. *pr.*: 6.° os herdeiros instituidos, bem como o pae, filhos, ou irmãos destes. *Cit. Ord.* §. 1.

Esta *Ord.* permitte aos legatarios e seus parentes ser testemunhas: porém admittido o principio de que a herança póde ser toda distribuida em legados, é consequente excluil-os, e julgar nessa parte sem uso a Ordenação. *Cod. Civ. Fr. art.* 975., Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 3. §. 38.

CAPITULO II.

DA DISPOSIÇÃO DOS BENS.

I. *Em quanto ás pessoas: noção de herdeiro e legatario.*

§. 687. A disposição dos bens, a qual contém a materia, ou *fórma interna* dos testamentos, póde considerar-se: I. em quanto á qualidade e circumstancias das pessoas, em favor de quem se póde dispor; II. em quanto á disposição, ou distribuição dos bens; III. em quanto á *modalidade* da disposição. I. Em quanto á pessoa do successor, este ou é *herdeiro*, ou *legatario*. Diz-se *herdeiro* testamentario aquelle, que é nomeado em toda a universalidade da he-

rança, de maneira que fique representando o testador, e que póde ser um só, ou muitos, (§. 333.): e *legatario* aquelle, a quem é deixada uma parte, ou cousa da herança; e essa parte, ou porção deixada chama-se *legado. Cod. da Pr. P. 1. tit.* 12. *art.* 6.

Especies de legatarios.

§. 688. Dos legatarios cumpre notar tres especies: 1.ª *legatario universal*, aquelle, a quem é deixada a universalidade da herança, de que o testador podia dispor: este é equiparado ao *herdeiro;* e succede tanto activa, como passivamente nos seus direitos e obrigações. 2.ª *Legatario por titulo universal*, aquelle, a quem é deixada uma quota da herança, v. g., a terça, o movel, uma parte do movel: este succede activa e passivamente na proporção da sua respectiva parte. 3.ª *Legatario particular*, aquelle, a quem é deixada uma quantia, ou uma, ou muitas cousas, mas determinadas.

Por direito romano, como a instituição do herdeiro era essencial aos testamentos, não podiam ter logar os legados universaes; apenas se dava este nome ás heranças deixadas em fideicommisso. §. 12. *Inst. de fideicomm. haered.* Porém no *Cod. Civ. Fr.*, que aqui temos em vista, diz-se *legatario universal* o herdeiro nomeado, quer succeda em todos os bens do defuncto, que não tem herdeiros necessarios; quer succeda sómente na parte, de que o testador podia dispor, sem offender as legitimas, como na especie da *Ord. L. 4. tit.* 82. *pr.*

Pessoas incapazes de ser nomeadas: a) *absolutamente.*

§. 689. Todas as pessoas podem ser validamente nomeadas herdeiros, ou legatarios assim universaes, como particulares, com as limitações seguintes. 1.° Os religiosos, ou religiosas professas, excepto sendo egressos, ou secularizados, não podem receber heranças, *L. de* 25 *de Junh. de* 1766 §. 10., e *L. de* 30 *de Abr. de* 1835; mas unicamente legados, que consistam em tenças vitalicias. *Decr. de* 17 *de Julh. de* 1778. 2.° Os mortos civilmente tambem só podem receber legados de alimentos. *Ord. L.* 4. *tit.* 81. §. 6., *Cod. Civ. Fr. art.* 25. 3.° As igrejas e corpos de mão morta são incapazes de ser nomeadas herdeiras, *Ass. de* 29 *de Març. de* 1770, e *de* 21 *de Julh. de* 1797; mas podem igualmente receber legados, não sendo universaes, com a obrigação de os alienar dentro de um anno, se constarem de bens de raiz. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 31., Lobão *Acç. Summ.* §§. 178. e 179. 4.° É nulla a instituição de pessoas incertas, §. 25. *Inst. de legat.;* porém são válidos os legados deixados a pessoas, que, não obstante serem incertas, possam ser depois determinadas, como, a pessoa com quem casar, o primeiro filho, que tiver, os pobres de tal logar; e geralmente os legados para suffragios e obras de piedade, com tanto que não seja cavillada a lei, que prohibe instituir a alma por herdeira, *L. de* 9 *de Set. de* 1769 §. 21. *instaurado pela L. de* 20 *de Maio de* 1796; quer a determinação neste caso fique commettida ao herdeiro, quer a um terceiro, e ainda mesmo em segredo. *L.* 16. *D. de leg.* 2.° — 5.° Os *nascituros* podem ser instituidos, uma vez que estejam concebidos ao tempo da morte do testador, e nasçam capazes de viver. *Cod. Civ. Fr. art.* 906.

b) *Relativamente.*

§. 690. *Relativamente* são incapazes: 6.° os filhos espurios não perfilhados, os quaes não podem ser instituidos por seus paes nos casos, em que lhes não succederiam *ab intestato:* podem porém receber delles legados a titulo de alimentos, ou dote. Lobão *cit.* §. 181. 7.° Assim como as concubinas nada podem receber dos concubinarios casados, ou seja por doação, ou por testamento. *Ord. L.* 4. *tit.* 66. *pr.* 8.° E' nulla a instituição, ou legado deixado em um testamento áquelle, que o escreveu, ou a seus ascendentes, ou descendentes. *L.* 1. e 5. *D. de his, quae pro non script. hab.* A disposição em favor de um incapaz tem-se por não escripta, subsistindo porém o resto do testamento. *L.* 3. e 4. *D. eod., arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 82. §. 1.

Por direito romano era permittido a todos fazer doações, ou deixar bens ás concubinas, *L.* 5. e 31. *D. de donat., L.* 41. *D. de legat.* 3.°; excepto aos soldados, pelo motivo do rigor da disciplina. *L.* 41. §. 1. *D. de testam. mil.*, e *L.* 14. *de his, quae ut indign.* Os interpretes, considerando esta excepção como um favor, ampliaram-na primeiro aos cavalleiros, aos nobres e aos clerigos; e depois, por motivos de moralidade e religião, a todos os homens: com o que vieram a destruir a regra geral do mesmo direito: e assim foi seguido por Mell. *L.* 2. *tit.* 10. §. 6. Parece porém mais juridico sustentar a prohibição só em quanto aos homens casados, nos termos da *Ord. L.* 4. *tit.* 66.: 1.° porque falando esta *Ord.* sómente dos casados, dá logar a entender *a contrario sensu*, que não comprehendeu os solteiros: 2.° porque nem em outro algum logar das nossas leis, nem nas das nações modernas se encontra tal disposição: 3.° porque os mesmos interpretes julgam taes deixas válidas, se tiverem por fim alimentos, dote, ou remuneração de serviços, com o que vem a comprehender talvez todos os casos, e a inutilizar a regra por elles mesmos estebelecida. Vej. Lobão *Acç. Summ. Diss.* 2.

A capacidade do herdeiro, ou legatario basta que exista: *a*) ao tempo da morte do testador, em que segundo o nosso direito se defere a successão: *b*) ou ao tempo da verificação da condição, se a deixa é condicional. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 37., *Cod. da Sard. art.* 706. Outra cousa era por direito romano, pelo qual se exigia a capacidade do herdeiro nos tres tempos da celebração do testamento, da morte do testador, e da adição. *L.* 49. §. 1. *D. de haered. inst.*

II. *Da disposição e distribuição dos bens*, a) *havendo herdeiros necessarios.*

§. 691. II. O testador, que deixa herdeiros *necessarios*, sómente póde dispor da terça (§. 347.). Por tanto se os não institue, ou desherda legalmente: 1.° o testamento val, se nas disposições não foi offendida a legitima. *Ord. L.* 4. *tit.* 82. *pr.* 2.° Se a offende, os herdeiros offendidos podem invalidal-o só na parte, em que estão prejudicados; devendo porém cumprir-se os legados, até onde chegar a terça. §. 1. 3.° O mesmo tem logar no caso de não proceder a desherdação. §. 2. 4.° Annulla-se *in totum: a*) se o testador os preteriu, porque os reputava mortos, ou ignorava a sua existencia, §. 3.; *b*) bem como se depois do testamento lhe nasceu algum filho legitimo, que vivesse ainda ao tempo da morte do testador; por se presumir, que mudaria de vontade, se soubesse a existencia de taes herdeiros. §. 5.

Nesta parte a *Ord.* desviou-se do direito romano, segundo o qual todo o testamento, em que os filhos eram preteridos, podia annullar-se pela *querela inofficiosi.*

b) *Havendo irmãos.*

§. 692. Como os irmãos não são herdeiros necessarios, não é o irmão obrigado a dispor em favor delles. Porém se em vez delles instituiu uma pessoa *infame*, póde o irmão querelar o

testamento, excepto: 1.° se elle for igualmente infame: 2.° se commetteu contra o testador ingratidão; *a*) procurando-lhe a morte; *b*) tendo ajuntamento com sua mulher; *c*) accusando-o criminalmente; *d*) ou causando-lhe a perda de todos, ou da maior parte dos bens. *Ord. L.* 4. *tit.* 90. Esta acção de querela differe da de nullidade em que prescreve por cinco annos, não tendo o querelante estado legitimamente impedido, *L.* 8. §. *ult. D. de inoff. testam.*; e em que não se dá a favor dos herdeiros, excepto se tiver sido intentada em vida do defuncto. *L.* 5. *Cod. eod.*

Sendo nesta especie annullado o testamento, subsistem os legados, Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 53.; e por conseguinte os irmãos só podem pedir as duas partes da herança á maneira dos herdeiros necessarios. Waldeck §. 393. A *Ord. cit.* indica, quaes sejam para este fim as pessoas infames.

O irmão, que deixou passar os cinco annos desde a adição da herança do instituido, poderá depois ainda intentar a acção de nullidade?

Sendo muitos os herdeiros, uns infames, outros não: que parte podem pedir os irmãos?

Terá logar a querela contra os legatarios no caso de o testamento não conter instituição de herdeiro?

c) *Em quanto á distribuição em geral.*

§. 693. Em quanto á distribuição dos bens, é válido o testamento: 1.° quer o testador disponha de toda a successão, ou sómente de parte della: 2.° quer institua um só, ou mais herdeiros, ou distribua a successão em legados. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 29., *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *artt.* 45. e 46., Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 8. 3.° Se o testador não nomeia herdeiro universal, o residuo, que sobejar, satisfeitos os legados e mais disposições, pertence aos herdeiros legitimos. *Cod.*

da Austr. art. 556., *cit.* Mell. §. 32., Lobão *Acç. Summ. Diss.* 8. §. 5. *e seg.* 4.° Pouco importam as palavras, de que se serve o testador na nomeação, pois só se deve attender a este respeito á sua vontade expressa, ou presumida. *L.* 13. *D. de haered. inst.*, *L.* 15. *Cod. de testam.* 5.° A designação do successor não póde ser deixada á escolha de um terceiro. Lobão *a Mell. cit.* §. 36. *n.* 6., *Cod. da Austr. art.* 564.

O systema testamentario do direito romano assenta sobre os dous principios fundamentaes: 1.° que a instituição expressa de um ou mais herdeiros universaes é da essencia dos testamentos, de maneira que na falta della o testamento é nullo, excepto se podér valer como codicillo, §. 34. *Inst. de legat.*; 2.° consequencia do primeiro, que ninguem póde morrer parte *testado*, e parte *intestado*, excepto os soldados: e por tanto á successão da mesma pessoa não podem concurrer os herdeiros legitimos e os testamentarios. Este systema foi seguido pelas Ordenações, como se vê especialmente do *L.* 4. *tit.* 83. §. 3., e *tit.* 86. *pr.*; e na conformidade delle escreveram os praxistas antigos até á reforma Josephina. Porém o uso, que a *Lei de* 18 *de Agosto de* 1769 mandou fazer do direito romano, unicamente quando fosse conforme com a razão, e os principios lançados no preambulo da outra *Lei de* 9 *de Set. do mesmo anno*, onde se acha expressamente proscripta a regra de que ninguem podia morrer parte testado, e parte intestado, e estabelecido o favor da successão legitima, vieram mudar a opinião, e formar outro systema conforme com o das nações modernas: o qual foi já seguido por Mell. *cit.* §. 29., e por Gouvêa Pinto *Tract. dos Testam. cap.* 11. — Lobão *a Mell. na Diss.* 8., não se atrevendo a fixar decididamente a mesma doutrina, com tudo vem de alguma maneira a coincidir nella, em quanto desde o §. 41. enumera alguns casos, em que os testamentos subsistem sem instituição expressa, e principalmente quando no §. 31. sustenta o testamento, onde os bens se acham todos distribuidos em legados. A *Ord. L.* 4. *tit.* 82. *pr.* contém uma especie de testamento válido sem instituição. Alguns impugnam o argumento, que della se deduz, supondo neste caso a instituição tacita. Se admittimos essa presumpção, porque a não havemos de suppor em todos os outros testamentos sem instituição expressa, a favor dos herdeiros legitimos?

Na verdade no direito romano aquellas duas maximas são consequencia uma da outra, e tão connexas, que uma se não

póde proscrever, sem destruir todo o systema: pois como os Romanos sómente diziam herdeiro aquelle, que succede *in universum jus defuncti*, e que em tudo fica representando a pessoa deste, se se permittisse concurrer á successão o nomeado no testamento com o legitimo, o primeiro não succedia *in universum jus*, não era rigorosamente herdeiro; e então admittir-se-hia um testamento sem instituição. Por tanto a reprovação expressa da maxima *pro parte testatus*, e *pro parte intestatus*, que se acha no preambulo da *Lei de 9 de Set.*, veio revogar a necessidade da instituição, e todo o systema das *Ordenações*, que se fundava nessas maximas, e que o legislador não podia ignorar. E supposto que grande numero dos §§. desta Lei foram suspensos pelo *Decr. de 17 de Julh. de 1778*, nesta suspensão não foi comprehendido o preambulo, nem por conseguinte os principios geraes, que nelle se contém.

Como todos combinam em que taes disposições valem, senão como testamentos, ao menos como codicillos, a questão vem quasi a ser de nome, e sem importancia na practica.

aa) *Entre os herdeiros nomeados.*

§. 694. Quando o testador dispoz da universalidade da herança em favor de muitos: 1.° se foram nomeados sem determinação de partes, succedem por igual, dividindo-se a herança por cabeça, §. 6. *Inst. de haered. inst.*; excepto quando alguns fossem nomeados conjunctamente, com indicio de o testador os considerar como uma só pessoa: v. g., *Instituo Pedro, e os filhos de Antonio. L.* 11. e 13. *D. eod.* 2.° No caso de serem determinadas as partes, o residuo, se sobejar depois de estas satisfeitas, pertence a todos em proporção da sua respectiva parte. §. 7. *Inst eod.*, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 264. 3.° Se foram determinadas as partes de alguns, e as de outros não, *a*) estes ultimos recebem o residuo, que ficar dos primeiros. *Cit. Cod. art.* 286. *b*) Se não sobejar residuo, desfalca-se *pro rata* nas partes determinadas, tanto quanto seja necessario para perfazer aos

não providos uma parte igual á menor designada. *Cit. Cod. art.* 269., *Cod. da Austr. art.* 554. *e seg.*

bb) *Quando concorrem com legatarios.*

§. 695. 4.° Quando o testador assignou a algum dos coherdeiros uma cousa determinada, ou com preferencia aos outros, ou pela sua parte da herança, deve este ser considerado, como legatario particular, relativamente a essa cousa. *Cit. Cod. artt.* 262. e 263. *a*) E por conseguinte, quanto a ella, nem entra no residuo, nem na quotização para as porções dos outros. *Cit. Cod. art.* 271. *b*) Se é herdeiro necessario, e esse legado lhe foi deixado com preferencia, não perde por isso o direito á sua legitima. *Cit. Cod. art.* 272., *Cod. Civ. Fr. art.* 919. 5.° Se a herança é toda exhausta em legados, os herdeiros instituidos na universalidade, se os houver, nada podem pedir por este fundamento; porque entre nós nunca foi usada a lei Falcidia, nem o Senatusconsulto Trebelliano. Mell. *L.* 3. *tit.* 7. §§. 21. e 22., *cit. Cod. art.* 275.

Por direito romano a lei Falcidia concedia ao herdeiro instituido a faculdade de levantar sempre livre a quarta parte da herança *(dodrans)*, descontando-a, se fosse necessario, nos legados. *L.* 1. *pr. D. ad legem Falcid.* Pelo SCto Trebelliano foi este mesmo favor concedido ao herdeiro fiduciario, que tinha de restituir a herança deixada em fideicommisso, *L.* 1. §. 20, *D. ad SCtum Trebell.*—Lobão na *Diss.* 9. *ás Acç. Summ.* pretendeu sustentar o uso destas leis entre nós, contra o voto geral de todos os praxistas.

cc) *Relativamente á solução dos encargos, e dos legados particulares.*

§. 696. 6.° Os legatarios a titulo universal, como são parciarios, são sujeitos ás dividas, e encargos da herança *pro rata*, ou concorram sós, ou com herdeiros. *Cod. Civ. Fr. artt.* 871. e 1012. 7.° A mesma obrigação lhes incumbe, em quanto á satisfacção dos legados particulares: porém no caso de concorrerem com herdeiros legitimarios, como estes recebem intactas as legitimas, aquelles legados são satisfeitos pelos legatarios a titulo universal, concurrendo os herdeiros, apenas nos que receberem além da legitima, *pro rata* do excesso. *Cit. Cod. art.* 1013. 8.° Se a herança foi toda distribuida por legatarios particulares, estes devem satisfazer as dividas e mais encargos *pro rata. Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 352.

dd) *Do direito de accrescer.*

§. 697. Chama-se *direito de accrescer* aquelle, pelo qual um coherdeiro, ou collegatario percebe a porção do outro nomeado *conjunctamente*, que não pôde, ou não quiz acceital-a. Este direito: 1.° tem logar, ou o socio não acceite, por fallecer antes do testador, ou por incapacidade, ou renuncia. 2.° Porque é fundado na vontade presumida do testador, só se verifica nos herdeiros, ou legatarios nomeados *conjunctamente*, e na falta de substituição. 3.° Quando não tem logar o direito de accrescer, a porção vaga das heranças cede para os herdeiros *ab intestato*, a dos legados para os herdeiros instituidos. *Cod. da Austr. art.* 560. *e seg.*, *Cod. Civ. Fr. artt.* 1044. e 1045., §. 8. *Inst. de legat.*

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Not. GG.)

III. *Em quanto á modalidade:* 1.° *disposição pura.*

§. 698. III. A herança, ou legados, podem ser deixados, ou *pura* e simplesmente, ou *debaixo de condição*, *a certo tempo*, *para certo fim*, e finalmente por *certa causa*. Os deixados *puramente* passam logo desde a morte do testador para o herdeiro, ou legatario, se lhe sobreviveu, o qual os transmitte a seus successores, *L.* 50. *D. de reivind.*, *L.* 80. *de legat.* 2.°; e não só em quanto ao dominio das heranças, mas tambem em quanto á posse. *L. de* 9 *de Nov. de* 1754.

2.° *Condicional:* a) *sob condição impossivel.*

§. 699. A condição impossivel, imposta ao herdeiro, ou legatario, tem-se por não escripta. *L.* 6. 15. e 27. *D. de condit. inst.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 900., e *da Sard. art.* 821. Por *impossiveis* entendem-se não só as que o forem absolutamente, mas tambem: *a*) as que o forem relativamente áquelle, que tem de as cumprir, v. g., se casar, tendo o herdeiro ordens sacras: *b*) as inintelligiveis: *c*) bem como as inuteis, ou irrisorias, tendo pelo juiz sido julgadas taes com audiencia dos interessados. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 4. *artt.* 132. 134. e 135. *d*) A condição *si non nupserit* conta-se entre as impossiveis, por offensiva dos bons costumes, e do interesse publico. *L.* 22., *L.* 72. §. 5., e *L.* 100. *D. de condit. et demonstr. e*) Não assim a outra *si in viduitate permanserit*, sendo imposta a viuvo, ou viuva, que tenha filhos, por se presumir nella o justo fim de os favorecer. Lobão *a Mell. Diss.* 9. §§. 38. e 39.

Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 33. entendeu, que a herança, deixada

sob condição impossivel, se devia julgar nulla. O mesmo se acha no *Cod. da Pr. cit. art.* 131.: e o *Cod. da Austr. art.* 698. annulla a disposição, quando a condição é suspensiva; mas se é resolutiva, julga-a não escripta.

b) *Effeitos da condição.*

§. 700. Na herança, ou legado, deixado debaixo de condição suspensiva: 1.° o herdeiro ou legatario adquire logo desde a morte do testador o direito resoluvel ao legado, ou herança: 2.° o qual transmitte a seus herdeiros, ainda que morra antes de verificada a condição, Mell. *L.* 3. *tit.* 6. §. 13.; *a*) excepto se estes não podem satisfazer a condição potestativa, por ser pessoal, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 4. *artt.* 161. e 162., e *tit.* 12. *art.* 485.: *b*) ou se da expressão do testador constar ter sido outra a sua vontade. Valasc. *Cons.* 171. *n.* 9. 3.° Porém só tem acção para pedir a cousa deixada, depois da existencia da condição; e no intervallo a posse, e fructos dos legados pertencem aos herdeiros instituidos, e a das heranças aos legitimos. *Cit. Cod. tit.* 12. *art.* 478. 4.° Entre uns e outros dão-se os mesmos direitos e obrigações, que na substituição fideicommissaria: sendo considerados como fiduciarios, *aa*) no caso da condição suspensiva, os herdeiros legitimos; *bb*) e no caso da resolutiva pelo contrario, os instituidos; applicando-se a mesma regra aos legados. *Cod. da Austr. artt.* 707. e 708.

Nas leis romanas, o direito eventual dependente de condição suspensiva transmittia-se aos herdeiros, se era fundada em convenção, *L.* 57. *D. de verb. oblig.*, §. 25. *Inst. de inut. stip.*: não assim nas disposições de ultima vontade. *L.* 4. e 5. §. 1. *D. quando dies legat.* Não é possivel descobrir a razão justa e satisfactoria desta differença: talvez se presumisse que nas instituições e legados o testador sómente quiz beneficiar a pessoa do herdeiro, ou legatario, em attenção ao conhecimento, que della tinha. O citado Mell. adoptou a regra geral do direito romano de que se transmitte aos herdeiros e legatarios o direito eventual; a qual se acha tambem no *Cod. da Pr. cit.*

3.° *A certo termo.*

§. 701. Na nomeação do herdeiro ou legatario póde ser imposto o *termo*, ou suspensivamente como época, em que se verifique a execução da deixa *(ex die)*: ou resolutivamente, como termo della *(ad diem)*. Em quanto á transmissão, os effeitos do termo são os mesmos, que os da condição. Antes de verificado o termo suspensivo, ou depois do resolutivo da herança, succede egualmente o herdeiro legitimo; e nos legados succede o herdeiro testamentario. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 32. *(Veg. o §.* 106.*)*.

Por direito romano §. 9. *Inst. de haered. inst.* o dia fixado na instituição de herdeiro reputava-se inutil, pelo seu principio de que ninguem podia morrer *pro parte testatus, pro parte intestatus*. Devia porém respeitar-se na nomeação dos legados. *L.* 1. *D. de cond. et dem.*

4.° *Para certo fim, ou modo.*

§. 702. Se o testador designa o *fim*, ou *modo*, com que deixa a herança, ou legado *(modus)*, o instituido: 1.° adquire-a logo pela morte do testador. 2.° Deve porém cumprir o fim imposto. *Cod. da Pr. cit. tit.* 12. *art.* 509. (§. 107.). 3.° Se não foi marcado tempo, entende-se em quanto for possivel o seu cumprimento. *Cit. Cod. tit.* 4. *art.* 156. 4.° Os interessados podem pedir-lhe caução. *L.* 17. *D. de leg.* 3.° —5.° Se sem culpa sua se tornou impossivel o cumprimento do fim na fórma determinada, deve ser substituido por outro o mais analogo á intenção do testa-

dor; e não podendo isto ser, fica o instituido alliviado do cumprimento. *Cit. Cod. tit.* 12. *art.* 511. 6.° Mas se se tornou impossivel por sua culpa, perde a deixa *Cit. Cod. art.* 510. 7.° Se do teor da disposição, e das circumstancias se colhe, que o testador teve em vista só o interesse do nomeado, essa designação reputa-se *fim*, ainda que seja enunciada em fórma de condição. *Cit. Cod. art.* 508.

5.° *Por certa causa.*

§. 703. Finalmente se o testador ajunta a *causa*, ou motivo da deixa, entende-se que sómente o fez por melhor explicação: e por tanto, ainda que seja falsa, nem por isso annulla a nomeação; excepto se se provar, que a vontade do testador assentou unicamente nesse motivo erroneo. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 7. §. 12. *n.* 1. (§. 108.). Aquelle, que enganou o testador, e foi causa voluntaria do seu erro, não póde d'ahi tirar utilidade. *Cod. da Pr. cit. tit.* 4. *art.* 148. Da mesma maneira a *falsa demonstração* não annulla a disposição, uma vez que se entenda a pessoa, ou cousa, que o testador quiz indicar. §§. 29. e 30. *Inst. de legat.*

CAPITULO III.

DOS LEGADOS PARTICULARES.

Regras geraes sobre os legados.

§. 704. Porque as leis nem restringem especialmente a liberdade de legar, á excepção dos casos, que ficam indicados, nem estabelecem para os legados formalidade alguma especial:

1.° é válido qualquer legado deixado em testamento, uma vez que se entenda a vontade do testador, quaesquer que sejam as expressões, ou fórma, de que elle se serviu. 2.° A sua vontade expressa, ou presumida é o meio de decidir as duvidas, que se offerecerem sobre a intelligencia do legado.

Cumpre fazer distincção entre *legados profanos*; e *legados pios*, os quaes são todos aquelles, em que o testador teve em vista expressar a sua devoção, ou piedade, como os suffragios pela sua alma, as deixas ás igrejas, aos estabelecimentos de instrucção, ou beneficencia. A estes concediam os antigos praxistas muitos favores, principalmente em quanto ás formalidades da disposição, que hoje ou não têm logar, ou não são respeitadas. Quando são deixados a estabelecimentos, que representam pessoas moraes, a esses compete acção para os pedir; quando são deixados a pessoas indeterminadas, como aos pobres, para missas, compete ao Administrador do Concelho, e ao Ministerio publico promover a sua execução, assim como a de todos os legados *pios* em geral. Vej. Boehmer. *exercit.* 80. *De privileg. legat. pior.*, e Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 6. §. 22.

Neste Capitulo recorremos ao direito romano, combinado com os codigos modernos, no qual esta doutrina se acha mui minuciosamente exposta nos Livros 30. 31. e 32. *do Dig.* Entre nós nada se encontra a este respeito nem na legislação antiga, nem na moderna, nem em tractado especial de praxista.

Objecto dos legados particulares.

§. 705. Podem ser objecto destes todas as cousas alienaveis, e de que o legatario póde tirar utilidade; e por tanto: 1.° não só as presentes, mas tambem as futuras, como os fructos, §. 7. *Inst. de legat.*; 2.° as cousas proprias do herdeiro, *L.* 67. §. 8. *D. de legat.* 2.°, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 374.; 3.° os direitos, ainda que impostos sobre cousa alheia, como as servidões, *L.* 41. *pr. D. de legat.* 1.°; 4.° quaesquer acções, ou factos honestos, que o herdeiro possa

practicar. *L.* 12. *D. de legat.* 3.°, *cit Cod. da Pr. art.* 387.

Tambem podem ser objecto do legado a propria divida, que o testador devia ao legatario, ainda que nesta especie propriamente não se dá legado, senão por alguma utilidade, que delle resulte ao legatario: v. g., se o legado é de maior quantia, do que a divida; ou a torna pura, sendo antes condicional; ou se fica com mais segurança. §. 14. *Inst. eod.* Se o testador se enganou, legando o que não devia, val o legado: bem como o de cousas alheias, uma vez que o testador soubesse que o eram. Neste ultimo caso o herdeiro é obrigado a compral-as; mas se o dono recusa vendel-as, satisfaz, dando a estimação. §. 4. *Inst. eod.*, *Cod. da Pr. cit. art.* 378. Se ao tempo da morte do testador o legatario possuia já a cousa alheia por titulo oneroso, tem direito á estimação; e se por titulo lucrativo, caduca o legado, *cit. Cod. artt.* 379. e 380. O *Cod. Civ. Fr. art.* 1021. declara nullo o legado de cousas alheias, bem como o *da Austr. art.* 662.

Do legado do crédito, ou obrigação.

§. 706. Legado o crédito, ou dividas activas do testador *(legatum nominis)*, 1.° o herdeiro satisfaz, entregando os titulos. *L.* 105. *D. de leg.* 1.°, *L.* 18. *Cod. eod.* 2.° O legatario sómente tem direito aos juros vencidos desde a morte do testador, excepto se da disposição se podér entender outra cousa. *Cit. Cod. da Pr. tit.* 12. *art.* 408. 3.° Se a divida se acha perdida, ou extincta, é por conta do legatario, excepto *a*) se o devedor a compensa com outras dividas contrahidas pelo testador posteriormente á celebração do testamento, porque então póde o legatario pedir o capital legado, *cit. Cod. art.* 411.; *b*) bem como se tendo o testador recebido a quantia legada, ella se acha por sua morte reservada em separado, *L.* 11. §. 13. *D. de legat.* 3.°; *c*) ou a tinha dado de novo a juros. *L.* 64. *D. eod.* Porém se o testador, para satisfazer as suas necessidades,

necessidades, começou a demandar o devedor, ainda que não concluisse o litigio, entende-se revogado o legado. Voet *ad Pand. L.* 30. *n.* 23.

Do legado da divida do proprio legatario.

§. 707. No legado ou perdão da divida, que o proprio legatario deve ao testador *(legatum liberationis)*: 1.° entende-se perdoado, não só o capital, mas tambem os juros accumulados, ou sejam vencidos antes, ou depois do testamento, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 425.; 2.° mas não os créditos posteriores á celebração do testamento, se o testador o não indica. *Cit. Cod. da Pr. art.* 426. 3.° Para se entender perdoada a divida, basta que o testador mande entregar o titulo, ou o penhor. *Cit. Cod. art.* 427. 4.° Se por morte do testador o legatario nada deve, caduca o legado. *Cit. Cod. art.* 429. 5.° O legado deixado ao crédor não se entende em compensação da divida, se não ha indicios de ser outra a vontade do testador. Silv. *ad Ord. L.* 4. *tit.* 31. §. 11., *Cod. Civ. Fr. art.* 1023., e *da Pr. cit. tit.* 12. *art.* 440.; excepto se é deixado a criados, crédores de soldadas. *Ord. L.* 4. *tit.* 31. §. 11.

Por direito romano a entrega do penhor sem declaração não importava o perdão da divida. *L.* 1. §. 1. *D. de liber. leg.* A respeito do legado deixado aos crédores, Mell. *L.* 3. *tit.* 7. §. 7. segue o contrario.

Do legado de opção, ou quantidade.

§. 708. Se o legado é *de especie*, ou de uma cousa, de que ha muitas na herança, e em que por conseguinte tem logar a opção: 1.° esta compete ao herdeiro, ou legatario, conforme a expressão do testador é dirigida a um,

ou ao outro. *L.* 108. §. 2. *de legat.* 1.°, *Cod. da Pr. cit. artt.* 390. e 391. 2.° No caso de duvida compete ao legatario. §. 22. *Inst. eod.* 3.° Sendo a escolha do herdeiro, deve dar uma, que não seja a peior. *L.* 110. *eod.* 4.° Sendo do legatario, póde escolher a melhor. *Cit. Cod. da Pr. art.* 393. 5.° Legada uma quantidade indeterminadamente, a escolha da qualidade pertence ao herdeiro. *L.* 4. *D. de tritic., vin., ol. leg.* 6.° Legada uma especie sem determinação de quantidade nem de qualidade, devem-se ao legatario todos os objectos daquella especie existentes na herança, v. g., o vinho; excepto se alguns delles forem pertenças de uma propriedade, e o testador não declarasse serem comprehendidos. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 401. e 402. 7.° Legado um objecto, ainda que o não haja na herança, v. g., certa quantia, o herdeiro deve procural-a para satisfazer, *L.* 12. *de legat.* 2.°; excepto se o testador a demonstrou especificamente, ou se referiu ás existentes na herança, e ella não existe. *Cit. Cod. art.* 403. 8.° Legado um dote, entende-se proporcionado ao que os paes da pessoa dotada com uma fortuna ordinaria lhe poderiam dar. *Cod. da Austr. art.* 670.

Do legado de rendas annuaes, ou usufructo.

§. 709. 1.° O legado de prestações annuaes, ou periodicas, ou usufructo, sem determinação de tempo, entende-se durante a vida do legatario. *Cit. Cod. da Pr. art.* 421. 2.° Se o legatario for uma corporação, ou pessoa moral, o legado do usufructo sómente dura por cincoenta annos: o de pensão annual legalmente constituido deve-se, em quanto durar a corporação. *Cit. Cod. artt.* 423. e 424. 3.° Se o legado é imposto sobre

certas rendas annuaes, o legatario não póde pedir mais, do que o producto dessas rendas: entretanto a falta de um anno deve ser supprida pelo excedente dos tres annos subsequentes. *L.* 13. *D. de trit., vin., ol. leg., cit. Cod. artt.* 419. e 420.

Vencimento do legado.

§. 710. 1.° A propriedade do legado passa para o legatario, *etiam ignoranti*, logo desde a morte do testador, debaixo da condição tacita, se o não rejeitar. *L.* 80. *D. de legat.* 2°. — 2.° Mas nem por isso o póde pedir, em quanto não findar o termo de deliberar, concedido ao herdeiro, se o testador não dispoz de outra fórma, *cit. Cod. da Pr. art.* 294.; ou em quanto pende o litigio sobre a validade do testamento. *Cit. Cod. art.* 295. 3.° No entretanto a administração compete ao herdeiro, o qual *a*) deve entregar todos os accessorios, e fructos percebidos, *cit. Cod. artt.* 305. e 307., Lob. *Acç. Summ.* §. 355.; *b*) bem como os restos, se elle pereceu sem culpa sua, Mell. *L.* 3. *tit.* 7. §. 17.; *c*) e é responsavel pela culpa leve. *L.* 26. §§. 1. e 47. §§. 4. e 5. *D. de legat.* 1.° — 4.° No legado de prestações annuaes, sem outra declaração, o primeiro vencimento verifica-se logo pela morte do testador, e os outros vencimentos no principio de cada um dos annos subsequentes; de maneira, que o direito de o receber transmitte-se aos herdeiros do legatario, que morreu depois do dia do vencimento. *L.* 12. *D. quand. dies leg.*, *L.* 8. *de ann. leg.* 5.° No legado deixado debaixo de condição suspensiva, ou *ex die*, os fructos até á condição são do herdeiro (§. 700.).

Se o legado consta de cousa incerta, v. g., 100$000 rs.

é claro, que o legatario não tem a propriedade, mas só o direito de pedir o legado.

Por direito romano o herdeiro só era obrigado a restituir os fructos do legado, desde que elle foi pedido, excepto dos legados pios. *L.* 46. §. 4. *Cod. de episc. et cler.*, *Nov.* 131. *cap.* 12. Pelo *Cod. da Sard. art.* 854., se a cousa legada é rendosa, v. g., predios, capitaes a juros, o legatario tem direito aos fructos desde a morte do testador; mas em outros quaesquer bens só o tem, se este o declarou, ou se consta de prestações a titulo de alimentos. Se o legado porém é de certa quantia sem mais designação, sómente se devem juros desde a demanda.

Direitos e obrigações geraes do legatario.

§. 711. 1.° O legatario deve pedir o legado aos herdeiros testamentarios; na falta destes aos legitimos. Se não ha herdeiros, os mesmos legatarios são para este fim reputados herdeiros, Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 54.; excepto quando o testador tiver incumbido a sua solução especialmente a algum dos herdeiros, ou dos mesmos legatarios. 2.° A cousa legada passa com todos os encargos, nella impostos ao tempo da morte do testador. *Cod. da Pr. cit. art.* 325. Se ella estava hypothecada pelo testador, o herdeiro não é obrigado a desempenhar; porém o legatario, pagando, fica subrogado no direito do crédor contra o herdeiro. *Cod. Civ. Fr. artt.* 1020. e 1024. 3.° As despesas e risco da entrega do legado são por conta do legatario, se o testador não dispoz de outra fórma. *Cit. Cod. da Pr. art.* 312. 4.° O legatario sob condição suspensiva, ou *ex die*, póde pedir caução ao herdeiro, se o testador o não desobrigou: e *vice versa*, o herdeiro ao legatario, se a condição é resolutiva, ou o legado deixado *ad diem*, ou em fórma de fideicommisso. *L.* 1. §. 6., *L.* 18. *D. ut leg. serv. caus. cav.*

Na *L.* 57. *D. de legat.* 1.°, e na 6. *Cod. de fideicomm.* im-

põe-se ao herdeiro a obrigação de desempenhar a cousa legada, não havendo presumpção de ter sido outra a vontade do testador. Se a não desempenha; ou o legatario paga, e então tem logar o que deixamos dito no §.: ou o crédor a faz arrematar, e então tem o legatario acção contra o herdeiro pela indemnização. (Vej. o §. 696.)

Privação dos legados.

§. 712. Fica sem effeito o legado por vontade do testador expressa, ou presumida: 1.° se em testamento, ou por outro acto solemne, expressamente o revogou, *pr. Inst. de adempt. leg.*; 2.° se apparece riscado no testamento por mão do testador, *L.* 1. *D. de his, quae in test. del.*; 3.° se o testador em sua vida deu a outrem a cousa legada, *L.* 18. *de adim. vel transf.*, ou a alienou, provando-se animo de revogar o legado, *L.* 11. §. 12. *de legat.* 3.°; 4.° se a transformou, reduzindo-a a nova especie. *L.* 88. *eod.* Sem vontade do testador: 5.° se a cousa certa pereceu sem culpa, nem móra do herdeiro, §. 16. *Inst. de leg.*: 6.° se o legatario a adquiriu em vida do testador por titulo lucrativo. §. 6. *eod.* Os legados podem caducar da mesma maneira, que as heranças, *a*) por morrer o legatario antes do testador; *b*) ou por se não verificar a condição; *c*) se o renunciou; *d*) ou se tornou indigno. Waldeck §. 474., Lobão *Acç. Summ.* §. 185. *e seg.*

CAPITULO IV.

DAS SUBSTITUIÇÕES.

Noção, e divisão mais geral de substituição.

§. 713. Substituição é a designação, feita pelo testador, da pessoa, para quem deve passar a herança, ou legado, na falta do herdeiro, ou legatario. Waldeck §. 415. Póde ser determinada de duas maneiras: ou para o caso de que o herdeiro não chegue a acceitar a herança, ou morra no estado de pupillo, ou demente, e então chama-se *directa;* ou designando aquelle, para quem devem passar os bens por morte do herdeiro, que acceitou, e chama-se *fideicommissaria*, ou *compendiosa.* Como o substituto succede no logar do herdeiro, ou legatario, exige-se nelle a mesma capacidade, que nestes.

Nem nas Ordenações, nem nas leis antigas se acha o artigo das *substituições*, o qual foi pela primeira vez colligido na *Ord. Philippin. no L. 4. tit.* 87., quasi fielmente copiado do direito romano do *til. do Digesto de vulgari et pupillari substitutione.* Mello, attribuindo o favor, de que por este direito gozavam as substituições, á sabida maxima dos romanos *ignominiosum esse sacra privata, vel domestica perire;* e attendendo ao principio dominante da legislação Josephina, de que deviam antes favorecer-se as successões legitimas; não hesitou em escrever no *L.* 3. *tit.* 5. §. 55. *not.*: « *e republica esse videbatur, ut substitutionum usus speciali lege proscriberetur.* » Nós, que hoje não somos tão austeros, ainda que não respeitemos a razão da *Ord.* — *para que os testadores tivessem mais facilmente quem acceitasse suas heranças* —, com tudo entendemos que as suas disposições a este respeito não são dignas de censura.

Os legisladores Francezes no *art.* 896. *do Cod.* escreveram = *Les substitutions sont prohibées.* = Porém no *art.* 898. vê-se admittida a vulgar, ainda que com outro nome; e nos *artt.* 1048. e 1049. permittiram a fideicommissaria nos dois casos: 1.° do pae, que deixa a seu filho alguma cousa além da legitima, para a transmittir aos netos filhos deste mesmo: 2.° dos

irmãos, que, não tendo herdeiros necessarios, deixam seus bens a outros irmãos, com a obrigação de os transmittir a seus filhos.

I. *Da directa*, a) *vulgar.*

§. 714. I. A *directa* póde ser de tres maneiras: 1.ª *vulgar*, a qual consiste na simples designação da pessoa, que deve succeder em logar do herdeiro, que não acceita: ou por não poder; ou por não querer. Estas duas causas subentendem-se, ainda que o testador sómente mencione uma, ou nenhuma. *Ord. L. 4. tit.* 87. §§. 1. e 2. Caduca, *a*) se o substituto morre antes do herdeiro: *b*) pela acceitação deste, excepto se a reclama pelo beneficio da restituição. *Cit. Ord.* §. 3. O direito do substituto, que morre depois do testador, mas antes da decisão do herdeiro, transmitte-se aos seus herdeiros. *L.* 19. *Cod. de jur. delib.*, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 462.

Na substituição directa será permittido nomear segundo substituto, para o caso de que o primeiro não acceite; e assim por diante? Parece-nos que nisso não ha inconveniente; e é frequente na práctica, principalmente nas nomeações dos prazos. *Cod. da Austr. art.* 604.

b) *Pupillar.*

§. 715. Chama-se *pupillar* a que é feita pelo pae a seu filho para o caso de este morrer antes da puberdade. Fica sem effeito: *a*) se o filho não acceitou a herança: *b*) logo que completou os quatorze annos de idade, sendo varão, e doze sendo femea. *Cit. Ord.* §. 7. *e seg.* Se do pupillo ficam herdeiros necessarios, só póde verificar-se na terça, porque a disposição do pae não podia offender as legitimas. Guerr. *Tr.* 2. *L.* 5. *cap.* 11. *n.* 24. Não póde ser feita pela

mãe, nem pelos avós; porque resulta do patrio poder.

c) *Exemplar.*

§. 716. Chama-se *exemplar* a que é feita pelos paes, ou quaesquer ascendentes a seus filhos, ou outros descendentes, furiosos, mentecaptos, ou por outra causa natural impedidos de testar, para o caso de fallecerem durante aquelle impedimento. *Cit. Ord.* §. 11. Esta substituição fica sem effeito, *a*) se cessou o impedimento de testar, *b*) se nella foram preferidos os herdeiros necessarios, *c*) ou ainda os irmãos do substituto. *L.* 9. *Cod. de impub. et alior. subst.*

d) *Reciproca.*

§. 717. Quando o testador, instituindo muitos herdeiros, os declara substitutos uns dos outros, chama-se *reciproca.* No caso de os herdeiros serem pupillos, segue a natureza e effeitos da pupillar. *Cit. Ord.* §§. 5. e 6.

II. *Da fideicommissaria.*

§. 718. II. Na *substituição fideicommissaria*, ou simplesmente *fideicommisso*, o herdeiro, ou pessoa, que recebe os bens com o encargo de os transmittir, ou por sua morte, ou em outro caso determinado, chama-se *fiduciario*, ou *gravado:* aquelle, para quem elles devem passar, *fideicommissario*, ou *substituido.* Se o testador não determina os direitos e deveres respectivos de outra maneira, o fiduciario tem a propriedade dos bens, mas restricta e resoluvel, e é equiparado a um usufructuario. Por

isso: 1.° tem obrigação de fazer inventario, se o substituido o requer. Guerr. *Tr.* 1. *L.* 3. *cap.* 2. *n.* 6. 2.° Não póde dispor dos bens por doação, nem por testamento. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *artt.* 468. e 469.; 3.° nem mesmo vender, ou alienar por titulo oneroso: excepto para as suas necessidades pessoaes, *a*) se o testador sómente fez a substituição dos bens, que existirem ao tempo da morte do fiduciario, *L.* 54. *D. ad SCtum Trebell.*; *b*) se expressamente o desobrigou de fazer inventario, *cit. Cod. art.* 471.; *c*) sendo necessario vendel-os para satisfazer dividas, ou encargos da herança. Voet *ad Pand. L.* 36. *tit.* 1. *n.* 62. 4.° Deve restituil-os no estado, em que se achavam ao tempo, em que tomou conta; e por tanto sómente póde repetir as bemfeitorias necessarias, ou uteis, que augmentam o valor da successão; e é responsavel pelo dolo, culpa lata e leve. *Cit. Cod. artt.* 467., Guerr. *citt. nn.* 28. e 29.

Extincção do fideicommisso.

§. 719. A substituição fideicommissaria extingue-se, além do caso de nullidade da disposição: 1.° se o substituido *a*) é incapaz, *b*) ou se torna indigno, *c*) ou morre antes do testador: não assim, se morre antes do fiduciario, porque passa o direito para seus herdeiros. *L.* 41. §. 12. *Dig. de legat.* 3.°; 2.° não se verificando a condição. *L.* 102. *D. de legat.* 1.°; 3.° quando, sendo feita pelos paes, foram na substituição preteridos os descendentes herdeiros necessarios do fiduciario, por ser contra os deveres de piedade, *L.* 30. *Cod. de fideicomm.*, *L.* 102. *D. de condit. et demonstr.*; 4.° se os interessados transigiram, o que lhes é permittido. *L.* 1. *Cod. de pact.*, *L.* 11.

Cod. de transact. 5.° Cessa na parte, em que offende a legitima do fiduciario, se este era herdeiro necessario do testador. *Dig. Port.* 3. *art.* 1636. Extincto o fideicommisso, cessa a obrigação do fiduciario de o restituir. *L.* 38. §. 6. *D. de legat.* 3.°

Se o fiduciario morre antes do testador, poderá o fideicommissario pedir a herança? Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 5. §. 54. *n.* 2. inclina-se á affirmativa.

Poderá substituir-se fideicommissariamente em 2°. gráo, ou por diante? A *Ord. L.* 4. *tit.* 87. §. 12. não fala senão de um unico substituto; e essa serie de substituições teria os inconvenientes dos morgados irregulares.

CAPITULO V.

DA EXECUÇÃO DOS TESTAMENTOS.

Do testamenteiro.

§. 720. Chama-se *testamenteiro* a pessoa, ou pessoas encarregadas de cumprir as disposições do testador. Este cumprimento compete: 1.° áquelle, ou áquelles, a quem o testador mesmo o encarrega. 2.° Na falta de nomeação, ou se o nomeado não quer, ou não póde, pertence ao herdeiro: *a*) se as porções são desiguaes, ao mais beneficiado: *b*) e se a herança é dividida em legados, ao principal legatario. Guerr. *Tr.* 1. *L.* 4. *cap.* 6. *n.* 76., Pinheir. *App. Testam. n.* 47. *e seg.* 3.° O testamenteiro nomeado não póde ser obrigado a acceitar, excepto se recebeu o legado deixado para esse fim, ou se já principiou a cumprir. *Cit.* Guerr. *n.* 34. *e seg.* 4.° Quando os herdeiros são incapazes, o Administrador do Concelho póde extraordinariamente nomear para esse fim pessoa habil. Mell. *L.* 3. *tit.* 6. §. 15. 5.° Porque os testamenteiros são equiparados aos

mandatarios, não o podem ser aquelles, que se não podem obrigar, como os menores, as mulheres casadas sem auctoridade dos maridos; nem as suas funcções passam para os herdeiros delles. *Cod. Civ. Fr. artt.* 1029. e 1030. 3.° Sendo muitos, póde cada um practicar os actos necessarios; mas são todos responsaveis *in solidum*, se o testador lhes não separou as funcções. *Cit. Cod. art.* 1033.

Sobre o objecto deste Capitulo veja-se Pinheiro no *Appendix ao Tractado dos testamentos.*

Suas funcções, a) *em geral.*

§. 721. Os testamenteiros devem: 1.° cuidar do enterro e funeral do defuncto, *L.* 12. §. 4. *D. de relig. et sumpt. fun.*; 2.° dar cumprimento ás disposições do testamento dentro em anno e mez, contado desde o fallecimento; excepto: *a*) se o testador marcou outro prazo; *b*) se interveio legitimo impedimento, como ignorancia do testamenteiro, litigio sobre o testamento, ou herança. *Ord. L.* 1. *tit.* 62. §. 2. 3.° Póde obrigar o herdeiro para que lhe ministre os meios de satisfazer os legados; e se os legatarios o demandam, póde nomear á execução os bens da herança. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 6. §. 15. *n.* 2., Mor. *de exec. L.* 6. *cap.* 7. *n.* 72. 4.° O testamenteiro incapaz, que obra com dolo, ou não cumpre no tempo marcado, póde ser removido. *Cit. Ord.* §. 12.

Parece-nos que, quando o testamenteiro é um estranho, que não tem em seu poder os bens, os legatarios deverão por cautela demandar não só a elle, mas tambem ao herdeiro, para depois proceder á execução sem inconvenientes.

b) *Quando lhe foi encarregada a administração da herança.*

§. 722. Se o testador encarrega ao testamenteiro a administração da herança, ou parte della, quer directa, quer indirectamente, como mandando-lhe entregar aos herdeiros o residuo dos legados, então é equiparado ao cabeça de casal; e por tanto: 1.° deve fazer inventario. *Cit. Ord.* §. 19. 2.° Póde para o cumprimento fazer vender os bens, com tanto que seja em hasta publica, e com as formalidades legaes; excepto se o testador o auctorizar para os vender por auctoridade propria. *Cit.* Pinh. *n.* 84. Em nenhum caso porém póde comprar taes bens, nem por si, nem por interposta pessoa. *Cit. Ord.* §. 7.

Das contas.

§. 723. 1.° O testamenteiro é obrigado a dar contas, ainda que o testador o desobrigasse. *Cit. Ord. pr.* 2.° As verbas da despesa devem ser provadas ordinariamente; ou pelo seu juramento, quando são usuaes, de que se não costuma passar recibo, ou quando lhe foram pelo testador encarregadas em segredo. *Cit. Ord.* §. 21., Guerr. *cit. n.* 311. 3.° Póde pedir um premio pelo seu trabalho pessoal, o qual se lhe deve arbitrar em proporção das forças da herança, e costume do logar, Mell. *cit.* §. 15., quando o testador lh'o não assignou. *Cit.* Pinheir. *App. n.* 256. 4.° Porém todo o desembolso, que elle fez com o cumprimento, deve-lhe ser abonado, independente do premio. *Cod. Civ. Fr. art.* 1034. 5.° Ao Administrador do Concelho compete promover o cumprimento dos legados pios, e tomar nesta parte contas aos testamenteiros. *Cod. Adm.*

art. 248. *n.* 2. Porém todas as questões, que sobre isso se moverem, devem ser remettidas ás auctoridades judiciaes. *Port. de* 22 *de Maio de* 1840.

CAPITULO VI.

DA REVOGAÇÃO DOS TESTAMENTOS

Revogação: I. *por mudança de vontade do testador.*

§. 724. Um testamento revoga-se, — ou pela vontade do testador expressa, ou presumida, — ou por defeito do herdeiro, — ou em pena. I. O testador póde até á sua morte revogar, ou alterar o seu testamento em todo, ou em parte: 1.° por meio de outro testamento posterior, *válido e legal;* muito embora seja dos privilegiados. Se o anterior não é neste expressamente revogado, sómente o fica sendo na parte, em que se dispõe o contrario, *Cod. Civ. Fr. art.* 1036., e *da Sard. art.* 912.; 2.° ou por outro acto solemne feito por tabellião, e assignado pelo mesmo testador, e duas testemunhas. *Cit. Cod. art.* 1035., e *Dig. Port.* 3. *art.* 1883. 3.° Ainda que o segundo testamento venha a caducar, nem por isso o anterior se revalída: não assim, se se annulla por defeito das solemnidades legaes. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 5. §. 49. *n.* 4. —4.° Presume-se revogado o testamento, que na morte do testador apparece rasgado, ou aberto e riscado, obliterado, ou com outros indicios de inutilizado em cousa essencial. *L.* 1. §. 10. *D. de bon. poss. secund. tab.*, *L.* 1. §. 8. *si tab. test. null.*, *L.* 30. *Cod. de testam.* 5.° Cessa esta presumpção, se se provar que esta viciação, ou não foi pra-

cticada pelo testador; ou o não foi de proposito, e com animo de o revogar. Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 50., *Cod. da Austr. art.* 722. 6.° Se a riscadura, ou vicio é em parte, póde valer no resto, provando-se que o testador só quiz revogar aquelle artigo, e não todo. *L.* 2. *D. de his, quae in testam. del.*

Em direito romano no *tit. do Digesto de injusto, rupto, irrito, facto testam.*, e nos parallelos, acham-se os differentes modos, por que se annullavam os testamentos, os quaes nem todos se conformam com as nossas leis e costumes: e por isso adoptamos differente methodo de tractar esta doutrina.

O testamento nullo, ou o seja por defeito das solemnidades internas (*nullum* na phrase do direito romano), ou das solemnidades externas (*injustum*), assim como por aquelle direito, tambem pelo nosso é *ipso jure* sem effeito, tanto em quanto á instituição, como em quanto aos legados.

O testamento inofficioso, que pelo mesmo direito se rescinde pela querela *inofficiosi*, igualmente entre nós só deixa de ter effeito desde a sentença, que o rescindiu. Se a inofficiosidade provém da preterição de algum dos herdeiros necessarios, póde este usar da acção de nullidade, que dura trinta annos; porém se o preterido foi o irmão, só póde usar da querela nos termos da *Ord. L. 4. tit.* 90., a qual dura apenas cinco annos (§. 692.).

O testamento *irritum* por ter o testador soffrido a *capitis* diminuição, só se póde verificar hoje na especie da *Ord. L. 4. tit.* 81. §. 6.

Os Romanos diziam o testamento *ruptum* ou pelo nascimento do postumo, e deste já tractámos no §. 691.; ou por outro testamento posterior, de que tractamos no presente Capitulo; assim como do *caduco*, que os mesmos diziam *destitutum*.

Por direito romano §§. 2. e 3. *Inst. quib. mod. testam. inf.* o segundo testamento, ainda que nelle sómente se dispozesse de cousa certa, revogava *in totum* o primeiro, se o testador o não resalvava: o mesmo se encontra no *Cod. da Austr. art.* 713. Porém o *Cod. Civ. Fr.* determina, que se o primeiro não é expressamente revogado, só o seja nas disposições contrarias, ou incompativeis. Esta decisão vai coherente com o principio de que a instituição de herdeiro não é essencial: e por isso a adoptamos.

No caso do testamento viciado, a quem incumbe a prova de que esses factos foram, ou não, practicados pelo testador

consulto? Se ao interessado na validade, ou ao seu adversario? Lobão na *Diss.* 6. *Suppl. ás Segund. Linh.* §. 39. *e seg.* deixa a decisão dependente da consideração das circumstancias. Porém conforme a Mello no logar citado, parece mais juridico, que o juiz não deve fazer obra por um testamento viciado, que não é achado no estado regular, por ter contra si a presumpção; e que por tanto ao interessado na validade incumbe desvanecel-a.

É obvio, que os vicios no traslado do testamento feito em nota o não devem viciar. Porém se este traslado for achado em poder do testador com declaração por sua letra, e assignada, de que não quer que o testamento valha? O sabio auctor do *Dig. Port.* 3. *art.* 1882. decide pela revogação, citando o *Cod. da Pr. art.* 594. Mas esta disposição do *Cod. da Pr.* é restricta aos legados: e parece preferivel a da *L.* 27. *Cod. de testam.*, que não admitte outra revogação expressa, senão a feita *coram testibus*, ou *inter acta*.

II. *Por defeito do herdeiro, ou legatario.*

§. 725. II. O testamento fica sem effeito por defeito do herdeiro, ao que se chama *caducar*: 1.° se o herdeiro morre antes do testador, ou antes da condição suspensiva, nos casos, em que o direito de succeder não passa para seus herdeiros. *Pr. Inst. de haered., quae ab int.*, *Cod. Civ. Fr. artt.* 1039. e 1040. 2.° Se repudia a herança. §. 7. *Inst. eod.* 3.° Se se tornou incapaz, como por nascer abortivo, ou ser condemnado á morte, ou em virtude de profissão religiosa. *Ord. L.* 4. *tit.* 81. §. 4., *cit. Cod. art.* 1043. 4.° Caduca tambem, se o herdeiro não satisfaz os encargos, ou fim, por que lhe foi deixada a herança. *Cit. Cod. art.* 1046. No caso de caducidade, sómente fica nulla a instituição, ou o legado respectivo; mas os outros legados podem pedir-se aos herdeiros legitimos, ou a quem competir. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 5. §. 54. *n.* 2., *Novell.* 1. *cap.* 1. §. 1.

III. *Em pena.*

§. 726. III. Tambem se póde rescindir o testamento *em pena*, por *indignidade: a*) se o herdeiro attentou contra a vida do testador, *L.* 3. *D. de his, quae ut indign.; b*) se o accusou criminalmente por crime capital, que foi julgado calumnioso, *L.* 31. §. 2. *D. de adim. et transf. leg.; c*) se o injuriou gravemente, ou se declarou seu inimigo, excepto se se reconciliaram, *L.* 9. *de his, quae ut indign.; d*) se por força, ou fraude o obrigou a testar, ou lhe estorvou revogar o testamento feito, *Ord. L.* 4. *tit.* 84. §. 4.; *e*) se tentou annullar o testamento com o motivo de incapacidade do testador, ou por ser falso, ou inofficioso; não assim, se por defeito das solemnidades externas. *L.* 5. 15. e 24. *eod.* Neste caso devem ser, da mesma fórma que no caduco, satisfeitos os legados.

Veja-se o que a respeito dos indignos escrevemos no §. 344. Ainda que elles não percam a herança, senão depois da sentença, que julgou a indignidade, restituem com tudo os rendimentos, que receberam desde a abertura da successão. *Cod. da Sard. art.* 710. Como hoje não tem logar o confisco, é claro, que neste caso a herança passa para o herdeiro legitimo; mas se é o mesmo que foi julgado indigno, passa para o immediato, *arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 84.: se os immediatos são filhos delle, não póde o indigno obter o usufructo da successão. *Cod. Civ. Fr. art.* 730. Os legados particulares deixados a indignos cedem em proveito do herdeiro.

CAPITULO VII.

DOS TESTAMENTOS DE MÃO COMMUM.

O que seja testamento de mão commum.

§. 727. Pela praxe está admittido, que marido e mulher possam fazer sua disposição no mesmo papel e acto, ao que chamam *testamento de mão commum.* Póde fazer-se em tres fórmas: 1.ª *simultaneo*, quando não contém outra circumstancia, senão a disposição de ambos os conjuges em favor de terceiros: 2.ª *reciproco*, quando os conjuges se instituem um ao outro, qual delles sobreviver: 3.ª *correspectivo*, quando a disposição, ou reciproca, ou em favor das pessoas conjunctas de um, é determinada, expressa, ou presumidamente, como em retribuição da disposição do outro conjuge. Para a validade destes testamentos são necessarias as solemnidades communs: com a circumstancia de serem practicadas por um e outro as formalidades pessoaes dos testadores, como assignaturas, entrega da disposição ao tabellião, etc. Val. *Cons.* 7. *nn.* 3. e 4., Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 7. §. 27.

Na opinião de alguns praxistas o testamento de mão commum é permittido não só aos conjuges, mas tambem aos irmãos, que vivem em commum: porém o nosso praxista Gam. *Dec.* 231., primeiro que entre nós tractou esta doutrina, não faz menção senão dos entre conjuges. O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. *art.* 614. tambem só a estes os permitte.

O testamento *correspectivo*, diz o *cit.* Lobão §. 33., raras vezes se encontrará. Tal seria, por ex., aquelle, em que um dos conjuges dissesse, que em attenção ao outro o instituir a elle, ou aos seus parentes, elle instituia tambem tal parente deste. Talvez pertença tambem a esta classe o testamento reciproco, em que se impõe ao sobrevivo a obrigação de deixar os bens, que tiver por sua morte, a certa pessoa.

Como se revogam?

§. 728. No testamento *simultaneo* póde cada um dos conjuges revogar arbitrariamente a sua disposição respectiva; ficando subsistente a do outro, que se não revogou. *Cit.* Val. *n.* 5. Porém como no *reciproco* e *correspectivo* deve attender-se o fim da retribuição: 1.° pela revogação de um sem o consentimento do outro, entende-se revogada a disposição deste, em todas as vantagens concedidas ao primeiro, ou seus conjunctos, mas não em quanto ao resto da disposição. *Cod. da Pr. P.* 2. *tit.* 1. *art.* 486. 2.° Não se presume animo de revogar naquelle dos contestadores, que sem annullar o testamento, apenas faz alguma alteração nos legados ou disposições secundarias; mas quando destas alterações resulte algum prejuizo ás vantagens concedidas ao sobrevivo, devem nessa parte julgar-se nullas. *Cit. Cod. artt.* 487. e 488. 3.° Pela separação perpetua dos conjuges fica o testamento revogado, ainda que o não seja expressamente. *Cit. Cod. art.* 489. 4.° Depois que o sobrevivo acceitou a successão do predefuncto, já fica ligado para o não revogar pela sua parte; presumindo-se, que o predefuncto lh'a deixou em attenção ás vantagens correspectivas, que este lhe fazia. *Cit. Cod. art.* 492.

Os praxistas têm-se visto aturdidos para nos testamentos reciprocos e correspectivos conciliar o principio essencial da revogabilidade com o pacto, que nelles tacitamente se contém: = *Beneficio-te a ti, ou aos teus, porque tu me beneficias, ou aos meus.* = Uns, attendendo ao fim, ou causa da disposição, querem que a revogação de um induza a revogação do outro, e que o sobrevivo fique pela acceitação ligado para não revogar: outros respeitando a natureza das ultimas vontades, seguem, que deve ser inteiramente livre a cada um revogar, quando e como quizer. *Cit.* Val. *n.* 7. Para cortar estas difficuldades o *Cod. Civ. Fr. art.* 968. prohibiu taes testamentos. O *Cod. da Pr.* seguiu o meio termo, que deixamos extractado no §.

Poderá qualquer dos conjuges no caso de ter escripto este testamento, fundar-se nelle para pedir a herança, ou legado, que ahi lhe foi assignado? Pela negativa se acha decidido em Gam. *Dec.* 231. em execução das *LL. 1.* e *fin. D. de his, quae pro non script.* Entretanto Lobão *Acç. Summ. Suppl. Diss.* 1. §. 25., e o sabio auctor do *Dig. Port.* 3. *art.* 1608. seguem a affirmativa, tambem estabelecida no *Cod. da Pr. cit. art.* 484.

CAPITULO VIII.

DOS CODICILLOS.

Noção e solemnidades dos codicillos.

§. 729. Quando o testador não quer dispor da universalidade da herança, mas tão sómente de alguns bens, sommas, ou direitos determinados, póde-o fazer em codicillo, o qual é definido na *Ord. L.* 4. *tit.* 86. *pr.* — *a disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro.* Podem ser feitos pelas mesmas fórmas, que os testamentos, e para sua validade exigem-se as mesmas solemnidades: excepto, que nos codicillos bastam *a*) quatro testemunhas, ou sejam varões, ou femeas, além do tabellião ou escriptor: *b*) ou ainda tres, sendo feitos em pequenas povoações, quer por escripto, quer nuncupativamente. *Cit. Ord.* §§. 1. e 2.

A *Ord.* seguiu os principios do direito romano, o qual fazia da instituição de herdeiro a differença characteristica entre testamento e codicillo. Segundo o mesmo systema este póde ter logar, — ou concurrendo com testamento da mesma pessoa, ou seja anterior, ou posterior, — ou sem testamento. Lobão *a Mell. L.* 3. *tit.* 5. §. 56. Nós podemos dizer, o que escrevia Voet *ad Pand. L.* 29. *tit.* 7. *n.* 5. := *Nostros mores quod attinet, jura codicillorum cum juribus testamentorum confusa fere sunt.* = Admittido o principio de que nos testamentos não é essen-

cial a instituição (§. 693.), ficam confundidas estas duas especies de disposições; e como pela legislação moderna, sobre tudo pelo *Ass. de* 10 *de Junh. de* 1817., estão especialmente fixadas as solemnidades dos testamentos, sem ahi se exceptuarem os codicillos; a omissão de qualquer dellas põe em risco a disposição, quer appareça com o nome de testamento, quer com o de codicillo. Na moderna legislação franceza não se encontra menção de *codicillos:* e o *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. confunde-os com os testamentos: unicamente no *art.* 161. permitte deixar legados, que não excedam a vigesima parte da successão, em codicillos, sem ós sujeitar a outra solemnidade, senão serem escriptos e assignados pelo proprio punho do testador, e datados. O *Cod. da Sard. art.* 775. dá-lhes o nome de *Notas testamentarias*, e permitte-as, tendo-se em testamento anterior reservado a liberdade de as fazer, e sendo feitas nos mesmos termos indicados no *Cod. da Pr.*

Entretanto esta incerteza da nossa legislação póde dar occasião a questões difficeis de resolver. Apparece um testamento sem instituição, mas com a falta de uma testemunha. Poderá sustentar-se a sua validade, como codicillo?

É frequente nos testamentos a *clausula codicillar*, enunciada ou em termos especificos = *se não valer como testamento, quero que valha como codicillo* =; ou em termos geraes = *quero que valha por qualquer maneira, que ser possa.* = Sobre os effeitos desta clausula entre nós, não concordam os praxistas. O sabio Mell. *L.* 3. *tit.* 5. §. 57. julga, que por ella se sustenta o testamento nullo por defeito de solemnidades externas, uma vez que tenha as legaes dos codicillos; mas não, se a nullidade provém das solemnidades internas. Lobão *ao mesmo* parece ampliar ainda os effeitos desta clausula a sustentar os legados, quando o testamento caduca, ou é nulla a instituição por qualquer causa. Póde-se porém defender, que é inutil e sem effeitos alguns. 1.° Porque nem nas Ordenações, nem nas leis posteriores se faz della menção. O *cit. Ass. de* 10 *de Junh.*, quando irroga a nullidade dos testamentos, a que faltarem as solemnidades nelle prescriptas, não exceptua o caso da clausula codicillar, o que naturalmente lhe occurreria, se fosse essa a mente do legislador. 2.° Suppondo porém este caso omisso, não podemos seguir o direito romano, no qual os grandes effeitos desta clausula partiam do principio superstitioso de que era ignominioso *sine haerede mori:* antes entre nós está sanccionado o outro principio do favor das successões legitimas. 3.° Tal clausula é geralmente omittida em todos os codigos modernos. Finalmente entre nós nos testamentos caducos, ou cuja instituição é nulla, os legados subsistem pela disposição da lei, e não em virtude de tal clausula, todas as vezes que a

mesma lei não declara o contrario, como na especie da *Ord. L.* 4. *tit.* 82. §. 3.

CAPITULO IX.

DOS PACTOS SUCCESSORIOS.

Noção de pactos successorios.

§. 730. Chamam-se *pactos successorios, successões pacticias*, ou *contractos de herança*, todos aquelles, que têm por objecto a herança de uma pessoa ainda viva, ou seja a de algum dos contractantes, ou seja a de terceiro. Taes contractos ou são *adquisitivos*, quando algum dos contrahentes promette instituir, ou se obriga a acceitar a successão; ou *renunciativos*, quando promette não instituir, ou não acceitar.

Quando são válidos?

§. 731. Os pactos successorios são prohibidos. *Ord. L.* 4. *tit.* 70. §§. 3. e 4. Exceptuam-se: 1.° os que versam sobre herança de terceiro, sendo consentidos por este, ao qual sempre fica livre mudar de vontade. *L. ult. Cod. de pact.*, Cab. *P.* 1. *Dec.* 164. *n.* 5. 2.° Quando contém doações para casamento *determinado*, ou são estipulados nos contractos antenupciaes. *L. de* 17 *de Ag. de* 1761. §. 3. *ibi: possam estipular assim para a vida, como para a morte, as reservas e condições, que bem lhes parecer.* Lobão *a Mell. L.* 2. *tit.* 9. §. 25. *n.* 2. *e seg.* Vej. adiante o Capitulo das doações.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota HH.)

SECÇÃO 2.ª

DOS CONTRACTOS EM GERAL, E DAS TRANSACÇÕES.

Razão de ordem.

§. 732. A segunda classe mais vasta e importante dos actos juridicos é a dos *Contractos*: cuja natureza e especies em geral será exposta nesta Secção. E como a *Transacção* constitue uma especie distincta pelo seu objecto e effeitos, que em outra parte não poderá ter logar appropriado, tractaremos della aqui em Capitulo separado.

CAPITULO I.

DOS CONTRACTOS EM GERAL.

Noção de contracto.

§ 733. *Contracto* é o acto juridico, pelo qual duas, ou mais pessoas se obrigam por consentimento reciproco a dar, fazer, ou não fazer alguma cousa *Cod. Civ. Fr. art.* 1101. A qualidade characteristica, que distingue os contractos dos outros actos juridicos, consiste no concurso simultaneo da promessa de um, e acceitação do outro, ou no *consentimento reciproco*: e por isso: 1.° a simples promessa sem acceitação *(pollicitatio)* não é contracto, nem produz obrigação, porque a ninguem compete o direito correspondente. *L.* 1. §. 1. *D. de pollicit.* 2.° Se o contracto é tractado por meio de missiva, ou mensageiro, só é obligatorio, desde que o acceitante expediu a missiva da acceitação; ou, sendo condicional, desde que o outro acceitou a condição. *Cod. Comm. art.* 252.

Para concordarmos a definição de contracto com o systema, que adoptámos (§. 47.), substituimos nella o genero *acto juridico* pelo de *convenção*, que tinham empregado os redactores do *Cod. Civ. Fr.* seguindo a Poth. *des Obl. P.* 1. *n.* 3.; derivada do direito romano, no qual, como todos sabem, se distinguia entre *convenção*, *contracto*, e *pacto*. A convenção era o consentimento de duas, ou mais pessoas sobre um objecto, com animo de se obrigar, *L.* 1. *D. de pact.*, ou, como dizem os interpretes, *promissio acceptata*. Esta formava o genero: se della resultava acção propria, e determinada pelas leis, era *contracto*; se não tinha acção propria, era simples *pacto*. Entre nós porém os nomes de convenção, contracto, pacto, estipulação, são ordinariamente empregados como synonymos. Vej. Mell. *L.* 4. *tit.* 2. §§. 1. e 4. No *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 5. *art.* 1. acha-se definido o contracto — o consentimento reciproco para a adquisição, ou alienação de um direito.

A pollicitação por direito romano em alguns casos produzia obrigação, como quando era feita para o bem da republica. *L.* 3. *D. de pollicit.*

Para terminar as questões occurrentes sobre o momento da conclusão do contracto, e nos casos, em que é livre ao promittente retractar-se, o *Cod. da Austr. art.* 862 ordena: — que sendo a promessa verbal, deve ser acceita immediatamente: — sendo por escripto, achando-se as partes no mesmo logar, deve a acceitação constar ao promittente dentro em vinte e quatro horas; não estando no mesmo logar, dentro no espaço necessario para receber a resposta: — não se dando a acceitação nestes prazos, a promessa reputa-se não feita: — mas tambem se não póde retractar, antes delles expirarem.

Sua classificação.

§. 734. Os contractos costumam classificar-se em differentes especies: 1.ª *unilateraes*, e *bilateraes*, ou *synallagmaticos*. Os primeiros são aquelles, de que só para um dos contrahentes resultam obrigações; e por tanto só ao outro compete acção em virtude do contracto, v. g. a doação: os segundos, aquelles, de que resultam para ambos obrigações, v. g., a venda, o

commodato. 2.° *Gratuitos*, ou *beneficos*, aquelles, de que sómente uma das partes tira utilidade, v. g., o deposito, a doação, o commodato: e *onerosos*, aquelles, em que ambas as partes reciprocamente se propõe tirar vantagens. Os onerosos subdividem-se em *commutativos*, e *aleatorios*. Dizem-se *commutativos* aquelles, em que a prestação de cada uma das partes se presume ser equivalente da prestação da outra, v. g., a troca, a compra e venda: e *aleatorios* aquelles, em que as prestações consistem em um lucro, ou perda incerta: como as apostas, os contractos de seguro. 3.° Finalmente classificam-se em *principaes* aquelles, que subsistem de per si, independentemente de outra convenção: e *accessorios*, aquelles, que se ajuntam a outros, ordinariamente para maior segurança, como a fiança, o penhor.

Os contractos *synallagmaticos* ainda se podem subdividir: em *perfeitos*, quando delles resulta para ambas as partes acção immediata e principal *(directa)*, como na compra e venda; e em *imperfeitos*, nos quaes a acção de uma das partes resulta por incidente *ex post facto (contraria)*, v. g., no commodato, em que o commodante tem acção *directa* para pedir a cousa emprestada; e o commodatario a *contraria* para pedir a indemnização.

Não se usa modernamente da sabida divisão dos contractos, propria do direito romano, em *reaes*, *consensuaes*, *literaes*, e *verbaes*. Mas não se póde negar, que entre nós, bem como era entre os Romanos, ha contractos, nos quaes é essencial a tradição, como no emprestimo e no penhor: pois antes da cousa entregue, dar-se-ha a promessa acceitada, ou convenção de emprestar, ou empenhar, e por tanto as obrigações, que della resultam; mas não rigoroso emprestimo, ou penhor; como adverte Mell. *L.* 4. *tit.* 2. §. 4. Da mesma maneira em muitos contractos exige-se a escriptura, como acontecia nos *literaes* dos Romanos.

A outra divisão dos Romanos entre contractos *bonae fidei*, e *stricti juris* ainda se póde admittir no sentido de que nos primeiros, que são os bilateraes, o juiz nos casos duvidosos sobre a intelligencia do contracto, attende mais á igualdade das

prestações, do que ao rigor dos termos, por que as partes se exprimiram: pelo contrario nos segundos, os unilateraes, como lhes falta aquella base, cinge-se restrictamente ás palavras.

Da fórma interna dos contractos.

§. 735. Como os contractos são actos juridicos, é-lhes applicavel tudo o que a respeito destes fica indicado (§. 95.), assim em quanto ao consentimento e qualidades das pessoas, como em quanto ao objecto e elementos essenciaes, naturaes e accidentaes. Porém o consentimento viciado produz em quanto aos contractos alguns effeitos especiaes, que precisam ser expostos.

Effeitos do consentimento viciado.

§. 736. Em quanto ao dolo: 1.° o *principal* annulla o contracto; e o *incidente* apenas dá ao lesado direito á indemnização de perdas e interesses. *L.* 7. *pr. D. de dol. mal.*, *L.* 13. §. 4. *D. de act. empt.* 2.° Se o dolo foi empregado por um terceiro sem complicidade do interessado, a parte lesada não póde rescindir o contracto por este fundamento; apenas tem direito contra o terceiro pela indemnização, e contra a outra parte por aquillo, em que ella se locupletou; excepto se o podér rescindir por erro. *L.* 40. *D. de dol. mal.*, Delvinc. *cit. L.* 3. *tit.* 5. *Chap.* 2. *Sect.* 2. §. 3. Em quanto á violencia: 3.° esta rescinde igualmente o contracto. *Cod. da Austr. art.* 875. Por este receio o preso não póde validamente contractar com a parte, que o fez prender, sem assistencia do juiz. *Ord. L.* 4. *tit.* 75. *pr.* Em quanto ao erro: 4.° sómente o erro sobre cousa essencial *(causam dans)* rescinde o contracto: e tal se diz, *a*) o que versa sobre a cousa, ou

suas qualidades essenciaes, como no caso dos vicios redhibitorios: *L.* 9. *pr.* e §. 2. *D. de contr. empt.*; *b*) ou sobre a qualidade da convenção, *L.* 57. *D. de oblig. et act.*; *c*) ou sobre a pessoa contractante, quando ella foi a causa principal do contracto, *L.* 137. §. 1. *de verb. oblig.*; *d*) ou sobre o preço, não comparativo, mas quando um suppõe, que o outro dá mais, do que realmente elle offerece. *L.* 52. *D. ladati*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1110. e 1644. (§§. 100., 101. e 102.).

O *Cod. Civ. Fr. art.* 1111., e o *da Sard. art.* 1198., seguindo o direito romano, querem que a violencia seja causa de nullidade, ainda que seja empregada por um terceiro, ao contrario do que dispõem no caso do dolo. Não achamos motivo sufficiente para estabelecer esta differença: e por isso seguimos o *Cod. da Austr.*, que a não faz.

Da lesão.

§. 737. Diz-se haver *lesão* nos contractos commutativos, todas as vezes que uma das partes não recebe o equivalente daquillo, que dá. Se as leis permittissem rescindir os contractos por qualquer pequena desproporção, poucos contractos seriam seguros, as disputas multiplicar-se-hiam, e o commercio e as necessidades mais ordinarias da vida soffreriam muito. I. Com razão pois só se permitte rescindir os contratos, intervindo lesão *enorme*, isto é, engano em mais de ametade daquelle valor, que a parte por commum estimação devia receber; por se presumir erro, ou dolo. *Ord. L.* 4. *tit.* 13. *pr.* Por esta causa podem rescindir-se todos os contractos commutativos, e mesmo a transacção, assim como a arrematação judicial, §§. 6. e 7.; excepto as empreitadas, que não podem ser por lesão rescindidas pelos officiaes, que as

tomam. §. 8. A parte lesada tem acção alternativa para pedir, ou a rescissão do contracto, ou a indemnização do valor, que não recebeu, á escolha da outra. §. 1. Esta acção prescreve em quinze annos, §. 5.; e o possuidor sómente restitue os fructos desde o litigio. §. 10. II. Sendo a lesão *enormissima*, a qual é equiparada ao dolo, o contracto é *ipso jure* nullo: tem logar a acção de nullidade, que só prescreve por trinta annos: e o possuidor é responsavel pelos fructos desde o tempo do contracto. §. 10. As partes não podem renunciar o beneficio da rescissão por lesão. §. 9.

Qual é a lesão enormissima? Nem a lei o diz, nem os praxistas se têm atrevido a fixal-a: apenas o Liv. A. do *Dig. Port.* 1. *art.* 253. a determina: — *quando alguem vende sua cousa por menos da terça parte do justo valor da cousa.* — Gam. *Dec.* 95. e 266. julga dar-se tal lesão, quando se vendeu por mil aquillo, que valia dois mil e trezentos, ou d'ahi para cima.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota II.)

Da fórma externa.

§. 738. Os contractos, para obrigarem, não dependem de solemnidades externas: excepto 1.° quando a lei estabelece alguma formula com a pena de nullidade, *Cod. da Pr. P. 1. tit. 5. art.* 110.; como a escriptura publica nos esponsaes, *L. de* 6 *de Out. de* 1784.; e na emphyteuse ecclesiastica, *Ord. L.* 4. *tit.* 19. *pr.*; 2.° quando as partes expressa, ou presumidamente convieram em o fazer por escripto, *Cit. Ord.* §. 1.: e tal presumpção se dá nos contractos, em que se transfere a propriedade ou direito e acção sobre bens de raiz, por ser este o uso geral. *Dig. Port.* 1. *art.* 288. As minutas, ou apontamentos do contracto, assignadas e accordadas em todas as condições, tornam este válido, e produzem

immediatamente os direitos e obrigações respectivas, *Cod. da Austr. art.* 884; e se foi ajustada escriptura publica, as partes podem ser obrigadas judicialmente a assignal-a, ou ser supprida por sentença do juiz. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 120. e 123.

Deve fazer-se distincção dos casos, em que a lei determina a escriptura como essencial para a validade dos contractos, ou, como dizem os praxistas, *ad substantiam, vel solemnitatem*, dos em que a exige unicamente *ad probationem*. No primeiro caso a falta della annulla o contracto, como nos esponsaes: no segundo, o contracto val. Antigamente pela *Ord. L.* 3. *tit.* 59., neste segundo caso, se o contracto excedia doze mil reis nos immoveis, e cento e oitenta nos moveis, não appresentando o autor escriptura, o juiz não julgava nullo o contracto, mas julgava improcedente a acção; costumava-se, para supprir esta falta, obter do Desembargo do Paço *provisão para prova de direito commum*. Porém hoje, como pela *Ref. Jud. art.* 463. foi admittida a prova de testemunhas por toda a quantia, veio a ficar inutil tudo quanto n'aquella *Ord.* estava legislado. *(Vej. no fim do Tom.* 1.° *a Not. I. ao* §. 188.*)*

Os contractos, em que por lei é essencial a escriptura publica, não valem antes desta assignada, nem é sufficiente o escripto particular: porém aquelles, em que a escriptura foi estipulada, ou se costuma, valem desde que se lavrou escripto accordado em todas as condições, e assignado pelas partes. Assim Pedro ajustou com Antonio a compra de uma quinta: reduziram este ajuste a escripto, a que vulgarmente se chama escripto de siza; está válido o contracto: e como para ir a posse e para seu titulo precisa de escriptura, póde obrigar o vendedor a que a assigne: o que alias não poderia, se o ajuste tivesse sido méramente verbal. Assim se deduz da *Ord. cit. L.* 4. *tit.* 19. §. 2.

Das penas convencionaes.

§. 739. Muitas vezes as partes contractantes, para confirmar o contracto, ou fixar as perdas e interesses, estipulam certa prestação especial, que deverá ser dada por aquella, que faltar á obrigação contrahida, a qual se chama *pena convencional.* 1.° Esta, como accessoria, não

tem logar, se a obrigação principal é nulla. *Ord. L.* 4. *tit.* 48. §. 1. *e tit.* 70. §. 3. 2.° E' livre ao crédor pedir a pena, ou insistir na execução da obrigação, se ella é ainda exequivel: mas não póde pedir ambas as cousas, excepto se a pena foi estabelecida unicamente pela móra, ou algum prejuizo especial. *L.* 4. §. 7. *D. de dol. mal. except.*, *Cod. Civ. Fr. artt.* 1228. e 1229. 3.° Quando a pena excede o valor da obrigação principal, é nullo o excesso. *Cit. Ord. tit.* 70. *pr.* 4.° Se a obrigação consiste em dar dinheiro, a pena não póde exceder os juros da lei. *Dig. Port.* 1. *art.* 345. 5.° Se a obrigação foi cumprida em parte, a pena póde ser modificada judicialmente por estimação proporcional. *Cod. Civ. Fr. art.* 1231.

Do signal.

§. 740. Nos contractos commutativos emprega-se tambem muitas vezes o *signal*, isto é, uma cousa, ou quantia, que uma das partes dá á outra como penhor do futuro cumprimento da obrigação contrahida. O *signal* contém uma especie de condição resolutiva, cujo effeito é ser livre a qualquer das partes arrepender-se, perdendo o signal aquella, que o deu, ou repondo-o em dobro aquella, que o acceitou. *Ord. L.* 4. *tit.* 2. §. 1. Porém, se essa cousa é dada em signal e *principio de paga*, já não é livre o arrepender-se. *Cit. Ord.* §. 3. Em commercio entende-se em principio de paga, na falta de declaração. *Cit. Ord.* §. 2., *Cod. Comm. art.* 463.

Duas difficuldades graves se offerecem relativamente ao signal nos contractos, ás quaes dá logar a ambiguidade da *Ord.*—1.ª Quando na falta de declaração se deva entender, que

o signal é dado em principio de paga? Lobão *Fascicul. Tom.* 2. *Diss.* 2. §. 4. sustenta, que em regra se deve entender em principio de paga: e o *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 5. *art.* 208. estabelece, que sómente não será tido por dado á conta de paga, quando constar de um objecto differente daquelle, que deve o que deu o signal.

2.° Se o simples signal contém effeito suspensivo, ou resolutivo, isto é, se o contracto fica perfeito, e se desfaz pela reposição do signal, ou se fica suspenso, e por aperfeiçoar até esse tempo; porque no primeiro caso o perigo da cousa deve ser por conta do crédor, e no segundo por conta do devedor della? — A *Ord. citada* parece dar-lhe effeito resolutivo: mas nisto vão-se encontrar as difficuldades ponderadas pelo *cit.* Lobão §. 5., que vem a ser o absurdo de ajuntar á convenção uma clausula, que em logar de tender a confirmar e segurar o contracto, tende a annullal-o. O *Cod. Civ. Fr. art.* 1590. considera o contracto, a que accede o signal, como simples promessa de vender; e então claro é, que o seu effeito é suspensivo.

Effeitos dos contractos.

§. 741. 1.° Em regra os contractos não só obrigam os proprios contractantes, mas tambem seus herdeiros: excepto, quando *a*) ou no contracto se attenderam as qualidades da pessoa, v. g., a sua essencia: *b*) ou assim se estipulou. *Cod. Civ. Fr. art.* 1122. 2.° Não obrigam a terceiro: excepto quando por este foi consentido. *Cod. da Pr. cit. tit.* 5. *art.* 75. 3.° Se no contracto se estipulou alguma vantagem em favor de um terceiro, este póde pedil-a; mas em quanto elle não declarar a acceitação, os contractantes podem retractar-se, ou alteral-a, como quizerem. *Cod. Civ. Fr. art.* 1121.

Garantias dos contractos.

§. 742. A boa fé dos contractos exige, que cada uma das partes fique responsavel á outra pelo bom e livre uso da cousa, ou prestação,

que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, — *a fazer o contracto bom.* — Esta responsabilidade constitue as garantias dos contractos, e tem logar principalmente em dois casos: 1.° pelos defeitos da cousa, ou vicios redhibitorios, a saber, *a*) se esta não tem as qualidades inculcadas no contracto, *Ord. L.* 4. *tit.* 17. §. 4.; *b*) ou as que ordinariamente costumam ter, e se presumem em cousas taes, *L.* 43. §. 1. *D. de contr. empt. Cod. da Pr. cit. art.* 319., *c*) ou contém encargos onerosos não apparentes, nem presumidos. *L.* 61. *D. de aedil. edict., cit. Cod. art.* 335. Nestes casos a parte lesada tem acção, ou para desfazer o contracto, ou para pedir a indemnização. 2.° Tem logar a garantia no caso de *evicção*, quando a parte foi privada da propriedade, ou do uso da cousa em todo, ou em parte, por ser alheia, ou em virtude de direito de terceiro, anterior ao contracto. *Ord. L.* 3. *tit.* 45. §. 3., *L.* 1. *D. de evict.*

Adiante no Capitulo da *compra e venda* se encontrará melhor esclarecida a doutrina sobre garantias, por ser mais frequente nesse contracto.

Quando não tem logar a garantia?

§. 743. A garantia só tem logar nos contractos, ou adquisições por titulo oneroso, como partilhas, divisão de cousa commum (§. 492.); excepto, *a*) se foi excluida na convenção: *b*) se o vicio estava á vista, ou foi declarado: *c*) se é posterior ao contracto: se proveio de acaso, ou culpa da parte, que recebeu a cousa. *L.* 27. §. 1. e *L.* 33. *D. locat., L.* 56. §. 3. *de evict.* Não tem logar nos contractos, ou adquisições por titulo gratuito, como doações, ou legados; excepto *d*) se foi convencionada, *L.* 2. *Cod. de evict.*;

e) se o doador *dolosamente* doou cousa alheia, pelas despesas e prejuizos, que o donatario soffreu. *L.* 18. §. 3. *D. de donat.*

CAPITULO II.

DAS TRANSACÇÕES.

O que seja transacção?

§. 744. *Transacção* é o contracto, pelo qual duas, ou mais pessoas decidem por meio de concessões reciprocas uma contestação, sobre que disputam, ou receiam disputas. *Cod. Civ. Fr. art.* 2044., *L.* 38. *Cod. de transact.* 1.° Neste contracto é essencial a reciprocidade de concessões *(dare, retinere, vel promittere aliquid)*, pois se uma das partes se obriga a tudo o que a outra lhe pede, será uma confissão, ou desistencia; muito embora seja feita com o nome e fórma de transacção: da mesma maneira, se alguma das partes ratifica um acto manifestamente nullo, sem que a outra lhe faça algumas vantagens, será uma ratificação, ou doação. *Cod. da Pr. P. 1. tit.* 16. *artt.* 410. e 411. 2.° Basta qualquer receio, ou de disputa, ou de risco, ou demora, para justificar a transacção; e daqui se vê, que este contracto participa de aleatorio, em quanto nelle se renuncia a uma maior utilidade arriscada por uma menor certa.

Quem póde transigir?

§. 745. Podem transigir todos os que podem livremente dispor de seus bens por contracto: porém como a transacção contém alienação: 1.° não podem transigir os procuradores, excepto

excepto se para isso tiver procuração especial. *L.* 60. *D. de procur.* 2.° Os tutores não podem transigir sobre os negocios dos menores e interdictos, sem auctoridade do Conselho de familia, confirmada por despacho do Juiz de Direito, *Ref. Jud. art.* 403.: 3.° nem os administradores sobre os bens do vinculo sem sentença do mesmo. Lobão *Morg. Cap.* 14. §. 27. (§. 519.). 4.° As transacções das Camaras, e talvez das outras corporações publicas, devem ser confirmadas pelo Conselho de Districto. *Cod. Adm. art.* 124.

Não só póde transigir o procurador, que apresenta mandato especial para tal transacção, mas tambem o que tem procuração *especial* para administrar, e practicar tudo o que for a bem do constituinte *(cum libera administratione)*, *L.* 17. §. *ult. D. de jurej.*, *L.* 12. e 13. *de pact.*

Objecto da transacção.

§. 746. Póde ser objecto de transacção: 1.° um negocio especial, ou muitos juntamente, v. g., todas as demandas, sobre que litigam, ou todos os direitos resultantes de uma herança, *L.* 12. *D.*, e *L.* 29. *Cod. de transact.*; 2.° ou esteja já litigioso, ou antes do litigio, *L.* 1. *D.*, e *L.* 2. *Cod. eod.*; 3.° bem como as sentenças passadas em julgado, porque ainda na execução póde haver demora e risco, Mell. *L.* 4. *tit.* 2. §. 12.; 4.° a indemnização das perdas, ou interesses provenientes de delictos, mesmo com a promessa de não accusar, salvo o procedimento por parte do Ministerio Publico. *Id.* §. 13., *Cod. Civ. Fr. art.* 2046. 5.° A transacção sobre alimentos futuros é nulla, se não for auctorizada pelo juiz com prévio conhecimento de causa, a fim de evitar o abuso, que o obrigado a prestal-os faria da necessidade do alimentado. *L.* 8. *pr. D.* e

8. *Cod. eod.*, Mell. *cit.* §. 12., Maced. *Dec.* 55, 6.° Os conjuges não podem transigir sobre a validade do matrimonio. *Cod. da Austr. art.* 1382.

Casos especiaes, em que póde rescindir-se.

§. 747. O consentimento na transacção será viciado, quando ambas as partes, ou alguma dellas ignora o estado do negocio ao tempo da transacção; ou quando a duvida procede da falta de conhecimento das circumstancias, ou dos documentos. Por isso póde rescindir-se: 1.° no caso de violencia, ou dolo: 2.° no caso de erro de facto; não do de direito. *Cod. da Sard. art.* 2091. 3.° quando alguma das partes, ou ambas ignoravam a sentença proferida, e sem recurso, sobre o objecto da transacção. *Cod. Civ. Fr. art.* 2056., *L.* 23. §. 1. *D. de cond. indeb.* 4.° Quando assentou sobre documentos falsos, ou nullos; salvo, em quanto a estes, se esta mesma circumstancia foi attendida na transacção. *L.* 42. *Cod. de transact.*, *cit. Cod. artt.* 2054. e 2055. 5.° Quando depois appareceram documentos, que convençam a falta de direito de alguma das partes ao objecto, sobre que transigiram; salvo se a transacção foi geral sobre todas as questões, que entre si tinham, e o documento diz respeito não a todas, mas a alguma em especial. *Cit. Cod. art.* 2057. 6.° Quando versou sobre o conteúdo do testamento, sem este ter sido aberto e publicado. *L.* 6. *D. eod.*, *Cod. da Pr. cit. art.* 442. 7.° Por causa de lesão enorme. *Ord. L.* 4. *tit.* 13. §. 6. 8.° Os erros de contas não induzem nullidade, podem emendar-se. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 2058. Aquelle, que pretende reclamar a transacção, deve antes depositar tudo o que recebeu em virtude della. *Lei de* 31 *de Maio de* 1774., Per. e Sous. *Pr. L. Civ. not.* 299.

Se por direito romano se rescinde a transacção sobre a questão testamentaria, feita antes de aberto o testamento? Heineccio *Pand. P.* 1. §. 379. segue a negativa, entendendo a *L.* 6. *de transact.* pela outra 1. *D. testam. quemadmod. aper.*; da qual se vê, que o JCto *Gaio* não quiz estabelecer a regra em contrario, como outros sustentam. O mesmo segue Noodt *de pact. et transact. cap.* 18. No *Cod. Civ. Fr.* esta especie não é particularmente tocada; mas parece comprehendida no *art.* 2057., em quanto determina, que só póde rescindir-se a transacção, se os titulos eram desconhecidos ás partes ao tempo, em que ella se celebrou.

Em quanto á lesão enorme: a nossa *Ord.* expressamente admitte a rescissão por esta causa. Por direito romano é disputado: e a negativa foi seguida pelo mesmo Heineccio §. 378.; e parece ser tambem a opinião de Vinn. *Quaest. Sel. lib.* 1. *cap.* 57. Os codigos modernos geralmente não permittem attacar a transacção pelo motivo de lesão. Na verdade, se são duvidosos os direitos das partes, se este contracto tem algum tanto de aleatorio, como se poderá liquidar a lesão? No *Dig. Port.* 1. *art.* 1240. estabelece-se, que a transacção só possa ser rescindida pela enormissima.

Effeitos da transacção.

§. 748. I. A transacção termina as contendas por consentimento das partes; e por isso *a*) tem a força de cousa julgada, *L.* 20. *Cod. de transact.*; *b*) nem as partes podem della appellar. *Ord. L.* 3. *tit.* 78. §. 1. II. Como contém alienação, deve entender-se restrictamente; e por tanto *c*) sómente comprehende os transigentes e seus herdeiros. *Cit. Ord. d*) Os fiadores não ficam alliviados, se delles se não fez menção: mas podem defender-se com todas as excepções, que competiam ao devedor, e mesmo com a de transacção. *Cod. da Pr. citt. artt.* 446. e 447., e *da Austr. art.* 1390. III. Não é applicavel a outros objectos além daquelles, de que nella especialmente se tractou; e por tanto, ainda que comprehenda renuncia generica de todos os direitos, *e*) sómente se entende dos relativos ás

questões, sobre que se transigiu. *Cod. Civ. Fr. artt.* 2048. e 2049. *f)* Nem prejudica o uso de qualquer direito, que posteriormente sobreveio ao transigente: assim o legatario, que transigiu sobre o legado, se depois veio a ser herdeiro de outro legatario, ou do coherdeiro, não está ligado pela transacção. *Id. art.* 2050. IV. Póde estipular-se pena convencional para aquelle, que não cumprir. *L.* 15. e 16. *D. eod.*

SECÇÃO 3.ª

DOS CONTRACTOS GRATUITOS.

Quaes sejam?

§. 749. Os principaes contractos *gratuitos*, ou *beneficos*, são a *doação*, o *emprestimo*, o *deposito*, e o *mandato*, dos quaes passamos a tractar nos Capitulos seguintes.

Cumpre advertir, que nem na enumeração, que aqui se faz de contractos *gratuitos*, nem na que se faz no Capitulo seguinte dos *onerosos*, se indicam todos os possiveis: de alguns já se tractou, como da emphyteuse e do penhor. Muitos outros ficam fóra das especies indicadas, das quaes diversificam, mas que facilmente se podem regular pelos principios geraes: pertencem á classe dos *innominati* do direito romano.

CAPITULO I.

DAS DOAÇÕES.

Noção de doação, e sua natureza.

§. 750. *Doação* é o contracto, pelo qual uma pessoa concede gratuitamente a outra todos, ou alguma parte de seus bens. Waldeck §. 333.

Aquelle, que concede os bens, chama-se *doador*: o que acceita, *doado*, ou *donatario*. É da essencia da doação ser *gratuita*: pois se o doado tinhá direito para pedir a cousa doada, ou o seu equivalente, então degenera em dação em pagamento, ou em outra especie de contracto oneroso. A doação póde ser *pura*, ou *modal*: e a esta chamam os interpretes *impropria*, ou *relativa*: v. g., o dote para casamento, a remuneratoria. *Ord. L.* 4. *tit.* 63. *pr.*, Lobão *Fasc. T.* 1. *Diss.* 3. §§. 2. e 3. Como o doador nenhum proveito tira deste contracto, em regra interpreta-se restrictamente em seu favor. Voet *ad Pand. L.* 39. *tit.* 5. *n.* 10.

As doações e os testamentos são os dois meios, que se empregam para dispor dos bens em favor dos successores: tanto em um, como no outro, se podem impor condições, modo, substituições, e outras quaesquer clausulas, que não sejam tolhidas pelas leis. Daqui é facil achar a razão, por que em muitos dos codigos modernos se tracta no mesmo artigo a doutrina das doações e dos testamentos; e o motivo, por que nos tractados dos praxistas, e muitas vezes nas leis, se encontram confundidos os legados com as doações: porque na verdade uns e outros contém a liberdade do testador ou doador, e sómente differem em que na instituição ou legado não intervem a acceitação, e na doação sim.

Nas nossas leis esta materia das doações não é exposta com a miudeza e importancia, que ella merece. Apenas no *Livro 4. das Ord.* desde o *tit* 62. *até* 66., transcriptos das anteriores, estão lançadas algumas disposições sobre a insinuação, sobre a revogação por ingratidão, sobre doações entre conjuges, sobre as doações ás concubinas, ou sobre as de bens de raiz feitas pelo marido sem outorga da mulher. O mesmo defeito se encontra nos praxistas. Podem sobre esta materia ver-se alguns logares de Portugal, *de donationibus regiis*, principalmente a *Parte* 1.ª *do Liv.* 1 Nas obras de Guerreiro acham-se disseminados alguns principios: e Lobão tocou este objecto nas *Notas a Mell. L.* 2. *tit.* 10. §. 4.

Divisão mais geral.

§. 751. A principal classificação da doação é *inter vivos*, ou *mortis causa*. Diz-se *inter vivos*, quando o doador transfere immediatamente para o donatario a propriedade dos bens; nem deixa de ser tal, ainda que o doador reserve o usufructo: e *mortis causa*, quando a transferencia só se ha de verificar pela morte do doador. Ambas são celebradas em fórma de contracto: mas a primeira fica irrovogavel desde a acceitação do doado, como os outros contractos: a segunda participa de acto de ultima vontade, e por tanto é sempre revogavel. Em primeiro logar tractaremos da *inter vivos*.

A doação *inter vivos* sómente se torna verdadeiro contracto, e irrevogavel, desde que o doado acceitou; de maneira que, se é feita por escripto, por carta, ou por outro qualquer modo em favor de um ausente, em quanto este, ou as pessoas, que legitimamente o representam, a não acceita, póde o doador arrepender-se. Porém se a doação era feita em escriptura na nota, estabeleceram os interpretes do direito romano, que bastava a acceitação do tabellião em nome do doado ausente, para ella ficar perfeita e irrevogavel. Esta regra foi adoptada na *Ord. L. 4. tit.* 63. *pr.*: e a ella alludem as palavras tabelliôas usadas nas nossas escripturas: que o tabellião acceita — *em nome de quem tocar ausente.* — Os interpretes fundavam aquella disposição em que os tabelliães entre os romanos eram escravos publicos; e assim como os escravos particulares podiam adquirir, e acceitar doações para seus senhores, *etiam ignorantibus*, tambem os publicos o podiam fazer em favor de quaesquer pessoas. Vej. Voet *ad Pand. L.* 39. *tit.* 5. *n.* 12. Os codigos modernos proscreveram tal fórma de acceitação, *Cod. Civ. Fr. art.* 932.; e *da Sard. art.* 1127.; á excepção das doações para casamento, de que adiante falaremos.

Se o doado morrer antes da acceitação, poderão seus herdeiros ainda acceitar? O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 5. *art.* 107., e *tit.* 11. *art.* 1062. decide affirmativamente: excepto se ella era feita especialmente em attenção ás qualidades pessoaes do doado.

Se morrer o doador antes da acceitação? Os seus herdeiros podem retractal-a, excepto se ainda não tinha expirado o prazo fixado para chegar a resposta.

Que pessoas podem doar, e a quem?

§. 752. Como a doação *inter vivos* é um contracto: 1.° podem doar todos os que podem contractar e dispor de seus bens, e em favor de todos os que não são inhibidos. 2.° O pae ou mãe podem fazer doação a seus filhos, ainda que constituidos debaixo do patrio poder. *Ord. L.* 4. *tit.* 97. *pr.* e §. 3. 3.° Os menores e interdictos não podem validamente acceitar doações sem á auctoridade de seus paes, ou tutores com o Conselho de familia; nem as mulheres casadas, sem o consentimento do marido. *Ref. Jud. art.* 403., *Cod. Civ. Fr. art.* 934. 4.° As doações feitas por homem casado a sua concubina podem ser annulladas pela mulher, filhos, ou herdeiros necessarios desta. *Ord. cit. tit.* 66.

Quaes bens podem ser doados?

§. 753. 5.° Podem ser doados todos os bens alienaveis: porém os bens futuros, assim como os direitos e acções, não se entendem doados, ainda na doação *causa mortis*, se delles se não fez expressa declaração. Perez *in Cod. L.* 8. *tit.* 54. *n.* 20. Lobão *Obr. recipr.* §. 384. 6.° É nulla a doação geral *inter vivos* sem reserva do usufructo, ou do necessario para a subsistencia do doador. *Ord. L.* 4. *tit.* 70. §. 3. 7.° Se, fazendo doação geral, o doador reserva alguns bens para testar, sem declarar quantos, *a*) entende-se reservada a terça, *Dig. Port.* 3. *art.* 95.; *b*) e sendo pae, ou mãe, que doem a sua terça, sempre se subentende reservada a terça da terça. *Id. art.* 96.

c) Se não dispoz da reserva, esta pertence ao donatario universal, *Cod. da Pr. P. 1. tit. 11. art.* 1087.; excepto se o testador deixa herdeiros necessarios, ou irmãos, ou sobrinhos, os quaes na successão da reserva são preferidos ao donatario. *Cit. Cod. art.* 1088. Vid. Portug. *de donat. L 1. prael. 2. §. 7. n. 73.*

Pelo *Cod. Civ. Fr. art.* 943. é nulla a doação dos bens futuros: e pelo *art.* 946. as reservas, de que o doador não dispoz, pertencem aos herdeiros.

Na doação geral entende-se sufficiente reserva a do usufructo para alimentos, assim como a dos bens futuros. Mor. *de exec. L. 2. cap. 19. nn. 15.* e 17. Na doação dos futuros com reserva do usufructo, não se comprehendem os adquiridos com esse mesmo usufructo. Lobão *Seg. Linh. Suppl. Diss.* 13. §. 14.

Fórma externa.

§. 754. As leis não estabelecem solemnidades externas para este contracto: o qual por isso póde provar-se por qualquer especie de provas; e até por presumpções graves. *Dig. Port. 3. art.* 83. Porém nas doações, que devem ser insinuadas, é essencial a escriptura publica. *Ord. L. 4. tit. 19. pr.*

Da insinuação.

§. 755. Entre as formalidades externas da doação póde contar-se a *insinuação*, isto é, a confirmação da doação, feita pela auctoridade publica, precedendo averiguações sobre a espontaneidade do doador. O fim desta formalidade é dar ao doador tempo de reflectir, e obstar á precipitação, e aos abusos e conloios, com que poderia ser illudida a sua boa fé, os quaes sendo fataes em todos os contractos, neste o

são muito mais. Lobão *Fasc. Tom. 1. Diss. 3. §§. 4. e 5.*

Seu processo.

§. 756. O alvará, ou carta de insinuação é passada pelo Administrador do Concelho com recurso para o Conselho de Districto *Cod. Adm. art.* 254. O Administrador: 1.° deve préviamente verificar por meio de perguntas ao doador, e inquirição de alguns vizinhos, que tenham motivo de o saber, que a doação não seja suspeita de força, conloio, ou má fé. *Ord. L. 4. tit. 62. §§ 1. 2.°* Deve tambem fazer avaliar os bens doados, e liquidar o seu valor, abatidos os encargos, a fim de pagar o imposto da transmissão das heranças. *Lei de 12 de Dez. de 1844 art. 3.°* 3.° A insinuação não póde requerer-se, passados quatro mezes desde a data da escriptura no reino, um anno nas ilhas; e anno e meio nos dominios da Africa e Asia: passado este termo, a doação fica nulla no excesso insinuavel *Lei de 25 de Jan. de 1775*, Lobão *cit. Diss. §§. 117.* e 118.

Antigamente competia ao Desembargo do Paço passar o alvará de insinuação. *Regim. dos Des. §. 110.* Pagava de novos direitos 1 por $\frac{0}{0}$, para o que se fazia a avaliação dos bens doados: e por isso é que tambem a *Lei de 25 de Jan. de 1775* estabeleceu, que nenhumas doações seriam dispensadas da insinuação, senão as regias, e as remuneratorias feitas a pessoas da mesma familia. Hoje é attribuição do Administrador do Concelho; e em logar do antigo imposto paga de direitos de mercê 12$000 réis, na fórma do *Decreto de 31 de Dez. de 1836*, como foi declarado na *Port. de 5 de Junh. de 1839.*

Pela legislação franceza, *Cod. Civ. Fr. art. 939.*, a doação dos bens, que possam ser hypothecados, é sujeita á transcripção, ou registo. Talvez á imitação deste se determinou no *Decr. de 26 de Out. de 1836*, que deviam ser registadas todas as doações, ou contractos de alienação de bens de raiz com reserva do usufructo; o que ainda se não poz em execução.

Em quaes doações se requer a insinuação?

§. 757. Todas as doações, que excederem o valor de 360$000 reis, sendo feitas por varões, e de 180$000 reis, sendo feitas por mulheres, devem ser insinuadas, sob pena de nullidade no excesso daquellas quantias. *Ord. L.* 4. *tit.* 62., *Alv. de* 16 *de Set. de* 1814. Se forem muitos os doados na mesma escriptura, mas em verbas separadas, é necessaria a insinuação com relação á somma total: por isso *a*) na falta della será a cada um abonada a quantia dispensada da insinuação. Lobão *cit.* §. 112. *b*) Se algum insinuar, e os outros não, sómente esse se poderá aproveitar do beneficio. *Dig. Port.* 3. *art.* 114. *c*) Se apparecem differentes doações entre as mesmas pessoas, cada uma é considerada em separado para o effeito de dever, ou não, ser insinuada conforme o seu valor; excepto se houver presumpção de terem sido subdivididas para fraudar a lei. *Cit.* Lob. §. 113.

Quaes são dispensadas?

§. 758. São dispensadas da insinuação: 1.° as doações regias, *cit. Lei de* 25 *de Jan. de* 1775; 2.° por não conterem rigorosa liberalidade, os dotes dados á conta da legitima, que os doados tinham a receber do doador; porém o excesso fica sujeito á insinuação, *Ass. de* 21 *de Julh. de* 1797; 3.° as remuneratorias á conta de serviços, que o donatario tinha acção para pedir, *cit. Lei de* 25 *de Jan.*, *cit.* Lob. §. 9.; 4.° as *causa mortis*, *Resol. de* 10 *de Out. de* 1805 *apontada no Rep. de Fern. Th. vbo.* = *Insinuação* =; 5.° as nomeações dos prazos de vidas, sendo com reserva do usufructo: não assim, se o doador o

não reserva, e o prazo se não póde imputar em legitima. *Cit. Ass. de* 21 *de Julh.*

Revogação das doações: 1.° *pela inexecução da condição, ou clausula de reversão.*

§. 759. As doações podem revogar-se geralmente pelo mutuo dissenso, e pelos outros modos, por que se desfazem os contractos: e especialmente: 1.° pela inexecução do modo, ou condição resolutiva, *Ord. L.* 4. *tit.* 63. §. 5.; bem como pela clausula de reversão, se foi estipulada na doação para o caso de morrer o doado, ou ainda seus descendentes, antes do doador. *Cod. Civ. Fr. art.* 951. Nestes casos, como a propriedade é resoluvel, *a*) os bens revertem ao doador livres dos encargos reaes, com que o doado os onerasse, *L.* 1. *Cod. de donat. quae sub mod.*, *Cod. Civ. Fr. artt.* 952. e 954.; *b*) e póde aquelle ou reivindicar os bens de raiz alienados para terceiro, ou pedir ao doado a indemnização. Perez. *ad Cod. L.* 8. *tit.* 55. *n.* 4.

2.° *Por ingratidão.*

§. 760. 2.° Póde revogar-se a doação por causa de ingratidão do donatario, a saber: *a*) se attentou contra a vida do doador; *b*) se o feriu com animo de o injuriar, ou deshonrar; *c*) se o injuriou gravemente na presença, ou ausencia; *d*) se de proposito tentou causar-lhe grande perda, ou damno em seus bens, *Ord. cit. tit.* 63. §§. 1. 2. 3. e 4.; *e*) se lhe recusou alimentos, conforme as forças da doação. *Cod. Civ. Fr. art.* 955, *arg. da cit. Ord.* §. 8. A acção de revogação por motivo de ingratidão não passa aos herdeiros, excepto quando já ficou principia-

da pelos proprios. *Cit. Ord.* §. 9. Revogada a doação por esta causa, subsistem as alienações, e encargos impostos sobre os bens pelo doado antes de demandado, ficando porém responsavel pela indemnização do valor delles, assim como dos fructos desde a citação. *L.* 7. *Cod. de revoc. donat.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 958. (§. 402.).

Em logar da causa de revogação *ob paupertatem supervenientem*, consignada por Mell. no *L.* 4, *tit.* 3. §. 3., mais difficil de liquidar, parece preferivel a recusação dos alimentos. No *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 1123. impõe-se ao doado a obrigação de dar ao doador, que cáe em pobreza, 6 por : sobre a somma doada, ou valor da cousa ; e o *Cod. da Austr. art.* 947. manda neste caso dar-lhe os juros legaes do valor doado, uma vez que o donatario se não ache tambem em indigencia. Por direito romano tinha o doador o beneficio *competentiae*, ou *in quantum facere potest. L.* 12. e 33. *pr. D. de donat.*

3.° *Pela superveniencia de filhos.*

§. 761. 3.° Annulla-se pela superveniencia de filhos legitimos, ou daquelles, a quem compete legitima nos bens do pae, ou mãe; pela presumpção de que este não doaria, se se lembrasse de ter filhos, *Ord. L.* 4. *tit.* 65. *pr.*, Mell. *L.* 4. *tit.* 3. §. 3.; com tanto que o doador a esse tempo não tivesse nenhum. Voet *ad Pand. L.* 39. *tit.* 5. *n.* 30. A doação fica nulla *ipso jure* pelo nascimento do filho, *cit. Ord. ibi* = *logo* = ; e por isso póde o doador intentar a acção de nullidade: *a*) ainda que o filho tenha morrido, Lobão *a Mell. L.* 2. *tit.* 10. § 5.; *b*) bem como os seus herdeiros, se o doador não cuidou em sua vida de a revogar. *Cod. Civ. Fr. art.* 964., Val. *Cons.* 31. *n.* 7. Sendo revogada por esta causa, os bens doados revertem livres de todos os encargos, com os fructos desde o nascimento do filho. *Cit. Cod. artt.* 962. e 963.

Como os filhos naturaes dos plebeus para os effeitos da successão são equiparados aos legitimos, parece consequente attribuir ao seu nascimento o effeito da revogação. Como tambem a lei positivamente decreta a revogação — *logo*: não apparece motivo para suspender este effeito pela morte do filho, ou por não ter o doador tentado em sua vida a acção competente. Entretanto o contrario é seguido pelo sabio A. do *Dig. Port.* 3. *artt.* 144. 147. e 149.

4.° *Por inofficiosidade.*

§. 762. 4.° Podem revogar-se as doações, *a*) se forem *inofficiosas* nos termos, que ficam expostos no §. 353.; *b*) bem como, em quanto forem feitas em prejuizo dos crédores anteriores á doação. *L.* 12. *D. de donat.*, *L.* 19. §. 1. *de re jud.*, *Cod. da Austr. artt.* 951. e 953.

O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *artt.* 1129. e 1130. permitte aos crédores reclamar as doações de pura liberalidade, feitas no ultimo anno antes da abretura do concurso das preferencias: e ainda mesmo as anteriores, provando que as dividas do doador ao tempo da doação excediam já os seus bens.

Das doações causa mortis.

§. 763. Como a doação *causa mortis* participa de ultima vontade: 1.° póde ser feita por todos os que podem testar, e em favor dos que podem receber legados. *L.* 25. *D. de mort. causa donat.* 2.° Póde ser de todos os bens, ainda futuros, e sem reserva. Pela mesma razão 3.° deve ser feita perante cinco testemunhas, podendo neste numero contar-se o tabellião. *L. ult. Cod. eod.* 4.° Se o donatario morre antes do doador, caduca a doação. *L.* 23. *D eod.* 5.° Revogam-se pelas mesmas causas, que as *inter vivos*, no que lhes é applicavel: e além disso pelas mesmas causas, por que se revogam, ou caducam os

legados. *L.* 18. *D. de adim. vel transf. legat.* Quando nesta doação se accrescenta a promessa do doador, *de em nenhum caso a revogar*, acceita pelo doado, ella converte-se em doação *inter vivos*, e fica por tanto irrevogavel. *L.* 27. *D. eod.*; *Cod. da Austr. art.* 956.

Por direito romano antigo as doações *causa mortis* eram perfeitamente equiparadas ás disposições de ultima vontade: foi Justiniano quem na *Novell.* 87. fez a distincção entre umas e outras. Lendo-se os tractados dos interpretes do mesmo direito, facil é notar o embaraço, que elles acham, para dar a idéa exacta desta especie de doação, assim como para fixar a sua differença das *inter vivos*, e das ultimas vontades. Vej. Voet *ad Pand. L.* 39. *tit.* 6. — O *Cod. Civ. Fr.*, e os que o seguiram, nem dellas fazem menção: o *da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 1134. estabelece as mesmas formalidades, e declara todas as doações irrevogaveis, ou sejam com transferencia immediata da propriedade, ou para depois da morte: e o *da Austr. art.* 956. equipara estas aos actos de ultima vontade. Ainda que ellas se não acham reguladas pelas nossas leis patrias, estão admittidas na praxe.

Das doações para casamento: a) *em geral.*

§. 764. As doações feitas para casamento, com tanto que este seja certo e determinado, são reputadas como a titulo oneroso, e muito favorecidas pelas leis, Reinos. *Obs.* 41. *n.* 42.: e por isso 1.° não se annullam por falta de acceitação, *Cod. Civ. Fr. art.* 1087., Voet *ad Pand. L.* 39. *tit.* 5. *n.* 11.: 2.° nem se rescindem por ingratidão, Gam. *Dec.* 163.; 3.° porém nellas subentende-se a condição tacita, *se casarem:* 4.° gozam tambem do favor da *Ord. L.* 4. *tit.* 97. §. 4. (§. 353.).

Por *falta de acceitação*. O doador prometteu a um ausente certos bens já, ou por morte, para casar com F. Desde que este casamento se effectuou, já não póde arrepender-se, ainda que o ausente não tenha acceitado.

Poderá revogar-se pela superveniencia de filhes? O *Cod. da Sard. art.* 1174. permitte revogal-a, sendo inofficiosa; isto é, até onde for necessario para resalvar a legitima do filho.

Esta doutrina é igualmente applicavel ás nomeações dos prazos feitas para casamento (§. 566.).

b) *Em quanto á fórma.*

§. 765. Se esta doação é feita *inter vivos*, deve além disto regular-se pelas regras, que a respeito desta deixamos expostas nos §§. antecedentes; e está sujeita á insinuação. Lobão *Seg. Linh. Diss.* 13. §. 14. Se é feita *causa mortis*, constitue pacto successorio válido, e irrevogavel, se se não declarou o contrario (§. 731.). Esta ultima: 1.° póde ser, *a*) ou dos bens presentes tão sómente, *b*) ou dos futuros tambem, *c*) e de toda a successão, ou sómente de parte della. 2.° Ainda que o donatario morra antes do doador, não caduca, se daquelle matrimonio ficou posteridade. *Cod. Civ. Fr. art.* 1082., e *da Sard. art.* 1176.

c) *Effeitos desta doação, sendo* causa mortis.

§. 766. Quando esta doação comprehende sómente os bens presentes, o doador fica inhibido de dispor a titulo gratuito dos bens doados, á excepção de alguns pequenos donativos: mas bem póde alienal-os a titulo oneroso, e por tanto oneral-os com encargos ou dividas; a cuja solução o donatario fica obrigado, se não preferir antes renunciar a doação. *Cit. Cod. Fr. art.* 1086. Quando comprehende bens presentes e futuros, deve unir-se-lhe a relação dos bens, dividas e encargos existentes ao tempo da doação. O effeito desta relação vem a ser, *a*) que em quanto aos bens e encargos presentes, fica

a doação obligatoria e irrevogavel: *b*) se o doador depois contrahe dividas ou encargos, o doado exonera-se destas, renunciando os bens futuros *Cit. Cod. art.* 1084. *c*) Na falta daquella relação, o doado deve ou acceitar, ou renunciar toda a doação; e por tanto com todos os encargos, com que ella se achar ao tempo da morte do doador. *Cit. Cod. art.* 1085.

São entre nós mui frequentes as doações universaes para *casamento*, umas *inter vivos*, outras *mortis causa*, assim como no foro questões sobre ellas. Nas leis nada se acha a este respeito: e os praxistas têm-nas pela maior parte confundido com as doações *propter nuptias* dos Romanos, na verdade não usadas entre nós, mas que differem muito das doações por via de casamento, como notou Guerr. *Quaest. For.* 69. *n.* 10.; concordando porém todos em que ellas gozam de favores. Gam. *Dec.* 163. e 185 Pareceu-nos poder supprir esta omissão com as disposições do *Cod. Civ. Fr.*, que ficam indicadas.

Das doações entre esposos para casamento.

§. 767. Os esposos podem por pacto antenupcial fazer entre si, ou simples, ou reciprocamente, doações *para a vida*, ou *para a morte*, isto é, *inter vivos*, ou *mortis causa*. *L. de 17 de Agost. de* 1761 §. 6. Porém: 1.° taes doações revogam-se, *a*) por inexecução das condições. *b*) No caso de separação perpetua, sómente aproveitam ao conjuge innocente. *Cod. Civ. Fr. art.* 299. 2.° As *doações para a vida* ficam revogadas, se casaram por carta de ametade, segundo o costume do reino. *Ord. L.* 4. *tit.* 65. *pr.* 3.° As *doações para a morte* caducam, se o donatario morre antes do doador, ainda que deixe filhos, á maneira das arrhas. *Cit. Cod. art.* 1093.

Das

Das doações entre marido e mulher.

§. 768. Os conjuges podem ainda depois do casamento fazer doações um ao outro. Porém a fim de evitar o abuso, que desta liberdade podia resultar: 1.° taes doações, ainda que sejam *inter vivos*, são sempre arbitrariamente revogaveis até á morte do doador, *Ord. L.* 4. *tit.* 65. *pr.*; excepto, *a*) se forem taes, que, attentas as faculdades do doado, o não façam mais pobre, *Cit. Ord.* §. 3.; *b*) como as prendas, as dadivas por commiseração, ou por motivo de separação. *L.* 14., *L.* 31. §. 8., *L.* 43., e *L.* 60. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.* 2.° Ficam nullas pela superveniencia de filhos. 3.° Rescindem-se por inofficiosidade. *Cit. Ord. pr.* e §. 1.

CAPITULO II.

DO EMPRESTIMO.

O que seja?

§. 769. Chama-se *emprestimo* o contracto, pelo qual uma pessoa entrega a outra gratuitamente uma cousa, para esta se servir della, com a obrigação de a restituir. Este contracto ou é *commodato*, ou *mutuo*.

I. *Do commodato.*

§. 770. I. *Commodato* é o contracto, pelo qual uma pessoa empresta a outra gratuitamente uma cousa com a obrigação de lhe restituir a mesma individualmente (*in specie*, na phrase de direito romano). Neste contracto é essencial: 1.° a *tradição*, ou *entrega*, pois em quanto esta

se não verifica, dar-se-ha contracto *de commodando*, mas não commodato, nem os direitos e obrigações entre commodante e commodatario: 2.° que seja *gratuito:* se o emprestimo é por paga, degenera em aluguel, ou em contracto oneroso, *Ord. L. 4. tit. 53. pr.*: 3.° que se deva *restituir a mesma*; que por isso ordinariamente se dá nas cousas não fungiveis, e nisto differe do mutuo. Póde porém dar-se nas fungiveis, quando são emprestadas, não para se gastarem, mas com a condição de serem restituidas as mesmas. *Cit. Ord.* §. 1. É claro, que neste contracto o commodatario não adquire a propriedade; sómente tem a detenção, ou posse imperfeita.

Obrigações do commodatario, a) *em quanto á restituição.*

§. 771. O commodatario deve restituir a cousa emprestada: 1.° findo o prazo declarado na convenção. 2.° Se não foi declarado, entende-se o razoavelmente necessario para o uso, para que foi pedida. *Cit. Ord. pr.* 3.° Nada obsta porém a que seja concedida *ad libitum*, e então chama-se *precario*. *L.* 1. *D. de precar.* 4.° Ainda antes de findo o prazo, o commodante a póde pedir: *a*) se lhe sobreveio necessidade imprevista: *b*) ou se o emprestimo era para uso especial do commodatario, que falleceu. *Cod. Civ. Fr. art.* 1889.

b) *Em quanto á conservação.*

§. 772. O commodatario deve conservar e zelar a cousa emprestada com especial cuidado; e por isso: 1.° como só elle tira proveito do

contracto, é responsavel pela culpa levissima, *cit. Ord.* §. 2.; e tanto, que se em caso de perigo salvou as suas, deixando perder as cousas emprestadas, é responsavel por ellas. *Cod. Comm. art.* 303., *cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1882. 2.° Não é responsavel pelo acaso: excepto, *a*) se se convencionou outra cousa; *b*) se está constituido em culpa, ou mora; *c*) se empregou a cousa em uso differente daquelle, para que lhe foi emprestada. *Cit. Ord.* §§. 3. e 4. 3.° É obrigado ás despesas ordinarias da conservação. *L.* 18. §. 2. *D. commod.* 4.° Sendo muitos os commodatarios, são obrigados *in solidum*. *L.* 5. §. 15. *D. eod.*

Obrigações do commodante.

§. 773. O commodante é obrigado: 1.° a indemnizar o commodatario das despesas extraordinarias e urgentes, que este fez com a cousa emprestada, *L.* 18. §. 2. *D. eod.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1890.; 2.° bem como responsavel pelos prejuizos, que ao mesmo resultaram dos defeitos da cousa, que o commodante, sabendo-os, dissimulou. *Cit. L.* 18. §. 3., e *cit. Cod. art.* 1891.

II. *Do mutuo.*

§. 774. II. *Mutuo* é o contracto, pelo qual uma pessoa entrega a outra uma cousa fungivel, para lhe ser tornado outro tanto em quantidade e qualidade. *Ord. L. 4. tit. 50. pr.* É da natureza deste contracto ser gratuito, porém póde ajustar-se premio, ou retribuição do mutuario *Cod. Civ. Fr. art.* 1905. Como este não fica devedor da cousa individual, mas sim da especie (*genus*, na phrase do direito romano), adquire

..

o dominio; e por tanto corre por conta delle todo o risco. *Cit. Ord.*

Obrigações do mutuario e mutuante.

§. 775. O mutuario: 1.° deve restituir cousa igual á que recebeu, em quantidade e qualidade, *cit. Ord.*; 2.° no prazo estipulado: se se não estipulou, *a*) entende-se um espaço razoavel conforme as circumstancias e natureza do negocio, *cit. Ord.* §. 1.; *b*) se o mutuo é de dinheiro a juros, não póde ser por menos de um anno. *Alv. de* 17 *de Jan. de* 1757. 3.° Se o emprestimo foi de pão, o mutuario só é obrigado a dar a especie até o dia 15 de Agosto immediato ao contracto: passado este dia, póde pagal-o a dinheiro, com tanto que seja pelo maior preço, que teve no intervallo. *Ord. L.* 4. *tit.* 20. 4.° Sendo de outros generos, a todo o tempo o mutuario satisfaz, entregando-os: e se isso não é possivel, pagando-os pelo preço currente ao tempo convencionado; é na falta de convenção, ao tempo do contracto. *Cod. Civ. Fr. art.* 1903. 5.° O mutuante é responsavel pelo prejuizo, que resultar dos defeitos da cousa emprestada, que elle dissimulou, sabendo-os. *Cit. Cod. art.* 1898.

Particularidades em quanto á prova deste contracto.

§. 776. Este contracto póde provar-se pelos modos ordinarios (§. 175.). A confissão do mutuario por escriptura, ou escripto particular, de ter recebido o dinheiro, ou objecto mutuado, faz prova contra elle; porém se effectivamente o não recebeu, póde elle, seus herdeiros, ou fiadores reclamal-a dentro em sessenta

dias, fazendo intimar para esse fim o crédor, se não for ausente. *Ord. L.* 4. *tit.* 51. *pr.* e §. 3. O effeito desta reclamação é desvanecer a presumpção, que resultava da escriptura, ou escripto, e impor ao crédor o onus de provar a entrega da cousa emprestada. Se este o consegue, o devedor reclamante deve ser condemnado nas custas em tresdobro além da divida: se o não prova, julga-se a confissão nulla. Não procede a reclamação, *a*) se na escriptura o tabellião porta por fé ter sido entregue o objecto na sua presença e das testemunhas, *cit. Ord.* §. 1.; bem como *b*) se o devedor reconheceu a obrigação, v. g., começando o pagamento. *Cit. Ord.* §. 4.

Do emprestimo de dinheiro.

§. 777. O objecto mais frequente do mutuo costuma ser o dinheiro. Este empresta-se umas vezes *gratuitamente*; outras a *juro*, isto é, com estipulação de certo premio, ou interesse, que o devedor dá ao crédor em indemnização dos prejuizos, que lhe resultam de ficar privado do uso dos seus capitaes, e que deve ser proporcionado ás vantagens, que o devedor poderá tirar do mesmo uso.

Quando é feito a filhos-familias.

§. 778. Para cortar os abusos, o emprestimo feito a um filho-familias, de dinheiro, ou cousa equivalente para elle reduzir a dinheiro, ou seja gratuito, ou a juro, é *civilmente* nullo; e por isso o mutuante não tem direito a repetil-o, 1.° nem do filho, ainda depois de emancipado, nem de seus fiadores, *Ord. L.* 4. *tit.* 50. §. 2.; 2.° nem do pae, excepto em quanto a este,

a) se o filho é caixeiro, ou auctorizado pelo pae para negociar *(quod jussu)*, *cit. Ord.* §. 3.; *b*) se lhe foi emprestado por conta da mezada, que o pae lhe tinha assignado, e que por acaso se retardou, *cit. Ord.* §. 4.; *c*) se o pae approvou expressa ou tacitamente esse emprestimo, *L.* 7. §§. 12. e 15. *D.*, *L.* 2. *Cod. ad SCtum Maced.*; *d*) se o emprestimo foi empregado no pagamento de outra divida legal, ou em utilidade do pae *(de in rem verso)*. *L.* 7. §. 12., e *L.* 17. *D. eod.* (§. 308.). Porém porque existe a obrigação natural, a divida, uma vez paga, já se não póde repetir. *L.* 10. *D. eod.*, *L.* 40. *de cond. indeb.* Vej. Lobão *Seg. Linh. not.* 308.

Dos juros; a) *em geral.*

§. 779. I. Como o mutuo é de sua natureza gratuito, o juro não se presume, e só póde pedir-se, *a*) sendo convencionado, *L.* 24. *D. de praescript. verb.*; *b*) ou quando as leis o determinam. (§. 130.). II. O juro legal é de 5 por ÷ do capital ao anno, *Alv. de* 23 *de Maio de* 1698, e *de* 17 *de Jan. de* 1757.: e entre commerciantes de 6 por ÷. *Cod. Comm. art.* 281. III. Nem se podem estipular mais fortes, *cit. Alv. de* 17 *de Jan.*; excepto: 1.° entre commerciantes, *cit. Cod. art.* 280.; 2.° sendo com a clausula de ficar o capital perdido no fim de uma, ou duas vidas, *cit. Alv. de* 23 *de Maio de* 1698: 3.° ou com a clausula de com elle mesmo se ir amortizando o capital em certo numero de annos. *Alv. de* 22 *de Junh. de* 1768 §. 1., *Dig. Port.* 3. *art.* 1143.

Por direito romano, *L.* 10. *Cod. de usur.*, e *Novell.* 121., o crédor não podia pedir o capital de uma divida, e juntamente uma quantia de juros atrasados, que a excedesse: e se elle tinha recebido em juros, ainda que fosse annual e successivamente, mais do que o capital, já não podia pedir este por inteiro: a regra era, que de uma divida nunca se podia receber além do duplo do capital.

Mell. *L.* 1. *tit.* 3. §. 9., seguindo alguns praxistas antigos, pretende defender esta disposição do direito romano, que na verdade parece estar adoptada na *Ord. L.* 4. *tit.* 70. §. 1.; onde determinando-se que as penas convencionaes não excedam o valor do contracto, se allude tambem aos interesses do contracto do emprestimo, isto é, aos juros.

Com tudo tem-se introduzido a practica em contrario, como attesta a nota do Desembargador Costa no *Repert. das Ordd. vbo.* = *Pena se póde levar até outro tanto*, etc. = Hoje os juros não são reputados pena, mas sim a indemnização dos prejuizos e risco do crédor. O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 851. e 852, expressamente proscreveu aquellas disposições do direito romano: e nos outros codigos não se offereceu esta difficuldade, por terem fixado um mui curto espaço para a prescripção dos juros.

b) *Em quanto ao modo.*

§. 780. IV. É prohibido o *anatocismo*, isto é, o ajuste de que os juros não pagos annualmente ficarão vencendo outros juros. *L.* 28. *Cod. de usur.* Porém nada obsta a que depois de vencidos, e reduzidos a capital por meio de novo titulo, os fiquem vencendo. Lob. *a Mell. L.* 1. *tit.* 3. §. 14. V. O crédor não póde ficar com o juro adiantado na mão, quando empresta, excepto se o juro é menor da taxa da lei, e unicamente de um anno: e quando faça o contrario, póde o devedor descontal-o no capital. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *artt.* 815., 816. e 817. VI. Se o devedor pagou juros, nos casos em que o crédor não tinha acção para lh'os pedir, nem por isso póde repetil-os, nem imputal-os no capital. *Cod. Comm. art.* 282., *Cod. Civ. Fr. art.* 1906. Bem como, se o crédor passou paga do capital, sem resalvar os juros, que se lhe ficaram devendo, presumem-se satisfeitos. *Cit. Cod. Comm. art.* 284., e *Cod. Civ. Fr. art.* 1908.

Do pagamento no emprestimo de dinheiro, em quanto a especie de moéda.

§. 781. Como o mutuario deve restituir cousa igual á que recebeu: 1.° o devedor deve pagar a mesma somma numerica em reis, que recebeu, na moéda corrente ao tempo do pagamento: e isto, ainda mesmo que o valor da moéda fosse alterado no intervallo entre o emprestimo e o pagamento. 2.° Porém se o emprestimo constou de certo numero de especies ou moédas declaradas no contracto, deve tornar igual numero das mesmas especies. *Cod. Comm. art.* 378. 3.° A differença do cambio, havendo-o, é tambem por conta do devedor. 4.° Tendo o emprestimo sido feito em especies metallicas, se por lei se deu curso forçado aos bilhetes, ou titulos de crédito, ou a outras especies de papel moéda, que nas transacções ordinarias correm com rebate ou agio, o devedor deve pagar na moéda, que recebeu, ou se com o favor da lei paga na moéda depreciada, deve indemnizar a differença do agio ao tempo do pagamento. *Port. de 23 de Março de* 1801, transcripta por Lobão na *Diss. sobre o papel moéda* §. 16. 5.° Se porém o emprestimo constou já de moéda, que corria com rebate, a variação deste é por conta do crédor.

Exemplos para esclarecimento. Recebi 14$400 reis sem mais declaração: pago com esta mesma quantia, ainda que o crédor me désse duas peças de ouro, que então valiam 7$200 cada uma, e hoje 8$000 reis. — Se se declarou em *ouro*, ou *prata*, devo completar aquella quantia em especies do mesmo metal. — Porém se confesso ter recebido duas peças (que se entendem de ouro de lei de quatro oitavas), ou dez cruzados novos, devo restituir estas mesmas especies, quer o seu valor subisse, quer descesse.

Recebi 100$000 reis em metal: devo pagar tambem em metal: e se me quero aproveitar do favor da lei, que permitte em todos os pagamentos metade em notas ou papeis de crédito, devo accrescentar o agio. As leis, que entre nós se têm publicado, obrigando o crédor, que deu metal, a receber bilhetes pelo seu valor nominal sem desconto, impondo penas, e prohibindo até o ajuste em contrario, foram leis do momento, e injustas.

Ninguem póde recusar-se a receber estes bilhetes, se elles foram declarados moéda, *Ord. L. 4. titt.* 21. e 22.; mas póde sem infracção da lei pedir a differença do agio. Isto porém entende-se no pagamento do mutuo, e de outros, em que o devedor deve entregar o valor, que recebeu, como o depositario, o procurador: porque em quanto ao pagamento de indemnizações, de prestações, e outros, em que o devedor não recebeu dinheiro, costuma fazer-se o pagamento em bilhetes, e sem desconto: como se faz o dos ordenados. Vej. a *Diss.* de Lobão, citada no §., a qual se encontra no fim do *Appendix ao Dir. emphyt.*

Nos termos da *Ord. L. 4. tit.* 21. ninguem podia ser obrigado a receber em cobre em cada 100$000 reis mais do que a quantia de dez tostões, talvez ultimamente triplicada: porém hoje, na escassez da outra moéda, ninguem faz disto questão.

CAPITULO III.

DO DEPOSITO.

O que seja deposito em geral?

§. 782. *Deposito* é o acto, pelo qual uma pessoa recebe uma cousa alheia com a obrigação de a guardar, e restituir a propria. Póde classificar-se em *deposito propriamente dito*, e em *sequestro. Cod. Civ. Fr. artt.* 1915. e 1916. Dizemos *acto*, porque o sequestro não é rigoroso contracto.

A palavra *deposito* toma-se umas vezes na significação de contracto; e outras *objectivamente* pela cousa depositada

Ainda que uma pessoa prometta guardar a cousa de outrem; em quanto a não recebeu, não ha deposito, mas sim outra especie de contracto.

Definição e natureza do deposito propriamente dito.

§. 783. Diz-se *deposito propriamente dito o* contracto, pelo qual uma pessoa dá a guardar uma cousa movel a outra, que se obriga a restituil-a, quando pelo deponente lhe for pedida. Neste contracto é *essencial:* 1.° a entrega da cousa; sem ella não existe o contracto, nem resultam os direitos e obrigações reciprocas: 2.° cousa movel; as immoveis podem sequestrar-se, porém se alguem commette a outrem o cuidar dellas, dá-se antes o contracto do mandato: 3.° ser dada para guardar, ainda que se lhe permitta o uso: pois se este foi o fim principal, degenera em commodato: 4.° para a restituir, quando o deponente a pedir, no que principalmente differe do sequestro. É *natural* deste contracto o ser *gratuito*; mas póde estipular-se premio (ao que o *Cod. Comm. art.* 306. chama *irregular).* O deposito póde ser ou *voluntario*; ou *necessario (miserabile)*, quando é feito em um estado de perigo, em que o deponente é forçado pela necessidade, como naufragio, ou incendio. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1920.

Pessoas, que o podem contrahir.

§. 784. Em geral este contracto sómente póde dar-se entre pessoas habeis para contractar. Porém: 1.° ainda que o deponente seja, ou se torne incapaz, as obrigações do depositario subsistem para com as pessoas, que o representam, como paes, tutores. *L.* 1. §. 30., e *L.* 11. *D. deposit.* 2.° Se a incapacidade é do depositario, o deponente sómente póde pedir o objecto depositado, se existe em poder delle: se não existe, só lhe póde pedir aquillo, em que se locupletou. *L.* 1. §. 15., e *L.* 21. *eod.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1926.

Obrigações do depositario, a) *em quanto á guarda.*

§. 785. As obrigações do depositario consistem principalmente na guarda e na entrega da cousa depositada. Em quanto á guarda: 1.° deve ter nella o mesmo cuidado, que nas suas proprias: 2.° e em regra só é responsavel pelo dolo e culpa lata. *L.* 1. *Cod. eod.*, §. 3. *Inst. quib. mod. re contrah.* 3.° Responde porém pela leve: *a*) se se offereceu; *b*) se recebe premio pelo deposito; *c*) se é em seu proveito. *L.* 1. §. 35. *D. eod.*, *L.* 4. *D. de reb. cred.* 4.° Responde até pelo acaso, se está em mora; ou passou o deposito a outrem, onde acontecesse o perigo, que não teria acontecido, se elle a tivesse em seu poder. *L.* 3. *D. eod.* 5.° Não póde abrir o deposito, que lhe foi entregue em cofre fechado, ou maço lacrado, *Cod. Civ. Fr. art.* 1931.; 6.° nem servir-se delle sem licença do deponente. *L.* 3. *Cod. eod.*

Se é em seu proveito. Eu saía para fóra da terra; e vós lembrastes-vos de que talvez na minha ausencia precisasseis de dinheiro para uma compra; o qual com tudo não querieis emprestado, sem ter a certeza da necessidade. Eu consinto em deixar depositado na vossa mão o dinheiro, com a faculdade de vos servirdes delle, se vos for necessario: neste caso sois responsavel por toda a culpa, como o commodatario. *L.* 4. *D. de reb. cred.*

b) *Em quanto á entrega.*

§. 786. Em quanto á entrega: o depositario deve: 1.° restituir a *mesma* cousa, que recebeu, ainda que seja fungivel: e por tanto, se

o deposito consiste em dinheiro, deve restituir as *mesmas* especies, sem attenção ao augmento, ou diminuição do valor, *Cod. Civ. Fr. art.* 1932.; excepto *a*) se se estipulou outra cousa, *b*) em deposito commercial de dinheiro, *Cod. Comm. art.* 307.: 2.° com todos os fructos e accessões, *L.* 1. §. 24. *eod.*; mas não juros do deposito de dinheiro, em quanto se não der mora. 3.° Deve entregal-a no logar ajustado: na falta de ajuste, no logar do contracto: mas as despesas da entrega são por conta do deponente. *L.* 5. § 1., e *L.* 12. §. 1. *eod.*, *cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1942. 4.° Se o objecto é divisivel, póde entregar as partes respectivas a cada um dos coherdeiros: se o não é, póde entregal-a a um, dando este caução de satisfazer aos outros as suas partes. *Cit. L.* 1. §. 36. *eod.* 5.° Não póde excusar-se da entrega, *a*) com o fundamento de ser a cousa alheia, *cit. L.* §. 39.; *b*) nem com a compensação, salvo se for de despesas feitas na conservação della. *Ord. L.* 4. *tit.* 78. §. 1., *Cod. Civ. Fr. art.* 1948. 6.° O depositario, que não entrega, póde ser preso, até entregar, ou indemnizar. *Ord. L.* 4. *tit.* 49. §. *ult.*, e *tit.* 76. §. 5.

Obrigações do deponente.

§. 787. O deponente é obrigado: 1.° a indemnizar o depositario de todas as despesas feitas na conservação e guarda, e dos prejuizos, que o deposito lhe tiver causado, *L.* 23. *D. eod.*; 2.° bem como a satisfazer o premio, se foi estipulado, *L.* 1. §§. 8. e 9. *eod.*; 3.° a acceitar o deposito, a todo o tempo que o depositario se quizer exonerar, ou a consentir em ser sequestrado. Domat *L.* 1. *tit.* 7. *sect.* 2. *art.* 4.

Do deposito necessario.

§. 788. Ao *deposito necessario* pertence: 1.° o feito por occasião de incendio, roubo, naufragio, ou outro accidente extraordinario: 2.° o dos effeitos, que os passageiros, ou hospedes recolhem nas estalagens, ou hospedarias. *Cod. Civ. Fr. art.* 1952. Os estalajadeiros e donos das hospedarias, *a*) são responsaveis por todo o roubo, ou prejuizo nos effeitos do passageiro, ou seja causado pelos seus domesticos e criados, ou por estranhos, que entram e sáem, *cit. Cod. art.* 1953.; sem que lhes aproveite a excusa de terem dado ao hospede a chave do quarto. Peg. *For.* 1.° *cap.* 3. *n.* 290. *b*) Pagando ao hospede, ou passageiro o objecto furtado, fica-lhes subrogado o direito e acção contra o ladrão. *L.* 6. §. 4. *D. naut. caup. stab.*

Por direito romano *L.* 1. §. 1., e *L.* 18. *D. depositi*, o depositario, que desencaminhava o deposito miseravel, era condemnado no duplo. Pelo *Cod. Civ. Fr. artt.* 1923. e 1950. não tem outra differença, senão poder o necessario provar-se por testemunhas, quando o voluntario, excedendo a 50 francos, só o póde ser por escripto.

Do sequestro.

§. 789. Quando o deposito é de cousa litigiosa, chama-se *sequestro*. O depositario é obrigado a guardal-a, e entregal-a, depois de finda a contestação, áquelle, a quem pertencer, *Cod. Civ. Fr. art.* 1956. Differe do deposito propriamente dito: 1.° em ter logar nas cousas litigiosas: 2.° em poder dar-se nos bens de raiz, *L.* 17. *D. depos.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1959.; 3.° em não poder o depositario exonerar-se antes de finda a contenda, excepto havendo algum mo-

tivo extraordinario. *L.* 9. §. 3. *D. de dolo mal., cit. Cod. art.* 1960.; 4.° em vencer ordinariamente salario. *Cit. Cod. art.* 1957.

Suas especies.

§. 790. O *sequestro* póde ser ou *voluntario*, quando dous litigantes convem em ser depositado o objecto litigado, e elles mesmos se accordam sobre a pessoa do depositario: ou *judicial*, feito por mandado do juiz. I. Este umas vezes manda proceder a sequestro *ex officio;* como *a*) no caso de receio de rixas sobre quem deva ser cabeça de casal, *Ord. L.* 4. *tit.* 95. §. 2.; *b*) quando algum dos coherdeiros, ou o cabeça demoram as partilhas com duvidas frivolas, *cit. Ord. tit.* 96. §§. 12. e 13.; *c*) nos casos crimes. *Ord. L.* 5. *tit.* 126. §. 11., e *tit.* 127. §. 2. II. Outras vezes a requerimento de parte; como *d*) quando o usufructuario não presta caução, *L.* 5. §. 1. *D. ut leg. servand. caus. cav.; e*) quando o réo demandado por objecto movel não possue bens de raiz, e é suspeito de fuga. *Ord. L.* 3. *tit.* 31. *pr.; f*) ou sendo demandado por bens de raiz, não tem outros, e se receia que os destrúa, *L.* 21. §. *fin. D. de appell. et relat.; g*) quando o devedor consigna em juizo a divida para se libertar: *h*) nos casos de embargo, ou arresto: *i*) nos de penhora, e outros.

Obrigações do depositario judicial.

§. 791. Ainda que no sequestro judicial se não dê rigoroso contracto, com tudo ao depositario incumbem as mesmas obrigações, que no deposito propriamente dito. Não póde por tanto: 1.° empregar no seu uso, nem emprestar os bens sequestrados, sob pena de privação dos seus salarios e responsabilidade por perdas e interesses. *Cod. de Proc. Civ. Fr. art.* 603. 2.° Dos bens moveis tem a simples guarda, mas dos de raiz tem tambem a administração, devendo mandal-os cultivar, recebendo as rendas, colhendo os fructos, requerendo ao juiz a venda dos que admittem corrupção, e dando conta de tudo. Lob. *Exec.* §. 101., Reinos. *Obs.* 37. *n.* 8. 3.° Sendo semoventes, deve sustental-os, se as partes o não fizerem, com o direito de retenção até ser embolsado. Mor. *de exec. L.* 6. *cap.* 12. *n.* 54., Per. e Sous. *Pr. Linh. Civ, not.* 826. 4.° Deve dar conta do deposito, ou entregal-o, á vista do mandado do juiz, pena de prisão. *Ord. L.* 4. *tit.* 49. §. 1. 5.° Por lei recebe de premio 5 por ÷ do rendimento dos bens de raiz, que é o premio ordinario estabelecido para os administradores de bens alheios: pela guarda do dinheiro, e moveis incorruptiveis, 1 por ÷ do seu valor; e sendo corruptiveis, 2 por ÷ do producto da arrematação, *Alv. de* 25 *de Ag. de* 1774 §. 16.; sendo semoventes, o salario deve ser arbitrado por louvados. *Dig. Port.* 3. *artt.* 721. e 727.

CAPITULO IV.

DO MANDATO.

O que seja?

§. 792. *Mandato* é o contracto, pelo qual uma pessoa se encarrega de practicar em nome de outra certo acto, ou de administrar um ou mais negocios alheios. Aquelle, que encarrega o negocio, chama-se *constituinte*, ou *mandante:* e aquelle, que o acceita, chama-se *procurador*,

ou *mandatario*: e o titulo, que o mandante entrega para este effeito, chama-se *procuração.*

Nas nossas leis, á excepção do *Cod. Comm.*, nada se encontra a respeito do mandato, nem nos tractados dos praxistas. Apenas em alguns logares da *Ord.*, e em Mell. *L. 4. tit.* 3. §. 10. se tracta dos procuradores judiciaes.

Facil é de entender, que ainda que a procuração seja passada pelo constituinte, não existe o contracto, em quanto o procurador não acceita.

Natureza deste contracto.

§. 793. 1. Neste contracto é essencial a acceitação, ou expressa, ou tacita, inferida de factos, que se não practicariam, se se recusasse. *L.* 6. §. 2., *L.* 18. *D. mand.* Quando alguem obra um acto sem procuração, mas o senhor do negocio o ratifica, esta ratificação aperfeiçôa o contracto, e tem os mesmos effeitos. *L.* 60. *D. de reg. jur.* II. Este contracto é de sua natureza gratuito: mas póde-se ajustar um premio, ou salario para o procurador, *cit. L.* 6. *pr.*; o qual se subentende, *a*) quando este faz disso o seu modo de vida, *b*) ou quando por lei lhe está determinado. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 13. *art.* 74.

Seu objecto.

§. 794. Podem ser objecto deste contracto: 1.° todos os factos, com tanto que sejam licitos e honestos, *cit. L.* 6. §. 3.; antes pelos factos illicitos o procurador póde incurrer, como cumplice, na mesma pena, que o constituinte, *L.* 5 *Cod. de accus.* (§ 135.): 2.° assim como ou certos e determinados negocios, e chama-se procuração *especial*; ou todos os negocios do constituinte, e então chama-se *geral. Cod. Comm.* *art.*

art. 765. Na procuração geral porém não se entendem senão os actos administrativos; nunca a alienação ou disposição dos bens, que se não comprehenda na administração; nem outros actos graves, para os quaes as leis exigem procuração especial, se não vem expressamente declarados. *Cit. art.*, *L.* 53., 60. e 63. *D. de procurat.* 3.° Além disso podem ser objecto da procuração os negocios judiciaes, ou extrajudiciaes; e daqui provém a divisão entre procurações *judiciaes*, e *extrajudiciaes.*

Os interpretes do direito romano pretendiam, que o procurador *cum libera administratione* podesse alienar; não assim o *simpliciter.* O *Cod. da Austr. art.* 1008. faz distincção entre os actos, que póde practicar o procurador em virtude de uma procuração *especial*, *para fazer todos os actos, que forem a bem do constituinte*, que corresponde á *cum libera administratione*; e vem a ser — comprar e vender, contractar emprestimos, receber dividas, transigir, e intentar ou defender litigios: e os outros actos, que não póde practicar, se na procuração não são individualmente designados; e taes são — fazer doações, renunciar direitos, formar contractos de sociedade, compromettersse em arbitros, etc. Parece-nos ser este mesmo o espirito do Codigo Francez (§. 745.).

Sua fórma.

§. 795. O mandato: 1.° póde ser celebrado *a*) verbalmente; *b*) por missivas, ou mensageiros, *L.* 1. §. 1. *D. mand.*; *c*) por escriptura, ou acto lavrado por tabellião; *d*) por escripto particular de pessoa qualificada. *e*) As procurações judiciaes podem ser feitas *apud acta. Ord. L.* 3. *tit.* 29. *pr.* 2.° Póde ser puro, até certo tempo, ou condicional. *Cit. L.* 1. §. 3.

Obrigações do mandatario.

§. 796. O procurador, corretor, e commis-

sario de officio, que não quer acceitar a procuração, deve participal-o ao mandante a tempo de este poder encarregar o negocio a outrem, sob pena de responsabilidade, como se acceitasse. *L.* 22. §. *fin. eod.*, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 13. *art.* 15. II. Acceitando: 1.° deve desempenhar o negocio com toda a diligencia, *L.* 12. *Cod. eod.*; 2.° por si; ou por outrem, quando o negocio for tal, que não exija a sua assistencia, e isso lhe não seja prohibido; ficando responsavel pelos factos desse, a quem o confiou. *L.* 8. §. 3. *D. eod.*, *L.* 28. *D. de neg. gest.* 3.° Se lhe foi dado poder de substabelecer, só fica responsavel pelos factos do substabelecido, sendo elle manifestamente inhabil. *L.* 21. §. 3. *D. de neg. gest.* 4.° Se o negocio não é deixado ao seu arbitrio, deve conformar-se precisamente com os termos da procuração, ou instrucções, nem póde excedel-as com prejuizo do constituinte. *Cod. Civ. Fr. art.* 1989. 5.° É responsavel pela culpa ainda levissima. *L.* 13. *Cod. mand.*, *L.* 23. *de reg. jur.* 6.° Deve dar contas da gerencia, ou administração, e de tudo o que recebeu como procurador, ainda que não pertença ao constituinte. *L.* 12. §. 9. *D. mand.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1993. 7.° Deve juros das quantias, que empregou em seu proprio uso; mas não do alcance das contas, excepto desde a mora. *Cod. Comm. art.* 294., *Cod. Civ. Fr. art.* 1996. 8.° Sendo muitos os procuradores, as suas obrigações não são solidarias, excepto se acceitaram com essa declaração. *Cit Cod. Comm. art.* 785.

A pezar da regra de que aquelle, que não tira interesse do contracto, não é responsavel senão pela culpa lata, adoptamos o principio seguido pelos interpretes, em quanto ao mandatario, fundados na *L.* 13. *Cod. mandat.*, que unicamente o alivia do acaso, pelas razões desinvolvidas na *L.* 21. *eod.*: *Aliena*

negotia exacto officio geruntur; nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

O *Cod. da Pr. cit. art.* 57. sómente o torna responsavel pela levissima, quando se lhe encarregou o negocio por se inculcar com aptidão, e arte especial. O *Cod. Civ. Fr. art.* 1992. responsabiliza-o, como em direito romano, por toda a especie de culpa; porém quer, que o juiz seja menos rigoroso com o procurador gratuito, do que com o assalariado.

Obrigações do mandante, ou constituinte.

§. 797. O mandante, ou constituinte, contrahe obrigações para com o procurador, e para com os terceiros, que tractaram com este. Em quanto ao procurador: 1.° é obrigado a satisfazer-lhe o salario convencionado, ou o legal: 2.° a indemnizal-o das despesas por elle feitas com o negocio; sem poder allegar, que se podia fazer mais barato, ou que não foi bem succedido, *L.* 29. §. 4. *D.*, e *L.* 4. *Cod. eod.*; 3.° a pagar-lhe juros do dinheiro, que elle adiantou para a expedição do negocio. *Cod. Civ. Fr. art.* 2001. 4.° Se os constituintes são muitos conjunctamente em negocio commum, ficam todos obrigados solidariamente. *Cod. Comm. art.* 786. Em quanto a terceiros: 5.° é obrigado ao cumprimento das obrigações contrahidas pelo procurador, *cit. Cod. art.* 773.; excepto, *a*) se o negocio não era comprehendido na procuração: *b*) ou o procurador excedeu as instrucções, uma vez que expressa, ou tacitamente o não tenha ratificado. Delvinc. *Tom.* 3. *L.* 4. *chap.* 2. *pag. (mihi)* 133. 6.° Quando o procurador recebeu, e acceitou, o mandato de conferir uma vantagem a terceiro, este tem acção tanto contra o procurador, como contra o mandante, pelo cumprimento. *Cod. da Austr. art.* 1019.

Como acaba o mandato?

§. 798. O mandato acaba: 1.° findo o negocio, ou o termo, por que fôra concedido; ou verificada a condição resolutiva, *cit.* Delvinc. *pag.* 134.; 2.° pela morte natural, ou civil do mandante: porém, *a*) havendo grave prejuizo na demora, o procurador póde validamente concluir o negocio, que estava principiado antes. *L.* 27. §. 2. *D. eod. b*) São válidos os actos practicados em boa fé pelo procurador, em quanto elle ignorava a morte do constituinte. *Cod. Comm. art.* 824. 3.° Cessa tambem pela morte do procurador: porém seus herdeiros devem avisar o constituinte; e em quanto elle não dá providencias, fazer em seu proveito o que as circumstancias exigirem. *Cod. Comm. art.* 825., e *Cod. Civ. Fr. art.* 2010. 4.° Pela revogação expressa; ou tacita, v. g., constituindo outro procurador para o mesmo negocio; porém neste caso a procuração anterior só fica revogada desde a notificação. *Cod. Comm. art.* 821. Nem o mandante fica desobrigado para com terceiros, que ignorando-a tractaram com o procurador, ainda que possa obrigar este pela indemnização. *Cod. Civ. Fr. art.* 2005. 5.° Pela renuncia do procurador, com tanto que seja participada em tempo competente. *L.* 22. §. 11. *D. eod.* Se o negocio porém já está principiado de maneira, que o constituinte o não póde ultimar, nem encarregar a outro sem prejuizo, o procurador fica responsavel por perdas e interesses; excepto se está impossibilitado de o continuar sem grave prejuizo proprio, como molestia, necessidade de se ausentar. *Cit. Cod. Comm. art.* 822. 6.° Cessa tambem pela fallencia. *Cit. Cod. art.* 818.

Do procurador in rem propriam.

§. 799. A clausula inserta na procuração de que o procurador administrará o negocio como cousa sua, ou *in rem propriam*, como ordinariamente se costuma, inverte a natureza deste contracto; e importa cedencia gratuita, ou onerosa, conforme é feita por liberalidade, ou com retribuição (§. 155.). Por isso tal procuração: 1.° não acaba pela morte de qualquer das partes: 2.° nem póde ser livremente revogada pelo constituinte: 3.° como o procurador adquire direito ao objecto, sobre que versa a procuração, não fica sujeito a dar contas: 4.° póde practicar todos os actos relativos ao negocio, sejam, ou não, comprehendidos na procuração. Guerr. *Tr.* 4. *L.* 6. *cap.* 2. *n.* 116.

CAPITULO V.

DA NEGOTIORUM-GESTÃO.

O que seja?

§. 800. Com o mandato tem muita affinidade a *negotiorum-gestão*, que é a administração voluntaria de negocios alheios, feita sem procuração. Waldeck §. 698. Deste simples acto nascem direitos e obrigações reciprocas entre o dono do negocio e o gestor: mas porque se não dá verdadeiro contracto, nem consentimento expresso, os JCtos romanos consideravam este acto como um quasi contracto, partindo da regra de direito de que — todos consentem nos factos, de que lhes resulta proveito, e de que — ninguem se quer locupletar com o prejuizo de outrem. Mell. *L.* 4. *tit.* 4. § 1.

Obrigações do gestor.

§. 801. Ao gestor em geral incumbem as mesmas obrigações, que ao procurador: e por tanto: 1.° depois de principiada, deve, se ha perigo, seguir a gestão, até que o dono providenceie; bem como dar contas, e restituir tudo o que recebeu. *L.* 2. e 23. *D. de neg. gest.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1372. 2.° Porque se offereceu voluntariamente, é responsavel até pela culpa levissima. §. 1. *Inst. de oblig. quae quasi ex contr.* Porém, *a*) se se encarregou dos negocios por necessidade, ou para que se não percam, sómente é responsavel pelo dolo e culpa lata. *L.* 3. §. 9. *D. eod. b*) Se tentou empresas temerarias, ou practicou obras arbitrarias, que não eram de necessidade para prevenir algum prejuizo, fica responsavel até pelo acaso. *L.* 11. *eod.*

Obrigações do dono dos negocios.

§. 802. I. O dono dos negocios é obrigado a indemnizar o gestor das despesas necessarias e uteis, *L.* 2. e 45. *eod.*; com tanto que *a*) o negocio fosse em sua utilidade, ainda mesmo que por algum incidente esta se não effectuasse, *L.* 10. §. 1., e *L.* 12. *eod.*; *b*) que o dono o não prohibisse, *L. ult. Cod. eod.*; *c*) que se não presuma da parte do gestor animo de doar. *L.* 11. e 15. *Cod. eod.* II. Como o fundamento da obrigação é a utilidade, que tira dos negocios, fica obrigado, *d*) ainda que seja incapaz de obrigações, como o menor, *L.* 3. §§. 4. e 5. *D. eod.*; *e*) quer o soubesse, quer não. *Cod. Civ. Fr. art.* 1372. III. Se o negotiorum-gestor administrava conjunctamente negocio proprio, o dono só fica obrigado a indemnizal-o *pro parte*. *L.* 31. §. 7. *D.*, *L.* 3. *Cod. eod.* Se a utilidade deste proveio por incidente do negocio proprio do gestor, nenhuma indemnização lhe deve. *L.* 6. §. 4. *D. eod.*

SECÇÃO 4.ª

DOS CONTRACTOS ONEROSOS.

Razão de ordem.

§. 803. Aos contractos *onerosos* pertencem principalmente a *compra e venda*, o *escambo* ou *permutação*, a *locação-conducção*, e a *sociedade.*

CAPITULO I.

DA COMPRA E VENDA.

O que seja.

§. 804. *Compra e venda* é o contracto, pelo qual uma pessoa se obriga a entregar certa cousa a outra, recebendo desta um preço determinado. *Cod. Comm. art.* 453. Além dos requisitos geraes, é essencial a este contracto: 1.° a *cousa certa*, cuja propriedade se transfere; e nisto differe da locação-conducção, e de outros contractos: 2.° e o *preço* consistente em dinheiro, no que differe da permutação. A escriptura não é essencial; excepto, *a*) se se ajustou; *b*) nas vendas de bens de raiz, por ser o costume geral. *Dig. Port.* 3. *art.* 185. Nestas é tambem essencial para a validade do contracto o pagamento da siza. *Ord. L.* 1. *tit.* 78. §. 14., *L. de* 2 *de Out. de* 1841.

Ainda que o contracto da *permutação*, *troca*, ou *escambo* seja o primitivo contracto oneroso, com tudo, desde que se inventou a moéda, o de compra e venda tornou-se o mais importante, e mais commum, não só em commercio, mas ainda em todos os negocios ordinarios da vida: que por isso tem merecido aos legisladores especial attenção, e occupado o primeiro e avultado logar nos codigos de todas as nações. No *Digesto* as doutrinas relativas a este contracto fazem o objecto dos 7 *titulos do Liv.* 18., e ainda do *tit.* 1. *do Liv.* 19., com outros muitos correspondentes no *Cod.* Nas nossas *Ordd.* pertencem a este contracto os primeiros 21. *titulos do Liv.* 4., pela maior parte transcriptos das anteriores, e quasi geralmente deduzidos do direito romano. No *Cod. Comm.* encontram-se tambem os principios geraes sobre este contracto, extrahidos da *Cod. Civ. Fr.*

O costume de ser a venda de bens de raiz feita por escripto, é geral: mas a escriptura publica sómente se costuma nos termos da *Ord. L.* 3. *tit.* 59., quando a venda excede a 12$000 reis: e ainda hoje, supposto que a venda de maior quantia se possa provar por escripto particular; se, depois de paga a siza, o comprador exigir escriptura publica, parece-nos que o vendedor poderá ser condemnado a assignar-lh'a. Vej. o §. 738.

Pessoas, que não podem vender.

§. 805. Podem vender todos os que têm a livre administração de seus bens. Exceptuam-se: 1.° pelo receio de fraude, os paes, os quaes não podem vender bens a filhos, netos, e mais descendentes, sem consentimento dos outros filhos e descendentes, ou expresso, ou supprido judicialmente, *Ord. L.* 4. *tit.* 12; 2.° o fallido, depois de declarada a quebra. *Cod. Comm. art.* 1132. 3.° O executado não póde vender os bens penhorados, sem consentimento do exequente. Silv. *ad Ord. L.* 3. *tit.* 86. §. 1. *n.* 33. 4.° Por disposição da lei, os menores, ainda que sejam emancipados, não podem vender, nem alhear bens de raiz sem auctoridade do pae, ou mãe, se forem tutores, ou do Conselho de familia. *Reg. Jud. art.* 453. 5.° O marido tambem não póde alhear bens de raiz sem outorga da mulher. *Ord. L.* 4. *tit.* 48. *pr.*

Pessoas, que não podem comprar.

§. 806. Não podem comprar: 1.° as igrejas e corpos de mão morta bens de raiz sem dispensa da lei da amortização. *Ord. L.* 2. *tit.* 18. *pr.* e §. 2. 2.° Por evitar conloios, os juizes e escrivães, bem como os tutores e curadores dos órphãos, não podem por si, nem por interposta pessoa, comprar os bens destes e das outras pessoas, que lhes são equiparadas, nem mesmo arrematal-os em hasta publica, *Ord. L.* 1. *tit.* 88. §§. 29. e 30.; 3.° nem o testamenteiro os bens que ficaram da herança. *Cit. Ord. tit.* 62. §. 7. 4.° Nem o procurador póde arrematar os bens, cuja venda lhe foi encarregada, *L.* 34. §. 7. *D. de contr. empt.*; 5.° nem os véreadores os bens municipaes, nem os administradores de estabelecimentos publicos os bens destes, *Cod. Civ. Fr. art.* 1596.; 6.° nem os empregados da venda de bens nacionaes, esses bens, que se vendem pelo seu cargo. *Cit. Cod.* 7.° Para obstar ao abuso do poder, não podem os magistrados temporarios, nem seus officiaes comprar objectos para negociar no districto de sua jurisdicção, nem bens de raiz a pessoas do mesmo. *Ord. L.* 4. *tit.* 15. *pr.*, e §. 1.

Quaes cousas podem ser objecto deste contracto?

§. 807. Podem vender-se todas as cousas, de que se póde tirar utilidade; 1.° ou sejam existentes; 2.° ou futuras; tanto certas, v. g., os fructos; como incertas, com tanto que se venham a verificar, como o lanço de uma rede,

Cod. Comm. art. 464., *L.* 8. *pr.*, e §. 1. *D. de contr. empt.*: 3.° os direitos e acções. Poth. *Contr. de vent. P.* 1. *n.* 6. Não se podem vender: 4.° as cousas fóra do commercio, v. g., as comidas corrompidas, os venenos, as estampas e livros obscenos, *Ord. L.* 5. *tit.* 89.; 5.° nem as litigiosas, *Ord. L.* 4. *tit.* 10. §. 3.; 6.° nem os bens de raiz dotaes, Mell. *L.* 2. *tit.* 9. §. 14. (§. 273.); 7.° nem as heranças de pessoas vivas, sem o consentimento destas. *L.* 30. *Cod. de pact.* (§. 731.). 8.° Os bens das igrejas, e dos estabelecimentos publicos, não podem ser vendidos sem auctoridade do Governo, *Ord. L.* 2. *tit.* 24.; 9.° nem os dos menores, ausentes, ou interdictos, sem auctoridade do Conselho de familia, *Ref. Jud. art.* 402. e 403.; 10.° nem os bens, cuja alienação é prohibida, ou absolutamente; ou com certas restricções, quer estas sejam estabelecidas pelas leis, como os de morgado, quer por convenção, ou disposição testamentaria. *Ord. L.* 4. *tit.* 11. §. 1.

A venda de cousa alheia é nulla: e o comprador tem acção de perdas e interesses contra o vendedor, excepto se sabia que era alheia. *Ord. L* 3. *tit.* 45. §. 5., *Cod. Comm. art.* 468. Entretanto a venda de cousas moveis, quando não são furtadas, é válida nos termos da legislação franceza; o comprador não é obrigado a restituir; e o proprietario só tem acção contra o vendedor pela indemnização.

A venda de uma cousa como existente, quando ella realmente tinha perecido, é nulla. *L.* 44. e 57. *pr. D. de contr empt.* Se ella tinha perecido em parte, ou estava notavelmente deteriorada, o comprador póde ou desfazer a venda, ou pedir rebate no preço. *Cit. Cod. Comm. art.* 469.

Do preço.

§. 808. O *preço* deve constar de dinheiro; e ser: 1.° verdadeiro e real, *L.* 55. *D. de contr.*

empt.; 2.° certo e determinado, ou *a*) pelas proprias partes, *b*) ou por compromisso em louvados, *Ord. L.* 4. *tit.* 1. §. 1.; *c*) ou pela lei, estylos, ou tarifas das Camaras. *Dig. Port.* 3. *art.* 233. Nada obsta porém, que as partes o deixem a arbitrio de um terceiro; ou dependente de um acontecimento futuro, v. g., pelo que esse genero der em certo logar, ou em certo mercado. *Cod. Comm. art.* 465. O preço dos cereaes vendidos a crédito não póde exceder o mais alto, que tiverem na mesma terra até 15 de Agosto seguinte. *Ord. L.* 4. *tit.* 20. 3.° Deve ser *justo*, isto é, equivalente ao valor commum da cousa vendida. Porém ainda que seja menor, nem por isso póde o vendedor pedir mais; excepto no caso de *lesão enorme*. *Ord. L.* 4. *tit.* 13. *pr.* (§. 737.). Para se liquidar a lesão neste caso, deve accrescentar-se ao preço convencionado a estimação de todos os encargos e condições da venda, e das despesas, que pelo comprador foram feitas, como siza e laudemio. *L.* 75. e 79. *de contr. empt.*, Lob. *Tr. das aval.* §. 34. *e seg.* Tambem se póde dar lesão da parte do comprador, desde que comprou por quinze aquillo, que valia só dez. *Cit. Ord.*

Obrigações do vendedor: I. *em quanto á entrega.*

§. 809. As obrigações do vendedor reduzem-se principalmente: I. á entrega da cousa vendida: II á garantia. Em quanto á primeira, é obrigado: 1.° a entregal-a com todas suas pertenças e accessorios, entre os quaes se contam os titulos respectivos, *Cod. Comm. art.* 477, *L.* 11. § 2., *L.* 13. §. 10., e *L.* 27. *D. de act. empt.*; 2.° no logar convencionado; e na falta de convenção, no logar, onde ella se achava ao tempo

da venda, *Cod. Comm. art.* 474.; 3.° immediatamente ao contracto; ou na epocha determinada: 4.° com tanto que o comprador lhe pague o preço no mesmo acto, ou tenha ajustado, ou obtido espera; alias póde resilir do contracto, ou demandal-o pelo preço. *Cit. Cod. art.* 476., *Cod. Civ. Fr. art.* 1612. 5.° No caso de espera, se o comprador falliu, ou se poz em risco de não pagar, o vendedor póde retel-a, até que aquelle preste caução. *Cit. Cod. Comm.* 6.° Se entrar em duvida, qual fará primeiro a entrega, ambos farão deposito na mão de terceiro. *Ord. L.* 4. *tit.* 5. §. 1. 7.° Deve entregal-a com os fructos posteriores á venda. *Cod. Civ. Fr. art.* 1614. 8.° Deve guardal-a até á entrega, sendo responsavel pela culpa leve, *L.* 35. §. 4. *D. de contr. empt.*; porém, se houver mora do comprador na acceitação, só é responsavel pelo dolo. *L.* 17. *D. de peric. et comm. rei vend.* 9.° Todas as despesas anteriores á entrega pertencem ao vendedor, v. g., as da medição: as posteriores, ao comprador, v. g., as da arrecadação. *Cit. Cod. Comm. art.* 474., e *Cod. Civ. Fr. art.* 1608. 10.° Quando não seja possivel entregar a cousa, deve o vendedor indemnizar as perdas e interesses. *Ord. L.* 4. *tit.* 2. *pr.*

II. *Em quanto á garantia.*

§. 810. II. A obrigação do vendedor em quanto á garantia tem dous objectos: 1.° assegurar a propriedade, e posse pacifica da cousa vendida, e por tanto prestar a *evicção:* 2.° indemnizar os defeitos occultos, ou *vicios redhibitorios* (§. 742).

a) *Da prestação da evicção.*

§. 811. *Evicção* é a perda, que o possuidor de uma cousa comprada soffre em parte, ou em todo, em virtude de sentença obtida por um terceiro, que a ella tinha direito anterior á venda. Quando isto acontece, o vendedor é obrigado a indemnizar o comprador, ao que se chama *prestar a evicção.* Heinecc. *Pand. P.* 4. §. 69. Porque esta obrigação é apenas *natural* aos contractos: as partes podem *a*) renuncial-a; assim como *b*) reforçal-a, v. g., obrigando-se ao duplo, ou dando fiador, *Ord. L.* 3. *tit.* 45. §. 3., e *L.* 4. *tit.* 5. *pr.*; ou *c*) diminuil-a, *L.* 60. e 74. §. 1. *D. de evict.* Porém no caso de renuncia das garantias, não se entende renunciada a obrigação de restituir o preço; excepto se o comprador foi informado do perigo da evicção, ou comprou por sua conta e risco. *Cod. Comm. art.* 481. e *Cod. Civ. Fr. art.* 1629.

A garantia da obrigação pessoal dos contractantes é essencial aos contractos: seria contra os bons costumes, e por tanto nulla, a clausula em contrario: porém garantir os factos de terceiro, é circumstancia apenas natural, e por tanto livre ás partes convencionar a esse respeito o que lhes parecer. Assim o vendedor, que ao tempo da venda não tinha a propriedade da cousa vendida, ainda que depois a obtenha, v. g., por herança, nem por isso a póde pedir por evicção. É a doutrina do *art.* 480. *do Cod. Comm.*, extrahida do 1627. e 1628. *do Cod. Civ. Fr.* Sobre os fundamentos da obrigação da evicção, vej. Lobão *Suppl. ás Seg. Linh. Dis.* 1.

As doutrinas sobre evicção acham se na *Ord. L.* 3. *tit.* 45., expostas mais com relação ao processo da autoria, do que ao objecto da prestação. Seguimos, como subsidiario, o direito romano no titulo *de evictionibus.*

O que deva prestar-se?

§. 812. O vendedor no caso de evicção re-

põe: 1.° o preço, que recebeu, ou o valor da cousa ao tempo da evicção, á escolha do evicto. *Ord. L.* 3. *tit.* 45. §. 3. Porém se ella tiver soffrido deteriorações, das quaes o comprador tirou proveito, póde o vendedor reter a porção do preço igual a esse proveito. *Cod. Comm. art.* 483., e *Cod. Civ. Fr. art.* 1632. 2.° Restitue tambem todas as despesas do contracto, e da adquisição: 3.° assim como os fructos e rendimentos, quando o comprador evicto foi obrigado a restituil-os: 4.° e as despesas das demandas, tanto da originaria com o tercéiro, como da outra sobre a prestação da evicção, *cit. Cod. Comm. art.* 482., e *Cod. Civ. Fr. art.* 1630.; 5.° as bemfeitorias, que ao comprador não pagou o terceiro reivindicante; mesmo as voluptuarias, se o vendedor vendeu em má fé. *L.* 45. §. 1. *D. de act. empt.*, *L.* 9. *Cod. de evict.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1635. 6.° Quando a evicção sómente foi de parte da cousa, ou de encargo, que diminuiu a estimação: *a*) ou é tal, que nesse estado o comprador não compraria, e então póde desfazer a venda; *b*) ou no caso contrario, ou ainda se, sendo importantes, elle prefere o objecto comprado, póde pedir a estimação da parte evicta conforme ao tempo da evicção. *Cit. Cod. Civ. Fr. artt.* 1636. *e* 1637

Se o comprador venceu o litigio, em que o terceiro lhe demandava a cousa comprada: poderá pedir ao vendedor as despesas, que fez, além das custas? Lobão *na Diss. acima cit.* resolve negativamente.

Da autoria.

§. 813. Para que o comprador possa obrigar o vendedor pela evicção, é necessario: 1.° tel-o chamado á *autoria* na acção, em que

a cousa lhe foi evicta, isto é, tel-o feito citar antes da contrariedade, para a vir defender; porque póde ter meios de defesa particular, e é elle o principalmente interessado, *Ref. Jud. art.* 322.; excepto se elle estiver ausente fóra do reino. *Ord. L.* 3. *tit.* 45. *pr.* Se o chamado á autoria nomeia outro, de quem houve a cousa, deve-se-lhe conceder novo prazo para a citação, e assim por diante, se forem muitos. *Cit Ord.* §. 1. e *tit.* 44. §. 1. 2.° Se o chamado á autoria não comparece, ou não acceita a defesa, deve o comprador defendel-a sem dolo, e appellar da sentença, quando tenha logar este recurso. *Cit. Ord.* §. 3.

Se o comprador não chamou o vendedor á autoría, poderá, não obstante isso, demandal-o depois pela evicção? Esta questão parece resolvida negativamente por direito romano, *L.* 8. e 9. *Cod. de evict.*; pelo qual o chamamento á autoría só era dispensado — no caso de renuncia, *L.* 63. *D. eod.*; — no caso de ausencia, —ou quando o vendedor era comprehendido na mesma causa. *L.* 55. §. 1. *eod.* A *Ord. cit.* no §. 3. parece ter seguido o mesmo; e o *Cod. Comm. art.* 479. explicitamente o determina.

Com tudo o *Cod. Civ. Fr. art.* 1640. parece permittil-o, e sómente allivia o vendedor, provando que o comprador não allegou na causa os meios sufficientes de defesa, que tinha e devia allegar. O mesmo se acha consignado no *Cod. da Austr. art.* 931. e no *da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 145. — Lobão na *Diss.* 1. *Suppl. ás Seg. Linh.*, tractando esta questão no §. 12., inclina-se a esta ultima disposição; e accrescenta ser conforme a ella a nossa antiga práctica, e a intelligencia, que se deve dar á *Ord.*

Quando cessa a prestação.

§. 814. Não tem logar a prestação da evicção: 1.° se a cousa não foi evicta pelos meios judiciaes, mas tirada por força, ou roubo, *cit. Ord.* §. 4.; 2.° ou o foi, porque o comprador dolosamente não oppoz os meios de defesa, ou

deixou ir a causa á revelia, *L. 55. pr. D.*, *L. 8. Cod. de evict.*; 3.° se transigiu, ou se comprometteu em arbitros para a decisão da causa, *L. 56. §. 1. D. eod.*; 4.° se, quando comprou, foi informado do risco, *Ord. L. 3 tit. 45. §. 5.*; 5.° se a cousa foi evicta por causa posterior ao contracto. Pothier *du contr. de vent. n. 93.*

b) *Dos vicios redhibitorios.*

§. 815. O vendedor é tambem responsavel pelos vicios, ou defeitos da cousa vendida, chamados *redhibitorios*. Taes são: 1.° os que tornam a cousa impropria para o uso, para que é destinada; 2.° ou de tal sorte diminuem este uso, que, se o comprador os soubesse, ou a não teria querido, ou não daria tal preço, *Cod. Comm. art. 484.*, e *Cod. Civ. Fr. art. 1641.*; como, em quanto aos animaes, se elle não tem em mediano gráo as qualidades, que o vendedor affirmára; se tem molestia occulta; se se espanta, ou se impina: em quanto ás cousas moveis, se ao livro faltam algumas folhas; se o panno é differente da amostra: em quanto aos immoveis, se o predio tem servidão onerosa, que não foi declarada. *Ord. L. 4. tit. 17. §§. 8. e 10.*

Da acção de redhibição.

§. 816. Neste caso ao comprador compete *a*) acção alternativa, ou para desfazer a venda, encampando a cousa vendida; ou para pedir a restituição da parte do preço em proporção dos defeitos *(quanti minoris)*. *Cit. Cod. Comm. art. 486.* E além do preço, *b*) se o vendedor, sabendo os defeitos, deixou maliciosamente de os declarar, póde o comprador pedir perdas e interesses;

teresses; c) se os ignorava, só póde pedir as despesas occasionadas pela venda. *Cit Cod. art. 487.* A acção de redhibição em geral prescreve por um anno desde a entrega, *Ord. cit. §. 2.* e 9.; ou por um mez, sendo por defeito dos animaes. *Cit. Ord. §§. 7. e 8.* Se neste intervallo a cousa pereceu pelo defeito anterior, perece por conta do vendedor; e presume-se ter perecido por defeito anterior o animal, que morreu nos tres dias depois da entrega. Silv. *ad Ord. L. 4. tit. 8. pr. n. 36.* Não tem logar esta acção: 1.° se os vicios eram á vista; 2.° se o vendedor os declarou; 3.° ou estipulou a não garantia, *L. 1. §. 6.*, *L. 14. §. 9. D. de aedil. edict.*; *L. 31. D. de pact.*; 4.° se foi arrematada por auctoridade de justiça. *Cod. Comm. art. 489.*

O *Cod. das Duas Sicilias art. 1495.* denega acção pelos vicios redhibitorios nas vendas de moveis feitas em feiras, ou mercados.

Obrigações do comprador.

§. 817. O comprador é obrigado: 1.° a satisfazer o preço no acto da entrega, se não ajustaram outra cousa. *Ord. L. 4. tit. 5. §. 1.* Porém, *a*) se com bons fundamentos receia, que a cousa não seja do vendedor, e este não possue bens de raiz, com que segure a evicção; póde retel-o, ainda que tenha recebido a cousa, até que elle preste caução. *Cit. Ord. pr. b*) Se receia, que ella esteja hypothecada, póde consignar o preço em deposito, para os crédores o virem disputar. *Ord. L. 4. tit. 6. pr.*, e §. 1. 2.° Se o não satisfez no tempo competente, sómente deve juros, *aa*) quando a cousa era rendosa, no qual caso tem o vendedor a escolha, ou

dos juros, ou dos rendimentos, *Ord. L.* 4. *tit.* 67. §. 3.; *bb*) se foram estipulados; *cc*) no caso de móra, isto é, desde a interpellação. *Cod. Comm. art.* 462., *Cod. Civ. Fr. art.* 1652. 3.° Deve tambem satisfazer as despesas feitas na conservação da cousa desde o contracto até á entrega, se o contrario se não ajustou, ou é de estylo. *L.* 13. §. 22. *D. de act. empt.* Depois da cousa entregue, o vendedor não tem senão acção pessoal para pedir o preço, se lhe não foi satisfeito, e não para reivindicar a cousa. *Alv. de* 4 *de Set. de* 1810, que revogou a *Ord. L.* 4. *tit.* 5. §. 2.

Effeitos da venda, a) *pura.*

§. 818. A compra e venda, como os outros contractos, póde ser pura, ou debaixo de condição suspensiva, ou resolutiva. I. Na venda pura, a propriedade da cousa vendida sómente passa para o comprador desde a entrega, *Ord. L.* 4. *tit.* 7. *pr.*; e por tanto: 1.° se o mesmo vendedor a vendeu a outro, prefere aquelle, que primeiro a recebeu, pagando o preço. *Cit. Ord.* §§. 1. e 2. 2.° Mas o primeiro comprador tem contra o vendedor acção de perdas e interesses, e póde accusal-o de bulrão. *Cit. Ord.* §. 2., e *L.* 5. *tit.* 65. Entretanto, quando o vendedor é devedor de cousa certa: 3.° todo o proveito, ou prejuizo, que acontece á cousa vendida antes da entrega, é por conta do comprador; e por tanto se ella pereceu por acaso, o vendedor fica exonerado da obrigação, *Ord. L.* 4. *tit.* 3. *pr.*, *cit.* Poth. *n.* 308.: excepto, em quanto á perda, ou deterioração, *a*) se o vendedor está em mora culposa da entrega, *L.* 4. *pr. D. de per. et comm. rei vend.*; *b*) ou se estipulou outra cousa, *cit. Ord.* §. 8.; *c*) ou a cousa foi confiscada, ou tirada por auctoridade

publica, *cit. Ord.* §. 4.; *d*) ou se a perda proveio de dolo, ou culpa leve do vendedor. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 98.

(Vej. no fim do Tom. 2.° *a Not. KK.)*

b) *Da condicional.*

§. 819. II. Na venda condicional ou a termo: 1.° sendo a condição suspensiva, se a cousa pereceu antes de verificada a condição, perece por conta do vendedor, e fica sem effeito a venda, *Ord. L.* 4 *tit.* 8. §§. 1. e 7.; porém as deteriorações são por conta do comprador, excepto se o vendedor está em mora, ou culpa. *Cit. Ord.* §. 2. 2.° Se a condição é resolutiva, a perda, acontecida antes, pertence ao comprador. *L.* 2. §. 1. *de in diem add.*, *L.* 2. *de lege commiss.* 3.° Em duvida presume-se resolutiva, se o vendedor entrega, ou promette entregar a cousa antes da verificação da condição; suspensiva no caso contrario. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *artt.* 263. e 274. 4.° Nas cousas, que se costumam vender por conta, peso, ou medida, assim como nas vendidas por prova, ou escolha, esta operação contém uma especie de condição suspensiva; e por tanto o perigo anterior é do vendedor. *Cit. Ord.* §. 5., *Cod. Comm. artt.* 458. e 459. 5.° Não assim, se as cousas, ainda que costumassem ser vendidas a peso, conta, ou medida, foram vendidas a vulto, ou a esmo, independente dessa condição, v. g., um tonel de vinho. *Cit. Ord.* §. 6., *cit. Cod.* III. Em quanto ao signal, deve applicar-se a este contracto especialmente o que acima fica ponderado. (§. 740.)

Levados do principio de que o vendedor deve entregar a cousa certa, estabeleceram os JCtos romanos, que na venda

condicional suspensiva, se a cousa perecia antes, se desfazia o contracto: porém se sómente se deteriorava, estas deteriorações eram por conta do comprador, *L.* 8. *pr. de per. et comm. rei vend.*; disposições, que foram adoptadas pela *Ord. L.* 4. *tit.* 8.

As vendas *por junto*, ou *a vulto*, diziam os JCtos romanos *per aversionem*; dizem os Francezes *à bloc*; e o redactor do Codigo Commercial traduziu *a esmo*. A *Ord. cit.* serviu-se da expressão — *juntamente em especie.*

c) *Clausula da addicção* in diem.

§. 820. Entre as clausulas, ou condições, que se costumam accrescentar ao contracto de compra e venda, é a *da addicção in diem*, isto é, o ajuste de que o contracto sómente valerá, se ninguem até certo prazo offerecer ao vendedor maior vantagem. Esta condição póde ser *suspensiva*, ou *resolutiva*, conforme se ajustar, que o contracto valerá sómente, quando no tempo prefixo se não der a offerta de melhor venda; ou que se resolverá, quando se verificar essa offerta. *L.* 2. *pr. D. de in diem add.* Como esta clausula é em favor do vendedor: 1.° a este compete decidir, se o novo comprador lhe faz melhor partido. *L.* 4. §. *ult.*, e *L.* 5. *eod.* 2.° Deve porém denuncial-o ao primeiro comprador, o qual tem direito a ser preferido, se quizer fazer as mesmas vantagens. *L.* 7. e 8. *D. eod.* 3.° O vendedor, que para este fim emprega o dolo, perde o direito desta clausula, e é responsavel por perdas e interesses. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 288.

(d *Clausula da lei commissoria.*

§. 821. A clausula, ou condição da lei commissoria consiste no ajuste de que fique a venda desfeita, se o comprador não pagar até certo

dia. *L.* 4. *pr. D. de lege commiss.* Verificando-se o não pagamento, ao devedor é livre ou desfazer a venda, ou pedir o preço. *Ord. L.* 4. *tit.* 5. §. 2. Porém o comprador é admittido ainda depois do dia a offerecer o preço, *a*) em quanto não foi citado por esta clausula, *Cod. Civ. Fr. art.* 1656.; *b*) se provar causa justa de o não ter entregue ao tempo convencionado, v. g., a ausencia do vendedor, tendo-o elle procurado. *L. ult. D. eod.* A venda de effeitos moveis fica desfeita em favor do vendedor, logo desde que o comprador não satisfez, independente de intimação. *Cit. Cod. art.* 1657., *Cod. Comm. art.* 492.

Cumpre não confundir esta clausula com a especie da simples espera concedida ao comprador: na primeira póde desfazer-se a venda; na segunda apenas se póde pedir o preço. *Alv. de* 4 *de Set. de* 1810.

e) *Clausula* de retrovendendo.

§. 822. A clausula *de retrovendendo*, ou vulgarmente *a retro*, consiste na condição resolutiva de que fica livre ao vendedor poder desfazer o contracto, restituindo o preço. *Ord. L.* 4. *tit.* 4. *pr.* Ordinariamente costuma fixar-se um prazo; se se não fixou, entende-se permittida a resolução até trinta annos. *Dig. Port.* 3. *artt.* 369. e 370. Vej. Lobão *Faseic. Tom.* 1. *Diss.* 4. §. 84. Como o comprador tinha a propriedade da cousa, mas resoluvel: 1.° deve restituil-a no estado, em que ella se achar. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 298. 2.° É porém responsavel por todas as deteriorações, ou ainda pela perda total, se foram causadas por dolo e culpa leve. *Cit. Cod. artt.* 299. e 302. 3.° Tem direito á indemnização das bemfeitorias necessarias, ou uteis, que

augmentaram o valor da cousa, quando não fossem maliciosamente feitas para difficultar a remissão. Struv. *Pand. L.* 3. *tit.* 3. §. 63. 4.° Os rendimentos ficam compensados com os juros do preço. *Cit. Ord. tit.* 4. *pr.*, e *tit.* 67. §. 2.

Direitos do vendedor na venda a retro.

§. 823. Em virtude desta clausula: 5.° póde o vendedor repetir a cousa de qualquer terceiro possuidor. *Cod. Civ. Fr. art.* 1664. 6.° Recebe-a livre de todos os encargos e hypothecas. Lobão *Fascic. Tom.* 1. *Diss.* 5. §. 103. 7.° Deve porém antes entregar ao comprador, ou depositar o preço, todas as despesas da venda, como siza, importancia da escriptura, e as bemfeitorias. *Id.* §§. 92. e 93., *Cod. Civ. Fr. art.* 1673. 8.° Se foram muitas as cousas vendidas juntamente por um só preço, não póde o vendedor remil-as senão juntas. Lobão *cit.* §. 77. 9.° Bem como se forem muitos os vendedores, ou herdeiros destes, não podem remir cada um pela sua parte; mas bem póde um remir o todo, ficando responsavel aos outros pelas suas quotas. *Id.* §. 78.

Se se póde no pacto de *retro* accrescentar a condição de que o vendedor não poderá remir, senão com dinheiro seu? Bem como de que não remirá, senão passados certos annos? Negativamente decide o A. do *Dig. Port.* 3. *art.* 368. Lobão *cit. Diss.* §. 28. segue o contrario, em quanto á segunda. Talvez seria judiciosa a lei, que prohibisse taes condições, para evitar o abuso e contendas, a que podem dar logar: mas em quanto o não forem, não vemos fundamento para que não sejam respeitadas. O *Cod. da Austr. art.* 1070. sómente admitte a clausula de *retro* nas vendas de bens de raiz.

Da clausula a contento.

§. 824. A clausula *a contento (pactum dis-*

plicentiae), estipulada pelo comprador, isto é, de se servir por algum tempo da cousa comprada para a experimentar, importa uma especie de condição. 1.° Se o comprador não entregou logo o preço, esta condição reputa-se suspensiva, até findar o prazo convencionado; o comprador neste intervallo é equiparado a um commodatario: mas findo o prazo, se a não restituiu, ou fez declaração, fica a venda perfeita, e para elle passa a propriedade com todos os effeitos. 2.° Se pagou o preço, então importa condição resolutiva, adquire logo a propriedade resoluvel; se depois declarou, que a cousa lhe não serve, desfaz-se o contracto. *Cod. da Austr. artt.* 1080. e 1081. 3.° Na falta de declaração do espaço, ou de costume, entendem-se sessenta dias. *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit. edict.*

Pelo citado *Cod. da Austr.* o comprador *a contento* não tem senão tres dias para engeitar os moveis, e um anno para os immoveis, se se não declarou outro espaço.

Da clausula estimatoria.

§. 825. Quando uma pessoa entrega uma cousa movel a outra para a vender com a condição de que a certo tempo lhe dará o preço, em que se ajustaram, ou lhe tornará a entregar a cousa, dá-se o contracto, a que em direito romano chamam *contractus aestimatorius*. Esta clausula importa uma especie de commissão. Em quanto não findou o prazo, a propriedade, e por tanto o risco, é por conta do vendedor, ou committente, o qual a não póde repetir; e o comprador só é responsavel no caso de culpa: mas depois de findado o termo, se a não entrega, fica devedor do preço. *Cod. da Austr. art.* 1086.

Por direito romano *L.* 17. §. 1. *D. de praescript. verb.*, e *L.* 1. *de aestimatoria*, neste contracto o perigo da cousa era por conta daquelle dos contractantes, que tinha proposto a condição; e se nenhum a tinha proposto, seguia-se a regra, que deixamos estabelecida.

Venda da herança.

§. 826. Póde vender-se a herança, ou antes o direito da successão, depois da morte da pessoa, a quem ella pertenceu; ou o vendedor tenha já tomado entrega della, ou não. *L.* 2. §. 2. e 3. *D. de haered. vel act. vend.* Neste contracto, na falta de declaração, o vendedor: 1.° deve entregar todos os bens, dividas activas e fructos, que tenha recebido, e o preço dos objectos, que tenha vendido, *cit. L.* §§. 3. e 8.; 2.° bem como aquelles, que deixou perder por dolo e culpa lata. *Cit. L.* §. 5. 3.° Sómente deve garantir a sua qualidade de herdeiro; e por tanto só é responsavel pela evicção, se a herança por este fundamento lhe foi tirada, mas não pela evicção das cousas singulares, se não ajustaram outra cousa. *L.* 1. *Cod. de evict.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1696. 4.° O comprador deve indemnizar o vendedor de todos os prejuizos e despesas, que tiver feito com a herança, como dividas, ou legados, que tenha pago, *cit. L.* 2. §§. 9., 11., 16. e 18.; 5.° bem como satisfazer ao vendedor todos os direitos reaes, ou pessoaes, que lhe competissem sobre a herança por outro titulo, que não seja o de herdeiro, ainda que pareçam confundidos. *Cit. L.* 2. §§. 18. e 19., *cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1698. 6.° Se os crédores e legatarios demandarem o vendedor, deve o comprador indemnizal-o. *L.* 2. *Cod. eod.*

A venda da herança de pessoas vivas é reprovada, como

já se notou em outra parte, quando se tractou dos pactos successorios (§. 730.)

Da venda judicial.

§. 827. As arrematações, e adjudicações judiciaes, ou sejam em execução de sentença, ou ordenadas pelo juiz a requerimento de partes, equivalem á venda, e regulam-se pelos mesmos principios. Lobão *Acç. Summ. Suppl. Diss.* 10. §. 3. 1.° Desde que o arrematante assignou o auto da arrematação, ou desde que passou em julgado a sentença de adjudicação, o perigo e commodo dos bens arrematados corre por conta do arrematante, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 342.; muito embora elle não adquira o dominio, senão em virtude da posse. *Cit.* Lobão *exec.* §. 465. *e seg.* Com tudo ao executado permitte-se por equidade remir os bens até á posse do arrematante. *Cit.* Lob. *art.* 440. 2.° Não se rescindem por lesão, nos termos da *Ord. L.* 4. *tit.* 13. §. 7., nem pelos vicios redhibitorios, *Cod. Comm. art.* 489.: mas bem o podem ser pelas nullidades do processo. 3.° Se a cousa arrematada foi evicta por terceiro, o arrematante tem acção de indemnização contra o executado; e só no caso de elle não ter bens, a tem contra o crédor, que levantou o preço da arrematação, tendo-os chamado á autoria. Mor. *de exec. L.* 6. *cap.* 13. *n.* 68., *cit.* Lobão §. 472. 4.° Na arrematação não se comprehendem os fructos, se não foram declarados. Lob. *Diss. cit.* §. 16. 5.° O arrematante deve depositar o preço logo no acto da arrematação, ou dar fiança a entrar com elle em deposito dentro em tres dias, pena de prisão. *Ref. Jud. art.* 606.

Parece-nos, que a antiga practica de poderem os executa-

dos remir até a posse do arrematante, indemnizando-o de todas as despesas, justificada por Lobão no §. *cit.*, não foi revogada pela *Ref. Jud. art.* 602.

Quando dizemos, que na arrematação se não comprehendem os fructos, referimo-nos aos separados: os pendentes passam sim para o arrematante, mas com a obrigação de indemnizar as despesas da cultura, excepto se constar que foram já levados em consideração no acto da avaliação.

CAPITULO II.

DA PERMUTAÇÃO.

O que seja?

§. 828. *Permutação*, *troca*, ou *escambo* é o contracto, pelo qual duas pessoas se obrigam a dar reciprocamente uma cousa por outra. É necessario que se não dê dinheiro, alias confunde-se com a compra e venda. *Cod. Civ. Fr. art.* 1702. A' permutação são applicaveis as mesmas regras da compra, excepto no que diz respeito ao preço. Na troca de bens de raiz não se deve siza, senão do saldo a dinheiro, se o houver. *L. de* 2 *de Out. de* 1841.

Direitos e obrigações dos permutantes.

§. 829. I. Os mesmos direitos e obrigações, que competem ao comprador e vendedor, competem aos permutantes. *L.* 19. §. 5. *D. de aedil. edict.* II. Um e outro são responsaveis pelas garantias: e aquelle, a quem a cousa foi evicta, tem a escolha de desfazer o contracto, ou pedir a indemnização de perdas e interesses. *Cod. Comm. art.* 508. III. Póde ser rescindida por lesão enorme, *Ord. L.* 4. *tit.* 13. §. 6.; excepto a troca commercial. *Cit. Cod. art.* 510.

CAPITULO III.

DA LOCAÇÃO-CONDUCÇÃO.

O que seja? e suas especies.

§. 830. *Locação-conducção* é o contracto, pelo qual uma pessoa concede a outra o uso de uma cousa não-fungivel, ou se obriga a fazer algumas obras por certo preço, renda, ou aluguel. Waldeck §. 670. Se a cousa, cujo uso se concede, é fungivel, o contracto degenera em mutuo. Da definição se vê, que deste contracto se podem fazer duas especies principaes: I. *a locação das cousas:* II. *a das obras.* Neste contracto não é essencial a escriptura, excepto se foi estipulada; ou se é de costume, como nos arrendamentos das rendas publicas. *Arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 19.

Sobre este contracto, a pezar da sua importancia e frequencia, apenas se encontram alguns principios destacados na *Ord. L.* 4. como no *tit.* 23. e 24. sobre aluguel de casas; no *tit.* 25. sobre arrendamentos das rendas do estado; no *tit.* 27. sobre esterilidades dos bens ruraes; e desde o *tit.* 29. até 35. tracta-se das soldadas dos criados, segundo os antigos costumes, hoje pela maior parte abandonados. Nas obras de Lobão acham-se tambem algumas doutrinas sobre este artigo.

I. *Do arrendamento e aluguel.*

§. 831. Chama-se *arrendamento* a locação-conducção, quando se concede o uso: 1.° de bens immoveis, ou sejam rusticos, ou urbanos: 2.° de prestações, ou foros, assim como de tributos, e rendas publicas. Chama-se propriamente *aluguel* a locação de moveis e semoventes; ainda que algumas vezes se dá tambem este nome á locação de casas; e outras se toma restricta-

mente pelo preço, ou paga do arrendamento. A pessoa, que concede o uso, chama-se *locador*, vulgarmente *senhor*, ou *senhorio;* o que acceita, chama-se em geral *conductor;* o de predios frugiferos, propriamente *colono*, ou *caseiro* ou *seareiro;* o de casas, *inquilino;* os que tomam rendas, *rendeiros* ou *arrendantes;* ainda que estes nomes a cada passo se confundem.

A palavra *arrendar* é equivoca, porque tanto se applica ao locador, como ao conductor.

Pessoas, que podem dar, ou acceitar de arrendamento.

§. 832. Podem locar, ou dar de arrendamento, todos os que podem contractar, e a quem compete o uso da cousa arrendada: por tanto não só *a*) os proprietarios e possuidores; mas tambem *b*) o usufructuario: *c*) e ainda o administrador. *d*) O mesmo conductor póde sublocar, se no contracto lhe não foi prohibido. *L.* 6. *Cod. de locat.* Porém pelo receio de conloio e fraude, são inhibidos de tomar bens de arrendamento: 1.° para negociar, os magistrados e juizes, e seus officiaes, nos districtos da sua jurisdicção. *Ord. L.* 4. *tit.* 25. e 26. 2.° Os vereadores e officiaes das Camaras não podem arrendar para si, ou seus familiares os bens do municipio. *Alv. de* 23 *de Julh. de* 1766 §. 1. 3.° Nem os administradores de corporações, ou estabelecimentos publicos, os bens das mesmas. *Alv. de* 6 *de Dez. de* 1603.

Da renda.

§. 833. Chama-se *renda* a paga, que é obrigado a dar o conductor pelo uso da cousa.

1.° Esta ordinariamente consiste em dinheiro: e então deve ter os mesmos requisitos, que o preço no contracto da compra e venda. 2.° Póde tambem consistir em fructos dos mesmos bens, com tanto que seja a quantidade determinada, *L.* 21. *Cod. eod.;* pois se a quantidade é incerta, v. g., ametade, o contracto degenera em *parceria. Ord. L.* 4. *tit.* 45. *pr.* 3.° A lesão no preço dá direito para rescindir o contracto. *Cit. Ord. tit.* 13. §. 6.

Obrigações do locador: a) *em quanto á entrega e conservação.*

§. 834. O locador é obrigado: 1.° a entregar ao conductor a cousa arrendada com suas pertenças, e em estado de servir para o uso, a que é destinada. *L.* 15. §§. 1. e 8., *L.* 24. §. 4. *D. locat.* 2.° Faltando a esta obrigação, ou demorando-a além do tempo convencionado, póde o conductor resilir do contracto, e demandal-o por perdas e interesses. *L.* 24. §. 4., e *L.* 33. *eod.* 3.° E' obrigado a conserval-a durante o arrendamento no mesmo estado; e por tanto: 4.° aos reparos necessarios para esse fim. *Cod. Civ. Fr. art.* 1720. 5.° Se depois de avisado pelo colono, os não faz, tem este a liberdade de resilir do contracto, pedir a restituição da parte respectiva do aluguel, se o adiantou, e perdas e interesses; ou proceder aos reparos por conta do aluguel, com tanto que sejam indispensaveis, e em boa fé. *L.* 15. §. 1., *L.* 19. §. 2., *L.* 25. §. 1., e *L.* 51. *pr. eod.* 6.° Pela mesma razão não póde alterar a fórma da cousa arrendada. Poth. *du contr. de louag. n.* 75.; 7.° nem fazer nella obras taes, que estorvem o uso; excepto se são, *a*) urgentes, *b*) parciaes, *c*) e taes, que se possam fa-

zer sem grande incommodo do conductor. *Cit.* Poth. *n.* 77., *Cod. Civ. Fr. art.* 1724.

No *Cod. Civ. Fr. cit.* distingue-se entre obras urgentes feitas em todo o predio arrendado, ou em alguma parte. No primeiro caso o conductor póde resilir do contracto; no segundo, não: porém quando as obras excedam a quarenta dias, póde pedir reducção do aluguel em proporção do tempo e parte, de que esteve privado.

b) *Em quanto á garantia.*

§. 835. Da mesma maneira que na compra e venda, o locador é obrigado: 8.° a garantir o uso da cousa contra os embaraços, ou turbações, provindos de terceiros, fundados em direito, que tenham sobre a cousa, *L.* 9. *pr.* e 35. *pr. eod.;* mas não assim, se as turbações provém de vias de facto, ou injustiça manifesta, ás quaes o conductor se póde oppor. *L.* 1. e 12. *Cod. de locat.* 9.° Se os embaraços provém do acaso, ou força maior, póde o conductor pedir rebate na renda. *L.* 33. *D. eod.* 10.° O locador é igualmente responsavel pelos prejuizos provenientes dos defeitos, ou vicios anteriores da cousa arrendada, ainda mesmo que elle os ignorasse. *L.* 19. §. 1. *D. eod., cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1721. 11.° Se depois do arrendamento a cousa pereceu, acabou o contracto, e o conductor fica desobrigado da continuação da renda: se ella sómente se deteriorou, o conductor póde ou resilir, ou pedir rebate na renda. *Cit. Cod. art.* 1722. Vej. Lobão *Diss. sobre a remissão dos arrendamentos* §§. 29., 51. e 83, no fim do *Tract. do proc. exec.*

A razão, por que o locador é responsavel pelos vicios da cousa, ainda ignorando-os, o que não acontece no vendedor, resulta de que o objecto da locação e o uso, e o aluguel dá-se

por este uso; logo que elle cessou em parte, ou em todo por causa dos vicios, cessa o contracto, ou ao menos deve diminuir-se o aluguel, da mesma fórma que cessaria a venda, se perecesse a cousa vendida.

Obrigações do conductor: a) *em quanto ao uso.*

§. 836. O conductor: 1.° póde servir-se da cousa para os usos convencionados, ou, na falta de convenção, presumidos segundo as circumstancias, v. g., umas casas para o exercicio da sua profissão; ou para que a cousa é naturalmente destinada. *L.* 11. §. 1. *D. locat., Cod. Civ. Fr. art.* 1728. 2.° E' obrigado a pôr no uso e conservação da cousa o mesmo cuidado, que o bom pae de familias tem nas suas proprias: e por tanto *a*) é responsavel pelos damnos causados por culpa leve, *L.* 23. *D. de reg. jur.; b*) mas não pelo acaso; excepto se o tomou sobre si, ou elle proveio de factos, ou uso prohibido pelo locador, *L.* 9. §. 2, e *L.* 11. §§. 1. e 4. *eod.; c*) quer os damnos sejam practicados por elle mesmo, quer por seus familiares, ou sublocados. *Cod. Civ. Fr. art.* 1735. *d*) Se deixou de usar da cousa por impedimento, ou accidente, que sobreveio a elle conductor, as consequencias são por sua conta, sem que por isso fique alliviado da renda. *Cod. da Austr. art.* 1107. *e*) Os conductores de predios são obrigados a dar parte aos locadores das usurpações, que outros tentem, ou tenham nelles feito. *L.* 11. §. 2. *eod.*

b) *Em quanto á restituição.*

§. 837. E' obrigado a restituir a cousa no fim do arrendamento: 1.° no estado, em que a recebeu, se ao tempo do arrendamento se fez delle declaração: *a*) se se não fez, presume-se ter sido entregue em bom estado; e então ao

conductor incumbe provar o contrario. *Cod. Civ. Fr. artt.* 1730. e 1731. *b*) Não é porém responsavel pelas deteriorações, que são effeito do uso, não tendo havido culpa da parte delle. Poth. *cit. n.* 200. 2.° Não póde recusar-se a entrega com o pretexto de propriedade por titulo anterior ao arrendamento. *Ord. L.* 4. *tit.* 54. §. 3. 3.° Nem um terceiro póde embaraçar a entrega della, embargando-a na mão do conductor, excepto se for cousa movel, e o locador suspeitó de fuga *Cit. Ord.* §. 4. 4.° Porém o conductor póde retel-a pela indemnização de bemfeitorias necessarias e uteis. *Ord. cit.* §. 1. 5.° O conductor, que insistiu na recusa da entrega até a sentença, póde ser condemnado, além da restituição, em outro tanto do valor da cousa. *Cit. Ord. pr.* Vej. Lobão *Fascic. Tom.* 2. *Diss.* 12.

c) *Em quanto ao pagamento do aluguel.*

§. 838. E' obrigado a pagar a renda, ou aluguel: 1.° nos prazos ajustados, ou na falta de ajuste, conforme o uso das terras. *Dig. Port.* 3. *art.* 783. 2.° Se o arrendamento se dissolveu por sua culpa, deve pagal-a pelo tempo, que decorreu até o dono poder arrendar de novo, alias até o fim do arrendamento, *Cod. Civ. Fr. art.* 1760.; 3.° e com os juros desde a mora. *L.* 54. *pr. D., L.* 17. *Cod. de locat.* 4.°Consistindo a renda em fructos, deve pagal-os pelo preço médio, que elles tiveram depois do vencimento, se deixou de pagar por pobreza; ou pelo maximo, se por outra causa dolosa. Mor. *de exec. L.* 2. *cap.* 11. *nn.* 1. e 11. 5.° Aos locadores compete privilegio pela renda sobre os trastes recolhidos nas casas, ou fructos da colheita respectiva (§. 657.).

Fim

Fim do arrendamento: a) *pela natureza do contracto.*

§. 839. O arrendamento acaba: I. pela extincção da cousa arrendada: II. quando é permittido resilir por alguma das partes não cumprir as suas obrigações: III. findo o tempo, por que foi contrahido. *Cod. Civ. Fr. art.* 1741. Porém, *a*) se depois de findo o tempo, o conductor continúa no uso da cousa, entende-se renovado o contracto nos mesmos termos do anterior, ao que chamam *reconducção tacita*, *L.* 14. *D. locat.:* excepto se consta em fórma legal a vontade em contrario do locador, v. g., se o fez despedir em tempo. *Cit. Cod. artt.* 1739. e 1759. *b*) Se no arrendamento não houve prazo estipulado, bem como nos casos, em que as partes interessam em se saber que não continúa, devem dar a despedida, isto é, fazer a sua declaração nos termos costumados nos differentes logares. *Cit. Cod. art.* 1736. Vej. adiante os §§. 841. e 844.

Antigamente, como se vê na *Ord. L.* 3. *tit.* 47. *pr.*, e *L.* 4. *tit.* 48. §. 8., os arrendamentos de bens de raiz feitos por mais de dez annos continham alienação do dominio util; eram especie de emphyteuse. Porém o *Alv. de* 3 *de Nov. de* 1757 declarou, que taes contractos não perdem a natureza de arrendamentos revogaveis no fim do prazo estipulado.

b) *Por outras causas.*

§. 840. IV. O arrendamento em regra não acaba pela morte das pessoas contractantes, mas passa para seus herdeiros. Lobão *Fascic. Tom.* 2. *Diss.* 4. §. 29. V. Bem como não acaba pela alienação dos bens arrendados, ou seja por titulo universal, ou singular. *Cit.* Lobão §. 31.

e seg. Porém: 1.° no caso de venda de bens de raiz, o comprador não é obrigado a manter o arrendamento feito pelo vendedor: excepto *a*) se assim se estipulou na venda: *b*) se, depois desta, expressa, ou tacitamente consentiu; e assim se presume, se o vendedor o declarou no acto da venda, *Cit.* Lob. §§. 4. e 45.; *c*) se o predio estava hypothecado á segurança do arrendamento: *d*) se o arrendatario se offerece a pagar ao comprador as perdas e interesses, que lhe podem resultar de ficar subsistindo o arrendamento. *Ord. L. 4. tit. 9. 2.°* O arrematante em praça, nem o adjudicatario tambem não são obrigados a conservar o arrendamento anterior. Mor. *de exec. L. 6. cap. 13. n. 75. 3.°* A mulher, quando toma conta dos seus bens, até ahi administrados pelo marido; o filho, dos administrados pelo pae; ou o menor, dos administrados pelo tutor, são obrigados a conservar os arrendamentos anteriormente feitos sem fraude, se não excederem a tres annos. Lob. *cit. Diss.* §§. 37. 39. e 40. 4.° O successor do vinculo, como succede por direito proprio, não é obrigado a continuar o arrendamento; excepto se for herdeiro, ou o arrendamento tiver sido feito com as solemnidades, e nos termos prescriptos no *Decr. de 4 de Abr. de* 1832. 5.° Nem os successores legitimos dos prazos, ou de beneficios; nem os proprietarios, quando se extingue o usufructo. Lobão *cit. Diss.* §. 55. Quando por esta causa se não cumpre a locação, o conductor tem sempre acção contra o locador pela indemnização.

Seguimos a regra do direito romano §. *ult. Inst. de locat., L.* 19. §. 8. *D. eod.*, adoptada tambem no *Cod. Civ. Fr. art.* 1742., de que o contracto da locação acaba pela morte dos contractantes: entretanto é facil entender, que elle se deve reputar acabado em todos os casos, em que no seu desempenho se attendia á

aptidão do conductor, que falleceu, *v. g.*, no arrendante de bens ruraes, que deixou uma viuva ou filhos, que os não podem cultivar. Por isso o *Cod. da Pr. P. 1. tit. 21. artt.* 366. e 371. permitte aos herdeiros resilir do contracto sobre bens ruraes, passados seis mezes. Em outros Codigos estabelece-se neste caso a regra de que acaba pela morte.

Por direito romano em regra o comprador de bens de raiz não é obrigado a manter o arrendamento feito pelo vendedor. *L. 9. Cod. de locat.* Esta regra é uma consequencia logica e rigorosa do systema dos JCtos romanos sobre obrigações. Da locação não resulta outra obrigação, senão a pessoal; o conductor não póde por isso dirigir-se contra o vendedor, com quem nada contrahiu, para que lhe cumpra as obrigações do contracto; só lhe resta então demandar o locador pelas perdas e interesses, visto que este já não póde cumprir por outro modo. Não negamos, que a este rigor do systema se sacrificou neste caso o respeito á boa fé, debaixo da qual o conductor contrahiu; e talvez, se tractassemos *de jure constituendo*, não duvidariamos estabelecer a regra inversa, como se acha no *Cod. Civ. Fr. art.* 1743., e no *da Pr. P. 1. tit. 21. art.* 358., no da *Sard.*, e em outros.

Entretanto aquelle principio de direito romano foi explicitamente seguido na *Ord. L. 4. tit. 9.*; e acha-se no *Cod. da Austr. art.* 1120., no da *Baviera*, e em outros modernos: e talvez appareçam fundamentos de justiça para em muitos casos o defender.

Como a *Ord.* fala unicamente da *venda* de bens de raiz, não nos atrevemos a ampliar a sua disposição ás outras alienações por titulo singular, ainda que no direito romano, e no *Cod. da Austr. cit. art.* 1120. se comprehende qualquer alienação feita pelo proprietario por titulo singular.

Pela *Port. da Commissão do Crédito Publico de* 30 *de Março de* 1836 determinou-se, que os arrematantes de bens nacionaes não expulsariam os rendeiros, em quanto não findasse o anno do arrendamento, e que a renda desse anno seria dividida *pro rata* entre o arrematante e o Thesouro. A exemplo deste parece-nos sustentavel todo e qualquer arrendamento, durante o semestre ou anno já principiado ao tempo da venda; pois seria iniquidade escandalosa obrigar a despejar uma familia no meio do anno; muito embora o comprador tenha direito á parte respectiva da renda desse anno. Por conseguinte julgamos a disposição da *Ord.* applicavel unicamente á continuação do arrendamento feito por muitos annos. Vej. Lobão *na Diss. cit. no texto.*

Particularidades dos arrendamentos de casas; a) *em quanto ao espaço da locação.*

§. 841. I. Quando o tempo do arrendamento de casas não foi determinado, entende-se por semestre, anno ou mez, segundo os costumes das terras e das casas. Silv. *ad Ord. L.* 4. *tit.* 23. §. 1. *n.* 12. II. Nas terras, onde se costumam pôr escriptos nas casas, estes indicam a despedida e cessação do contracto; e devem ser postos trinta dias antes por aquelle, que não quer continuar: a omissão dos escriptos induz reconducção tacita. Silv. *cit. nn.* 6. e 18. Depois de postos os escriptos, fica o inquilino obrigado a franquear o interior das casas áquelles, que as queiram ver para arrendar. *Alv. de* 22 *de Maio de* 1771. III. Nas terras, onde se não usam escriptos, o locador póde, trinta dias antes de findo o arrendamento, fazer intimar o inquilino, para que declare, se continúa, ou não: se este se não decide dentro em tres dias, entende-se a reconducção pelo periodo ordinario de outro arrendamento. *Ord. L.* 4. *tit.* 23. §. 1. Por paridade de razão o inquilino, querendo sair, deve fazer constar a despedida com o mesmo intervallo.

b) *Em quanto ao despejo e responsabilidade.*

§. 842. IV. Ainda antes do fim do arrendamento póde o locador despedir o inquilino: *a*) se elle não pagou o aluguel no tempo estipulado, ou de estylo: *b*) se faz máo uso da casa, damnificando-a, ou para fins illicitos: *c*) se ella precisa de grandes obras; *d*) se por circumstancia nova e extraordinaria precisa della para elle mesmo viver, seus filhos, ou irmãos. *Ord. L.* 4. *tit.* 24. *pr.* V. Os embargos, com que o inquilino

venha á intimação para o despejo, não podem ser recebidos *suspensivamente*, excepto sendo de retenção por bemfeitorias feitas com expresso consentimento do locador. *Ass. de* 23 *de Julh. de* 1811. VI. O incendio acontecido nas casas presume-se por culpa dos inquilinos: para se excusarem, incumbe-lhes provar o caso fortuito; ou que proveio de vicio de construcção; ou que se communicou; ou outra circumstancia, que os justifique *Cod. Civ. Fr. art.* 1733.

A regra estabelecida na *Ord.*, extrahida da *L.* 3. *Cod. de locat.*, de que o locador de casas póde despedir o inquilino, se precisar dellas para si, seus filhos, ou parentes, contém um favor offensivo da boa fé, e inviolabilidade dos contractos. O *Cod. Civ. Fr. art.* 1761. sómente lhe concede esta faculdade, se foi resalvada no contracto do arrendamento; o que se acha tambem em outros codigos.

No caso de incendio, alguns codigos estabelecem a presumpção em favor dos inquilinos; e incumbem ao senhorio a prova em contrario.

Particularidades do arrendamento dos predios frugiferos; a) *em quanto ao uso.*

§. 843. I. O rendeiro, ou caseiro de predios frugiferos deve cultivar as propriedades segundo os usos do paiz, de maneira que ao senhorio não resulte prejuizo, pelo qual fica responsavel; e póde ser despedido com o fundamento da damnificação. *L.* 25. §. 3. *D. locat., Cod. Civ. Fr. artt.* 1766. e 1767. II. Na saída, ainda que não haja ajuste, deve deixar as palhas e estrumes em compensação das que tinha recebido na entrada: ou por estimação, não as tendo recebido, se o senhorio as quer. *Cit. Cod. art.* 1778. III. Deve franquear ao novo colono as accommodações e serventias necessarias para este começar os trabalhos do anno seguinte; assim como tem direito a exigir as mesmas ac-

commodações para arrecadação de forragens, ou colheita, em quanto a não concluiu, conforme os costumes dos logares. *Cit. Cod. art.* 1777.

b) *Em quanto ao termo do arrendamento.*

§. 844. IV. O arrendamento, na falta de outra declaração, entende-se findar com uma colheita completa conforme a natureza dos predios, e qualidade dos fructos: e por isso, se as terras costumam andar afolhadas, o arrendamento dura pelo tempo necessario para se desfructarem as folhas. *Cit. Cod. artt.* 1774. e 1775. V. Tanto o senhorio, como o caseiro, que não quer continuar, deve dar a despedida trinta dias antes de findo o arrendamento: alias presume-se a reconducção por outro anno. *Arg. da Ord. L.* 4. *tit.* 23. §. 1., *Tract. das Acç.* §. 372. *not.* 2.

A *Ord. L. 4. tit.* 23. §. 1., que exige a despedida do senhorio ao inquilino trinta dias antes do fim do arrendamento, fala só dos arrendamentos de casas. Lobão *Fasc. Tom.* 2. *Diss.* 7. §. 17. é de parecer, que não tem applicação nos arrendamentos de bens ruraes: entretanto nós seguimos a opinião contraria, que é do A. do *Tract. das Acç.*; e temos observado ser essa a practica em muitos logares.

c) *Em quanto ao pagamento.*

§. 845. VI. O colono fica desobrigado da renda daquelle anno *a*) *in totum*, se os fructos *no estado de pendentes* se perderam completamente por caso insolito, como cheia, sêcca. *Ord. L.* 4. *tit.* 27. *pr. b*) Se a perda é parcial, satisfaz, entregando ao senhorio toda a colheita, podendo apenas tirar a semente. *Cit. Ord.* §. 1. *c*) Porém se nos annos seguintes o predio produzir com uberdade extraordinaria, deve por

esta satisfazer a falta do anno esteril. *Cit. Ord.* §. 1. Exceptua-se o caso de ter no contracto o colono renunciado a todos os riscos solitos e insolitos. Lobão *Diss. sobre a remissão nos arrendamentos acima citada* §. 74., *Cod. Civ. Fr. art.* 1773. Nesta renuncia não se entende o damno procedido dos proprios factos do senhorio: nem o caso de perecer a substancia da cousa em todo, ou em parte, v. g., a destruição das azenhas, queimarem-se os olivaes. *Cit.* Lobão §§. 87. e 88.

d) *Arrendamentos de parceria.*

§. 846. Chama-se *arrendamento de parceria* aquelle, em que o colono ajusta dar de renda uma quota dos fructos do predio, v. g., a metade, a terça. Este contracto participa de sociedade; e por isso: 1.° não passa para os herdeiros, *Ord. L.* 4. *tit.* 45. *pr.*; excepto se ao tempo da morte de qualquer das partes os trabalhos da cultura estavam já mui adiantados, v. g., os predios lavrados. *Cit. Ord.* §. 1. 2.° Como o colono entra neste contracto com o seu trabalho ou industria, é responsavel pela culpa leve, em quanto á cultura. Strick. *ad Pand. L.* 19. *tit.* 2. §. 21. 3.° Na partilha não levanta em separado a semente por ser despesa da cultura, á qual elle é obrigado. Lobão *Fasc. Tom.* 2. *Diss.* 7. §. 3. 4.° Não é responsavel pelos foros, nem pelos outros encargos reaes do predio, salvo se estipularam o contrario. *Cit.* Lob. §. 11. 5.° Não deve levantar o pão da eira, nem o vinho do lagar, sem dar parte ao senhorio para vir assistir: e se elle não vier em vinte e quatro horas, deve-o tirar e medir perante testemunhas, pena de pagar a renda por estimação de louvados, e em duplo. *Cit. Ord.* §. 4. 6.° Todo o risco até á entre-

ga dos fructos prejudica tambem o senhorio, excepto havendo mora do colono. *Cod. Civ. Fr. art.* 1771.

e) Favores dos colonos das herdades do Alémtejo.

§. 847. Em utilidade da agricultura, e favor da numerosa classe dos colonos do Alémtejo, as leis têm dado as seguintes providencias especiaes, com que de alguma maneira coarctam a liberdade dos proprietarios. 1.° Os colonos não podem ser despedidos a arbitrio do senhorio; excepto, *a*) por não pagarem as rendas; *b*) por deixarem arruinar os edificios, ou destruir os arvoredos; *c*) por deixarem as herdades de cavallaria, *Alv. de* 21 *de Maio de* 1764, e 20 *de Junho de* 1774; *d*) por não terem feito as bemfeitorias, que a herdade admitte, *Alv. de* 27 *de Nov. de* 1804 §. 2.; *e*) se o senhorio quer ir viver nellas, e cultival-as por sua conta. *Id.* §. 4. 2.° Tem direito a ser restituidos, se o senhorio, tendo-os despedido com o fundamento de as cultivar por sua conta, depois as deixa de cavallaria, ou arrenda a outro. *Cit. Alv. de* 29 *de Junh.* §. 2., e *de* 27 *de Nov.* §. 4. 3.° O colono, que arrenda mais terras, do que póde cultivar, para as sublocar, ou deixar incultas. póde ser despedido, e castigado com prisão. *Cit. Alv.* §. 6. 4.° Se a renda for pequena, póde augmentar-se por arbitrio de louvados, mas só de nove em nove annos. *Cit. Alv. de* 27 *de Nov.* §. 3.

Arrendamentos de foros, rendas, ou prestações.

§. 848. Nos arrendamentos de foros, rendas, ou prestações periodicas: 1.° o senhorio

satisfaz, entregando ao arrendatario os titulos para a cobrança. *Dig. Port.* 3. *art.* 755. 2.° Deve garantir a certeza das dividas, e prestações arrendadas, mas não a solvabilidade do devedor. *L.* 3. e 4. *D. de haered. vel act. vend.*, *L.* 74. §. 3. *de evict.* 3.° Por tanto, se o devedor foi absolvido por excepção, que igualmente excluiria o senhorio, deve este abater-lhe essa divida, e indemnizal-o da despesa do litigio, se o rendeiro não renunciou a evicção. *L.* 5., e *L.* 23. §. 1. *D. de haered. vel act.* 4.° O rendeiro para a cobrança goza dos mesmos privilegios, que o senhorio, não só durante o arrendamento, mas ainda um anno depois para a cobrança, das que no tempo do contracto não pôde receber. **Lobão** *Tr. do proc. exec.* §. 120.

(Vej. no fim do Tom. 2.° a Nota LL.)

Contracto de animaes a ganho.

§. 849. Contém uma especie de *arrendamento* aquelle contracto, pelo qual uma pessoa dá a outra um rebanho, bois, vaccas, ou outros animaes, para esta guardar e pastar, com a condição de em tempo determinado, ou segundo o costume da terra, partirem o lucro. *Cod. Civ. Fr. art.* 1800. Este contracto participa de sociedade, ou parceria: e varia conforme as differentes condições, ou usos dos logares. Em geral: 1.° o preço, ou estimação, em que se dá o animal, não transfere para o pensador a propriedade, nem o risco; sómente serve de base para fixar a perda, ou o lucro no fim do contracto. *Cit. Cod. art.* 1805. 2.° E' nulla a clausula, que désse ao senhorio todo o lucro, e a exclusão na perda; como, que o pensador restituirá

o valor dos animaes, ainda que elles morram sem culpa sua; que lhe entregará certo numero de cabeças, ainda que morram; quer o renovo vingue, quer não. *Ord. L. 4. tit.* 69. 3.° E' livre outro qualquer ajuste, *a*) e na falta deste os lucros partiveis são a lã, o renovo, e augmento do valor; mas não o leite, o estrume, nem o trabalho. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1811., Guerr. *Tr.* 3. *L.* 7. *cap.* 13. *n.* 41. *b*) A partilha deve ser a meias, excepto se o pensador é o proprio colono do senhor do gado, no qual caso este póde estipular maior porção. *Cit. Cod. art.* 1819. 4.° Se em logar do lucro ha perda, esta é por conta de ambos; ainda que bem se póde estipular a exclusão della ao pensador, visto que já perde a pastagem: porém se o animal perece de todo, o risco é do senhor, não havendo culpa do pensador. *Cit. Cod. art.* 1810. 5.° Quando nos arrendamentos de bens ruraes entram rebanhos, ou outros animaes em certa estimação, tanto o proveito, como a perda é do colono, o qual é obrigado a restituil-os no mesmo valor: deve porém empregar os estrumes nas propriedades arrendadas. *Cit. Cod. artt.* 1821., 1824. e 1825.

A este contracto chamam os Francezes *bail a cheptel*. Entre nós vulgarmente diz-se *dar-se animaes a ganho*. Delle tracta a *Ord. L. 4. tit.* 69., e foi tocado apenas por Guerr. *Tr.* 2. *L.* 7. *cap.* 9. *n.* 23., e *Fr.* 3. *L.* 7. *cap.* 13. *n.* 39., e Lobão *Tract. dos damn.* §. 65. O aluguel das obras dos animaes, como de bestas, ou carretes, pertence ao *art. seg.*

II. *Da locação de obras.*

§. 850. II. A locação de obras, segunda especie de locação-conducção, é o contracto, pelo qual uma pessoa se obriga a prestar a outra os seus serviços por certa paga, ou os serviços sejam obras determinadas, como os dos recoveiros e empreiteiros; ou por certo tempo, como os dos criados. *Cod. Civ. Fr. art.* 1710.

Dos recoveiros.

§. 851. A recovagem, ou transporte de fazendas, quer seja em bestas, quer em carros, ou barcos, deve regular-se pelas disposições do *Cod. Comm.* desde o *art.* 170., quando fórma estabelecimento regular de commercio. Este contracto: 1.° participa de locação de obras, e por isso *a*) o recoveiro tem direito a receber, quando entrega os effeitos, o preço convencionado, ou de costume, e as demais despesas indispensaveis para se effectuar o transporte, como portagens. *b*) Tem pelo preço da recovagem privilegio sobre as fazendas transportadas (§. 657.). 2.° Participa de *deposito*; e por tanto *c*) o recoveiro é responsavel por toda a perda e avaría, que as fazendas soffressem desde que as recebeu, até á entrega, *cit. Cod. art.* 182., excepto *aa*) se se estipulou outra cousa; *bb*) se a perda, ou avaría proveio de força maior, ou caso inteiramente fortuito: *cc*) ou de vicio da fazenda. *Cit. Cod. art.* 178. 3.° E obrigado a entregal-as no prazo convencionado: na falta de convenção, deve transportal-as na primeira viagem, sob pena de indemnização de perdas e interesses. *Cit. Cod. artt.* 196. e 197. 4.° Os que tomam bestas alugadas, são responsaveis pela perda, ou máo estado, em que as pozerem, se se provar culpa, como carregal-as mais, do que devia, não lhes dar de comer. Peg. 1.° *For. cap.* 3. *nn.* 46. e 47.

Sobre as obrigações dos alquiladores de bestas, e respon-

sabilidade dos que as alugam, vej. o *Dig. Port.* 3. *art.* 871., e Lobão *Tract. dos damn.* §. 59., e Peg. 1. *For. cap.* 3. *n.* 40. *e seg.*, *e cap.* 42.

Direitos e obrigações dos empreiteiros.

§. 852. 1.° A empreitada, ou encommenda de obras, pertence á locação, quando o dono dá os materiaes, e o empreiteiro unicamente a mão de obra: porque se o empreiteiro dá uma e outra cousa, o contracto é uma verdadeira venda. *L.* 2. § 1. *Dig. locat.* Neste ultimo caso o risco da encommenda, ou empreitada, é por conta do mestre, ou empreiteiro até o acto da entrega, excepto havendo mora da parte do dono em acceital-a. *Cod. Civ. Fr. art.* 1788. 2.° Quando o dono dá os materiaes, o risco destes é por sua conta, ou estejam já em obra, ou não; excepto se houve culpa, ou mora da parte do empreiteiro, ou dos seus officiaes. *L.* 13. §. 5. *eod.*, *Cod. Comm. art.* 517. 3.° Neste caso, se a cousa pereceu, ainda que estivesse já em obra, o empreiteiro não tem direito a pedir o seu trabalho: excepto, *a*) se já estava entregue, ou verificada por exame, medida, ou outro modo, por que se costumam verificar; *b*) se o dono estava em mora de a acceitar; *c*) se pereceu por vicio da materia. *Cod. Comm. art.* 518., *Cod. Civ. Fr. art.* 1790. 4.° Deve fazer a obra conforme o ajuste e apontamentos, ou planta, e na falta destes conforme as regras da sua arte. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *artt.* 921. e 922. 5.° É responsavel pelos defeitos procedidos de ignorancia, ou culpa, ou seja propria, ou de seus officiaes, assim como pela mora. *L.* 9. §. 5., *L.* 25. §. 7., *L.* 58 §. 1. *eod.* 6.° Se para a obra se attendeu á aptidão especial do mestre, não póde este encarregal-a a outro; o que não estorva porém empregar officiaes, que trabalhem debaixo da sua direcção *Cit. Cod. da Pr. artt.* 928. e 929. 7.° O empreiteiro de edificios é responsavel pelas deteriorações provenientes de defeito de construcção até dez annos depois da entrega. *Cod. Civ. Fr. art.* 1792., Lobão *Acç. Summ.* §. 417. *not.*

Direitos e obrigações do dono da encommenda, ou obra.

§. 853. O dono da encommenda, ou obra é obrigado: 1.° a pagar o preço nos prazos ajustados, ou de costume, alias no acto da acceitação. *Cit. Cod. da Pr. art.* 932. 2.° Antes da acceitação póde fazer verificar por peritos, se ella está conforme ao ajuste. *Cit. Cod. art.* 945. 3.° Ainda antes de concluida, se tiver receios de defeito, póde requerer exame, e fazel-o emendar por sentença. *Cit. Cod. art.* 948. 4.° Em regra o dono da obra póde a todo o tempo resilir do contracto, indemnizando o empreiteiro do seu trabalho, perdas e interesses. *Cod. Comm. art.* 521., e *Cod. Civ. Fr. art.* 1794. 5.° Quando a obra, ainda que ajustada com um mestre, se paga a jornal, ou por braça, ou por medida sem tempo certo, tanto um como outro podem resilir do contracto, quando quizerem. *Cit. Cod. da Pr. art.* 906. 6.° Este contracto acaba pela morte do empreiteiro: entretanto o dono, além da estimação da obra feita, deve tomar e pagar aos herdeiros os materiaes já preparados, de que se possa aproveitar: não acaba pela morte do dono da obra. *Cod. Comm. art.* 522., e *Cod. Civ. Fr. artt.* 1795. e 1796.

Dos officiaes e jornaleiros.

§. 354. 1.° Os officiaes, trabalhadores e jornaleiros são obrigados a conformar-se no seu trabalho com as ordens, ou direcção, que lhes dão; e por isso qualquer que seja o resultado da empresa, elles só são responsaveis pelo prejuizo resultante de não terem cumprido o que lhes foi mandado. *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 898. 2.° Ordinariamente no fim de cada dia acaba o seu contracto. *Cit. Cod. art.* 905. 3.° Porém se o official, não obstante ganhar a jornal, foi ajustado com declaração expressa de certo tempo, ou até a conclusão da obra, *a*) não póde ser despedido antes, excepto por incapacidade, ou falta de cumprimento da sua obrigação. *Cit. Cod. art.* 907. *b*) Se a obra não continúa por accidente eventual, podem as partes resilir, como nas empreitadas, recebendo o official a estimação do trabalho feito. *Cit. Cod. art.* 908. *c*) Se o dono da obra quer que o official volte, findo o impedimento, este é obrigado a isso: porém tem direito a pedir os seus jornaes do tempo intermédio, abonando aquillo, que ganhou, ou tinha occasião de ganhar nesse tempo. *Cit. Cod. art.* 900. *d*) Se a obra, antes de concluida, pereceu por acaso, o official tem direito a pedir a indemnização proporcionada ao seu trabalho. *Cit. Cod. art.* 917. *e*) Porém se a obra perece, ou se suspende por culpa, ou vontade do dono, além da compensação deve pagar ao official os seus jornaes, até que elle tenha occasião de achar obra. *Cit. Cod. art.* 918.

Dos criados.

§. 355. Pertence tambem *á locação de obras* o contracto, pelo qual os criados se obrigam a prestar por tempo certo os seus serviços. 1.° Por ser contracto, não podem os menores assoldadar-se sem auctoridade de seus paes, ou tutores, se os têm; nem as mulheres casadas sem a de seus maridos. *Ord. L.* 1. *tit.* 88. §. 18., *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exhib.* 2.° Este contracto póde ser expresso; ou tacito, *a*) quando uma pessoa, que necessita de criados, ou os costuma ter, acceita de outra os serviços, que por elles costumam ser feitos, Gam. *Dec.* 216.; *b*) ou quando no fim do anno se não despediram, nem foram despedidos trinta dias antes. *Cod. da Pr. P.* 2. *tit.* 5. *art.* 113., *Dig. Port.* 2. *art.* 1271. 3.° Na falta de convenção, entendem-se ajustados por um anno, excepto se for outro o costume. *Ord. L.* 4. *titt.* 30. e 31. Ninguem póde porém assoldadar-se por toda a vida. *Cod. Civ. Fr. art* 1780. 4.° Na falta de ajuste de soldada, deve ser arbitrada por louvados, conforme o costume da terra. *Ord. L.* 4. *tit.* 29. Ao menor de doze annos não se arbitra soldada, se o amo o alimentava e vestia. *Alv. de* 31 *de Jan. de* 1775 §. 4 5.° Este contracto acaba pela morte, assim do criado, no qual caso deve o amo satisfazer aos herdeiros a soldada *pro rata* do tempo do serviço; como do amo, e neste caso, se servia por anno, os herdeiros, despedindo-o, devem-lhe, além do tempo vencido, o alimento até o fim do trimestre corrente. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 99. e 101.

Aquelle, que criou um orphão, e por conseguinte um exposto, até a idade de sete annos sem paga, póde servir-se delle outros sete sem soldada. *Ord. L.* 1. *tit.* 88. §. 12. Muitas vezes os tutores, ou as mães conservam em sua companhia os órphãos, por não acharem quem os queira; se elles não fazem serviço, que a mereça, não se lhes deve contar soldada. *Tract. das Acç.* §. 330. *not.* 2.

Direitos e obrigações dos amos.

§. 856. 1.° O amo é obrigado a sustentar, e satisfazer ao criado a soldada, conforme o ajuste, ou costume. *Ord. L.* 4. *tit.* 29. *pr.* 2.° Tem direito a descontar-lhe o damno causado por culpa leve: com tanto que na despedida tenha por elle protestado perante o juiz. *Ord. L.* 4. *tit.* 35. *pr.* 3.° É obrigado a cural-o de molestia procedida de serviço, que imprudentemente lhe encarregasse: e qualquer que seja a causa da molestia, deve mandal-o tractar por conta da soldada, até que a sua familia o acolha, ou elle entre no hospital. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 86. 89. e 90. 4.° Póde castigar moderadamente os criados moços. *Ord. L.* 5. *tit.* 36. §. 1.

Quando podem despedir os criados?

§. 857. 5.° Os amos podem despedir os criados arbitrariamente antes de findo o tempo, com tanto que lhes paguem a soldada por inteiro. *Ord. L.* 4. *tit.* 34. 6.° Excepto se tiverem causas justas para os despedir: e taes são, *a*) se o criado offendeu por acções, ou palavras o amo, ou sua familia, ou por maldade excita nella discordias: *b*) se de proposito e teimosamente lhe desobedece: *c*) se por acções, ou injurias resiste ás pessoas encarregadas pelo amo de os vigiar; *d*) se induz para mal os filhos da casa, ou entretem com elles amizade suspeita: *e*) se rouba, ou é infiel ao amo, ou ensina aos outros os mesmos vicios: *f*) se pede cousas emprestadas em nome do amo, sem elle o saber: *g*) se costuma passar as noites fóra, sem consentimento do amo: *h*) se depois de advertido, continúa a ser desacautelado no uso do fogo, ou

ou luz: *i*) se effectivamente deixou pegar o fogo: *j*) se com os seus vicios contrahiu molestia contagiosa, ou nojenta: *k*) se esteve preso por culpa por mais de oito dias: *l*) se com attestados falsos enganou o amo para o receber; *m*) se a criada vem a conhecer-se grávida. *Cod. da Pr. cit. art.* 116. *até* 130. Por qualquer destas causas póde despedil-o immediatamente, pagando-lhe sómente o tempo vencido. *Cit. Cod. art.* 150.

7.° Póde tambem despedil-os com anticipação, mas deixando-lhe concluir o trimestre começado, se estava por anno, ou o mez, se estava aos mezes, *cit. Cod. art.* 147., pelas seguintes causas: *aa*) se não tem capacidade para o serviço, para que foi tomado: *bb*) se costuma saír aos seus divertimentos, e demorar-se por fóra além do tempo necessario, ou é negligente no serviço: *cc*) se é dado ao vinho, ou ao jogo, rixoso, e nestes defeitos incorrigivel: *dd*) se as circumstancias do amo o obrigam a despedir todos, ou alguns dos criados. *Cit. Cod.* §. 140. *até* 143.

Direitos e obrigações dos criados.

§. 858. O criado é obrigado: 1.° a fazer qualquer serviço, que seu amo lhe mande, excepto, *a*) se foi tomado para serviço especial; *b*) se o amo lhe encarrega serviço illicito, ou inhonesto; *c*) ou superior ás suas forças. *Cit. Cod. artt.* 56., 57. e 85., *Ord. L.* 4. *tit.* 31. §. 12. *in fin.*; 2.° a servil-o com todo o zelo e fidelidade, e por tanto é responsavel pela culpa leve, Silv. *ad Ord. L.* 4. *tit.* 35. *n.* 2.; 3.° a prevenir o amo, e obstar, podendo, aos damnos causados pelos outros criados, ou por terceiros. *Cit. Cod. da Pr.*

artt. 70. e 71., Silv. *cit.* 4.° Não póde sem consentimento do amo dar outro, que faça as suas vezes. *Cit. Cod. art.* 62. 5.° Os criados costumam por estylo dar no fim do anno os dias, que não poderam trabalhar por molestia, ou outro impedimento. *Dig. Port.* 2. *art.* 1272.

Quando podem os criados despedir-se?

§. 859. 6.° O criado póde despedir-se immediatamente pelas seguintes causas: *a*) se os máos tractos do amo lhe arruinam a saude: *b*) se este o obriga a uma fadiga extraordinaria, que o possa prejudicar: *c*) se o induz a actos illicitos, ou immoraes; *d*) ou o não defende contra iguaes tentativas das pessoas da familia, ou que frequentam a casa: *e*) se lhe não dá o alimento necessario: *f*) se lhe não faz conta acompanhar o amo, que quer viajar por tempo, que exceda o do ajuste, ou que quer mudar de domicilio: *g*) se pelas suas molestias não póde continuar o serviço. *Cit. Cod. art.* 132. *até* 139. Nestes casos tem direito ás soldadas do trimestre corrente, se serve por anno; ou do mez, se serve aos mezes. *Cit. Cod. art.* 152.

7.° Póde despedir-se, mas com anticipação, devendo igualmente acabar o trimestre ou o mez, nos casos seguintes: *aa*) se o amo não paga promptamente nos prazos ajustados: *bb*) se o amo por sua propria auctoridade o expoz a insulto publico; *cc*) se se lhe offerece occasião vantajosa de se estabelecer por casamento, ou por outra maneira, que perderia com a demora. *Cit. Cod. art.* 144. *até* 147. Nestes casos só tem direito á soldada do tempo, que serviu. *Cit. Cod. art.* 151.

Acção de soldadas.

§. 860. A acção de soldadas e jornaes é summaria. *Ref. Jud. art.* 281., *Ord. L.* 3. *tit.* 30. §. 2. E porque ordinariamente os amos as pagam pouco e pouco, sem cobrar recibo: *a*) se a soldada pedida não excede a 30$000 reis, para a absolvição do amo basta a prova semiplena pelo testemunho de algum dos outros criados, que jure ter visto dar-lhe dinheiro á conta da soldada, accrescendo o juramento suppletorio. *Ord. L.* 4. *tit.* 33. *pr. b*) Se a soldada é superior áquella quantia, basta escripto particular do criado; ou ainda *c*) a declaração do pagamento feita pelo amo em seu testamento, se era pessoa qualificada. *Cit. Ord.* §§. 1. e 2. O legado deixado em testamento ao criado sem declaração, entende-se á conta da soldada. *Cit. Ord. tit.* 31. §. 11. A acção de soldadas prescreve por tres annos, contados desde que o criado saiu de casa do amo, ou chegou á maioridade; ou por tres mezes, se servia ao mez. *Cit. Ord. tit.* 32.

CAPITULO IV.

DA SOCIEDADE.

Definição e essenciaes da sociedade.

§. 861. *Sociedade* é o contracto, pelo qual duas, ou mais pessoas se obrigam a pôr em commum seus bens, ou industria, em todo, ou em parte, com o fim de um lucro honesto. *Ord. L.* 4. *tit.* 44. *pr.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 1832. 1.° Para se dar sociedade, é necessaria convenção expressa: na falta desta presume-se antes communião fortuita de propriedade. *L.* 31., 32. e 33. *D. pro*

socio, *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 17. *art.* 171. (§. 467.).
2.° Não se póde dar sociedade para fins, ou sobre cousas illicitas. *Ord. cit.* §. 3. 3.° As partes podem arbitrariamente convencionar as clausulas e termos deste contracto.

Não se tracta aqui — nem da communhão entre os herdeiros; — nem da communião conjugal, das quaes se tractou em outro logar; — nem das sociedades commerciaes, que se regem pelo *Codigo Commercial*, e que podem ser tacitas. *Cod. Comm. art.* 568. Entretanto entre pessoas da mesma familia, que convivem conjunctamente, póde dar-se sociedade tacita, ou presumida, como veremos adiante.

Este artigo acha-se na *Ord. L. 4. tit. 44.*, e no *Dig.* e *Cod.* nos titulos *pro socio*. Os codigos modernos variam muito em algumas especies desta doutrina; nós seguimos principalmente as disposições do *Cod. Civ. Fr.*

Sua classificação.

§. 862. Podem ser objecto da sociedade os bens, ou a industria e trabalho dos associados, ou uma e outra cousa junctamente; e todos, ou em parte. Daqui nasce a divisão de sociedade em: 1.° *universal*, que é a de todos os bens presentes e futuros, e por conseguinte de todos os adquiridos posteriormente ao contracto. *Cit. Ord.* §. 1. 2.° *Universal de lucros;* na qual se comprehendem tão sómente todos os ganhos, que os socios adquirem pela sua industria, assim como os rendimentos de seus bens anteriores, mesmo dos de raiz. *Cod. Civ. Fr. art.* 1838. 3.° *Particular*, aquella, que tem por fim um objecto determinado, como o exercicio de qualquer profissão, uma negociação, ou empresa. *L. 5. pr.*, *L.* 52: §. 5. *D. pro socio.* Aqui tractamos desta especialmente.

Por direito romano na sociedade *universal (universorum bonorum)* comprehendiam-se todos os bens, ainda os adquiridos por titulo lucrativo, mesmo em quanto á propriedade. *L. 3. §. 1.*, e *L. 37. pr. eod.* Na universal de lucros *(universorum, quae ex quaestu venunt)* sómente se communicavam os ganhos da industria e trabalho dos socios. *L. 7.*, 8. e 9. *eod.* O *Cod. da Pr. cit. art.* 176. não permitte sociedade universal, senão entre conjuges: e muito duvidamos de que se encontre outra entre nós. O *Cod. Civ. Fr. art.* 1837. excluiu da sociedade universal a propriedade dos bens posteriormente adquiridos por titulo lucrativo, porque contém antes uma doação dos socios, do que vistas de lucros. Em quanto á sociedade universal de lucros, determina no *art.* 1838., que os moveis possuidos pelos socios ao tempo do contracto se communiquem, a fim de evitar as disputas, a que o contrario daria occasião.

Administração da sociedade.

§. 863. I. A administração originaria compete a todos os socios, entrando mesmo aquelles, que concorrem para o fundo social com menor quota, e decidindo-se os negocios por maioria de votos contados por cabeça. *Cod. da Pr. citt. artt.* 207. e 209: II. Porém nada obsta: *a*) a que logo no contracto se designem as pessoas, ou pessoa, que fica encarregada da administração, a qual neste caso póde administrar como entender, não obstante a opposição dos outros socios, salvo o caso de dolo; nem póde ser destituida sem causa justa, senão alterando-se o contracto: *b*) ou a que os socios depois por deliberação commettam a administração a algum d'entre elles, cuja commissão porém póde ser arbitrariamente revogada por outra deliberação, por conter especie de mandato. *Cod. Comm. artt.* 614. e 615. III. Se os administradores são dous, ou mais, cada um delles póde de per si só desempenhar as attribuições, que lhe foram commettidas; ou, não sendo distribuidas as attribuições, tudo o que for a bem da sociedade. *Cod. Civ. Fr. art.* 1857. Um porém nada póde fazer sem o outro, se assim se declarou, ainda

que este falte por doente ou impedido. *Cit. Cod. art.* 1858. IV. Quando nada se acha determinado a respeito da direcção da sociedade, todos os socios se entendem administradores ou gerentes: por tanto o que cada um practicar nesta qualidade, é válido, e obriga todos os socios, se se não oppozeram antes de concluida a operação, *Cod. Comm. art.* 611.; *Cod. Civ. Fr. art.* 1859.; excepto nas obrigações para com terceiros, como se verá adiante no §. 867.

Como o direito de votar é fundado na convenção, compete a todos por igual; e não na razão das entradas, como acontece no caso de propriedade commum.

Direitos e obrigações dos socios; a) *em quanto ás entradas.*

§. 864. Porque os socios são devedores á sociedade, do que prometteram: 1.° se entram com a propriedade de cousas não fungiveis, esta fica desde o tempo fixado pertencendo á sociedade, como capital commum, com os seus fructos, ou rendimentos, e por isso mesmo corre todo o risco por conta da mesma. *Cit. Cod. art.* 1846. 2.° Porém se entram sómente com o uso de uma cousa, a propriedade, e por tanto o risco, fica sendo do socio: excepto, *a*) se consta de dinheiro, ou cousas fungiveis; *b*) ou taes, que se deteriorem, mesmo guardando-as; *c*) se, ainda sendo não-fungiveis, são destinadas na sociedade para serem vendidas, ou entraram em estimação: porque em taes casos a sociedade póde dispor dellas, tendo o socio direito unicamente a pedir a sua estimação na dissolução do contracto. *Cit. Cod. art* 1851. 3.° Devem os juros das entradas a dinheiro, sem necessidade de interpellação. *Cit. Cod. art.* 1846.

b) *Em quanto ao uso dos fundos da sociedade.*

§. 865. 4.° Quando a administração não foi determinada, póde o socio servir-se dos bens da sociedade, com tanto que os empregue no seu uso ordinario, não prejudique a sociedade, nem estorve o uso dos outros socios. *Cit. Cod. art.* 1859. 5.° Mas não póde alienal-os, nem vendel-os; excepto sendo administrador, se elles são destinados para esse fim. *Cit. Cod. art.* 1860. 6.° Não póde admittir socios por auctoridade propria, ainda que possa dar a outrem quinhão em sua parte. *Cod. Comm. art.* 586. 7.° Tem obrigação de zelar com especial boa fé os interesses da sociedade, e a conservação dos fundos sociaes; e por tanto, se recebeu uma divida de um devedor, que o era da sociedade, e junctamente delle proprio, deve descontal-a em proporção em ambos os créditos, sem que lhe aproveite a declaração de ter recebido só á conta da sua: se declarou, que recebia tudo por conta da sociedade, nada póde abonar no crédito proprio. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1848.

c) *Em quanto ás contas com a sociedade.*

§. 866. 8.° Tem direito á indemnização das sommas, que desembolsou, bem como das obrigações proprias, que contrahiu, e damnos, que soffreu no serviço e para utilidade da sociedade. *Ord. L.* 4. *tit.* 44. §§. 10. e 11., *L.* 52. §. 15. *D. eod.* 9.° Deve indemnizal-a de todas as perdas, que lhe causou, ainda por culpa leve; assim como dos juros das quantias, que distrahiu para os seus negocios particulares: nem póde compensar as perdas com os lucros, que lhe adquiriu. *L.* 25. 26. e 47. §. 1. *eod.*, *Cod. Civ. Fr.*

artt. 1846. e 1850. 10.° Se entrou com certa industria, deve dar conta fiel de todos os lucros, que della tirou. *Cit. Cod. art.* 1847.

d) *Em quanto ás obrigações para com terceiros.*

§. 867. 11.° Ainda que, na falta de providencia especial, todos os socios podem administrar, com tudo, para evitar fraudes, o socio, que contrahe com terceiros, em regra obriga-se pessoalmente: a sociedade sómente se entende obrigada, *a*) no caso de ter auctorizado o socio geral ou especialmente para esse negocio, e este declarar que obrava em nome da sociedade; *b*) pelo proveito, que da obrigação resultou para esta. *Cit. Cod. art.* 1864., Lob. *Seg. Linh. Suppl. Diss.* 4. §. 11. *e seg.* 12.°Qualquer que seja a obrigação para com terceiros, cada um dos socios sómente fica obrigado pela sua parte ou até á concurrencia da sua entrada, e não solidariamente, Val. *Cons.* 93. *n.* 4.; excepto nos casos, em que a lei determina o contrario; como nas sociedades de commercio, *Cod. Comm. art.* 664.; e nos arrendamentos de rendas do Estado. *L. de* 22 *de Dez. de* 1761 *tit.* 2. §. 31. 13.° Esta parte de cada um na obrigação para com terceiros, em falta de declaração, entende-se igual, ainda que na sociedade tenham partes desiguaes, as quaes o terceiro se presume ignorar; porém os socios uns para com outros sómente ficam responsaveis em proporção das suas porções. *Cod. Civ. Fr. art.* 1863.

Distribuição dos lucros e perdas.

§. 868. Sommados os bens da sociedade, e feita a deducção dos capitaes da entrada,

gastos da gerencia, administração, e dividas, o sobejo é o lucro, a falta é a perda. *Cod. da Pr. cit. art.* 241. Ou a partilha foi providenciada no contracto; ou não. I. No caso de providencia: 1.° esta deve cumprir-se; excepto, por injusta, a clausula *a*) de que algum fique só com as perdas, ou só com os lucros. *Ord. L.* 4. *tit.* 44. §. 9.; *b*) ou ainda de que algum levantará o seu capital salvo, no caso de haver perda. Cardoso *in Prax. vbo.*=*Societas*=*n.* 4. 2.° Podem ajustar, que a partilha seja regulada por um d'entre elles mesmos, ou por um terceiro: neste caso a partilha, uma vez feita, não póde ser reclamada, senão sendo manifestamente contra a justiça; com tanto que o reclamante não tenha accedido, ou deixado passar tres mezes. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1854.

II. Na falta de providencia: 3.° cada um recebe, ou perde em proporção de sua quota da entrada. *Ord. cit.* §. 9., Mell. *L.* 4. *tit.* 3. §. 20. 4.° Se algum entrou só com a industria, recebe tanto, como o que entrou com a menor quota de capital. *Cod. Comm. art.* 559. 5.° Se todos entraram só com industria, ou trabalho, parte-se por igual. *Cod. da Pr. cit. art.* 252. 6.° Se entraram todos com industria e capitaes, mas estes desiguaes, os lucros repartem-se ametade para se distribuir pelos capitaes em proporção, e ametade por cabeças pelo trabalho. *Dig. Port.* 3. *art.* 1089. 7.° As perdas distribuem-se pelo mesmo methodo, que os lucros: a entrada com a industria não tem parte na perda do capital, porque já soffre a do trabalho. *Cit. Cod. da Pr. artt.* 256 e 257.

Dissolução da sociedade; a) *pela sua natureza.*

§. 869. A sociedade dissolve-se por sua natureza: 1.° pelo mutuo dissenso: 2.° pelo lapso do tempo ajustado, ou consummação da empresa, ou negocio, que fazia o seu objecto. *L.* 65. §. 6. *D. eod.*; 3.° extincta a cousa, que constituia o fundo commum, *L.* 63. §. *ult. eod.*; 4.° mas não pela extincção das cousas parciaes, com que os socios devem entrar; excepto, *a*) se pereceram antes da entrada, *L.* 58. §. 1. *eod.*; *b*) ou ainda depois, se para a sociedade sómente tinha entrado o uso da cousa, *Cod. Civ. Fr. art.* 1867.; 4.° pela morte de qualquer dos socios, se se não estipulou outra cousa, *Ord. cit.* §. 4.; 5.° bem como pela sua fallencia, ou interdicção. *Cod. Comm. artt.* 698. *e* 701.

O *Cod. da Austr. art.* 1207. dispõe, que a sociedade composta de mais de dois membros se presume continuar, ainda que algum falleça.

b) *Pela renuncia.*

§. 870. 6.° Dissolve-se tambem pela renuncia, ou despedida de algum dos socios. A renuncia póde ser arbitraria, quando o termo da sociedade não foi fixado, *Cod. Comm. art.* 693.; porém se for determinado, o socio não póde renunciar; excepto, *a*) por falta de cumprimento das condições sociaes; *b*) pela condição insoffrivel, ou máo comportamento de algum dos socios, *Ord. cit.* §. 8.; *c*) ou por molestia ou impedimento, que o impossibilite de continuar. *Cod. Civ. Fr. art.* 1871. Para a renuncia ser válida, deve ser: *aa*) intimada a todos os socios; *bb*) de boa fé, e por tanto não ser tentada com a malicia de aproveitar a epocha do lucro: *cc*) em

tempo opportuno, isto é, quando não esteja principiada alguma empresa, que importe ser concluida. *Cit. Ord.* §§. 5., 6. e 7., *cit. Cod. art.* 1870.

Da sociedade tacita entre pessoas da mesma familia.

§. 871. Quando muitos irmãos convivem junctos, ou a mãe com seus filhos maiores, ou o pae com os filhos emancipados, quer tenham feito partilhas, quer não, presume-se sociedade, a que chamam *simplex bonorum*. Lobão *obr. recipr.* §. 762. Para se dar esta sociedade, é necessario: *a*) que habitem a mesma casa; *b*) que vivam em commum, ganhando e gastando da mesma bolsa: *c*) e por tanto que não façam contas separadas em quanto aos fructos de seus bens, ou lucros de seu trabalho. Guerr. *Tr.* 2. *L.* 6. *cap.* 10. *n.* 45. Nesta, só se reputam sociaes aquelles factos, que claramente, ou que por fortes presumpções se provarem taes; e por tanto: 1.° as adquisições, ou compras de cada um são proprias, excepto se se provar animo de as fazer em commum. Lobão *cit.* §. 772. 2.° Se a compra foi feita com dinheiro commum, pertence a quem a fez; mas os socios devem ser indemnizados. Peg. 1.° *For. cap.* 5. *n.* 205. 3.° Da mesma fórma o que contrahiu dividas, ou obrigações em seu nome, nada póde pedir aos socios; excepto em quanto ao proveito, que provar terlhes d'ahi resultado. *Cit.* Lobão §. 775. *not.* 4.° Pela mesma razão a sociedade não é responsavel pelas perdas dos bens proprios de cada um dos socios; excepto provando-se que aconteceram por causa, ou no uso commum. *Cit.* Lobão §. 776. Vej. Paiva e Pona *Orphan. cap.* 3. *n.* 80. *e seg.*

Partilha dos fructos ao tempo da dissolução desta sociedade.

§. 872. Para se partirem os fructos, ou lucros ao tempo da dissolução desta sociedade, deve attender-se, se todos os socios trabalharam, ou não. 1.° Se todos trabalharam em bens proprios, devem os fructos repartir-se em dous montes: um, que é o rendimento da propriedade, deve ser distribuido pelos socios em proporção dos bens de cada um: outro, que representa o trabalho, deve repartir-se por cabeça dos trabalhadores. *Cit.* Guerr. *cap.* 11. *n.* 42. 2.° Se trabalharam em bens arrendados, nada se separa para a propriedade, e repartem-se todos pelos trabalhadores, depois de tiradas as rendas e mais despesas. *Id. n.* 43. 3.° O filho de algum dos socios, maior de doze annos, e menor de dezoito, que com elle trabalhou, vence uma porção igual a ametade das dos socios. Lobão *cit.* §. 778. 4.° Se os bois do trabalho eram de um, costuma tirar-se do monte dos trabalhadores uma parte para o dono pelo serviço delles. *Dig. Port.* 2 *art.* 1206. 5.° Os lucros dos bois, e outros animaes sustentados com os pastos communs, repartem-se a meio para o dono, e para o monte dos trabalhadores. *Cit.* Lobão §. 781. 6.° Se os socios não trabalharam, não se faz monte para os trabalhadores, mas repartem-se os fructos todos em proporção dos bens de cada um. *Cit.* Lobão §. 785.

SECÇÃO 5.ª

DOS CONTRACTOS ALEATORIOS.

O que sejam?

§. 873. Chamam-se *contractos aleatorios* aquelles, em que uma pessoa promette, e outra acceita, a esperança de uma vantagem incerta. *Cod. da Austr. art.* 1267. A esta classe pertencem: 1.° *o contracto de risco*, de que tracta o *Cod. Comm.* desde o *art.* 1621.: 2.° *o contracto de seguro*, de que tracta o mesmo *Cod.* desde o *art.* 1672.: 3.° *o jogo, apostas e loterias*: 4.° *o contracto de renda vitalicia.*

O *cit. Cod. da Austr.* comprehende entre os aleatorios os contractos de venda, e outros, quando versam sobre cousas futuras e incertas.

Do jogo, apostas e loterias.

§. 874. O *jogo*, considerado como contracto, é aquelle, em que duas, ou mais pessoas promettem reciprocamente uma somma ao outro, a quem for favoravel certo azar, ou nelle entre a industria, ou não. A *loteria* contém uma especie de jogo. A *aposta* é aquelle, em que se faz igual promessa no caso de existir, ou se practicar certo facto, ainda incerto. Mell. *L.* 4. *tit.* 3. §§. 24. e 25.

Pela *Ord. L.* 5. *tit.* 82. era prohibido todo o jogo de dados ou cartas; mas não os outros, e principalmente os gymnasticos, seguindo-se a respeito destes a disposição das *L.* 2. e 3. *D. de aleator.* Porém pelo *Alv. de* 17 *de Março de* 1605 foi tolerado o jogo de cartas, ficando assim revogada a *Ord.* O outro *Alv. de* 24 *de Maio de* 1656 prohibe todo o jogo de dados: e o *de*

29 *de Out. de* 1696 declara prohibidos todos os jogos de azar, e especialmente o jogo de banca. Finalmente o *Alv. de* 26 *de Março de* 1754 permitte jogar com cartas *todos os jogos livremente*. Per. e Sous. *Classes dos Crim.* pag. 135. Vej. as *citt. Leis* na *Collecç. á Ord. L.* 5. *tit.* 82., ou apontadas no *Indic. Chron.*

Se delle resulta acção?

§. 875. O jogo é apenas tolerado como divertimento; e por isso: 1.° delle, ainda que seja licito, não resulta ao vencedor acção para pedir o que ganhou, e não recebeu no mesmo acto. *Cod. Civ. Fr. art.* 1965., Lobão *a Mell. L.* 1. *tit.* 10. §. 20. *n.* 4. 2.° Mas tambem, ainda que seja prohibido, não tem o que perdeu, acção para repetir a perda, que satisfez, excepto se houve dolo da parte de quem ganhou. *Cit. Cod. art.* 1967., Lobão *cit.* O mesmo é applicavel á *aposta.*

Por direito romano não só aquelle, que ganhava, não tinha acção para pedir as dividas do jogo, mas pelo contrario, o que perdeu, tinha acção para repetir a perda. *L. ult.* §. 1. *D. de aleat.*, *L.* 1. e 3. *Cod. eod.* O *Cod. Civ. Fr. art.* 1966. apenas permitte pedir o que se ganhou ao jogo, *a*) sendo este gymnastico; *b*) e sendo a divida pouco consideravel a arbitrio do juiz. O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 577. não permite absolutamente pedir dividas de jogo. Em nenhuma legislação moderna porém se permitte repetir a perda, depois de satisfeita: pois se o jogo é dos prohibidos, não póde o autor fundamentar a sua acção em um facto illicito; se é dos tolerados, nenhuma acção lhe póde assistir.

Da renda vitalicia.

§. 876. Chama-se *renda vitalicia* o contracto, pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certa renda annual a outra, durante a vida natural deste, ou de outro individuo, ou individuos designados no contracto. Delvinc. *Cours de Droit Tom.* 3. *tit.* 12. *chap.* 2. Póde ser, *a*) ou

por titulo gratuito, e então constitue uma verdadeira doação, por cujas leis deve ser regulada; *b*) ou por titulo oneroso, como, quando o vendedor reserva uma tença annual, em quanto elle viver, ou um terceiro; ou quando se dá a outro certa quantia de dinheiro, ou outros bens com a obrigação desta renda: e então constitue o contracto aleatorio, de que tractamos.

Natureza deste contracto.

§. 877. Porque é contracto aleatorio: 1.° é livre ás partes estabelecer a renda, como quizerem, tenha, ou não, proporção com o capital dado. *Cod. Civ. Fr. art.* 1976., *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 11. *art.* 610. 2.° Por mais oneroso que se venha a tornar, não póde a parte obrigada á renda resilir sem consentimento da outra, ainda que se offereça a restituição do capital. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1979. 3.° Porém como tem por base a vida de uma, ou mais pessoas, não tem effeito, *a*) se essa pessoa tinha morrido ao tempo do contracto; *b*) ou estava doente de molestia, de que morreu nos vinte dias immediatos. *Cit. Cod. artt.* 1974. e 1975.

Obrigações resultantes deste contracto.

§. 878. O devedor da renda: 1.° é obrigado a satisfazel-a durante a vida natural da pessoa, ou pessoas, sobre quem foi estipulada. 2.° Se foi estipulada sobre a vida de um terceiro differente do crédor, que a recebe, deve-a aos herdeiros deste, em quanto viver esse terceiro. *Cit. Cod. art.* 1971. 3.° Se foi estipulada em favor de muitos conjunctamente, vai vagando em proporção pela morte de cada um, se se não

convencionou de outra fórma. *Cit. Cod. da Pr. art.* 616. 4.° O crédor da renda não póde repetir o capital com o pretexto de falta de pagamentos: póde sim demandar o devedor; e do producto da execução, além dos atrasados, formar um novo capital, cujo rendimento seja sufficiente para a prestação. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 1978. 5.° Só póde resilir do contracto, se a parte não prestou as seguranças, que prometteu. *Cit. Cod. art.* 1977. 6.° Os herdeiros do crédor podem pedir *pro rata* a parte vencida; ou toda a renda, quando se devia satisfazer adiantada no principio do anno, ou mez. *Cit. Cod. da Pr. art.* 649.

O extracto das doutrinas relativas a este contracto da renda vitalicia é tirado dos codigos modernos, por ser materia omissa na legislação patria, e talvez na romana. E ainda que os *censos pessoaes*, ou *juros a retro*, que o *Alv. de* 13 *de Dez. de* 1614, e o outro *de* 23 *de Maio de* 1698, fixam, sendo por uma vida, a dez mil o milhar, isto é, a 10 por $\frac{o}{o}$, e, sendo por duas, a doze, isto é, a 8 e $\frac{1}{3}$ por $\frac{o}{o}$, tenham alguma analogia com a renda vitalicia; com tudo da simples leitura daquelles Alvarás se deprehende, que o seu fim foi obstar ás usuras, e não regular contractos de risco, e que as suas disposições não têm aqui applicação. No *Alv. de* 7 *de Março. de* 1801 §. 5. tambem se constituiram os juros de um emprestimo ao Estado, como renda vitalicia, mas em sentido mui differente do que aqui se tracta: o mesmo se deve dizer das rendas vitalicias, a que foram convertidos os ordenados das classes inactivas pelo *Decr. de* 30 *de Maio de* 1844. Este contracto differe dos *censos*, de que tractámos no §. 583., em que a renda vitalicia não contém a natureza de onus real, e a sua duração é incerta.

SECÇÃO

SECÇÃO 6.ª

Dos contractos accessorios.

Quaes sejam?

§. 879. Chamam-se *contractos accessorios* aquelles, que suppõem a existencia de outro, a que elles se ajuntam, ou para o modificar, como os pactos antenupciaes relativamente ao matrimonio, ou para maior garantia, como o penhor. Já em differentes logares tractámos delles; resta tractar aqui da *Fiança.*

Noção e especies de fiança.

§. 880. *Fiança* é a promessa, que faz uma, ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um terceiro, para melhor segurança do crédor. Póde ser *legal*, quando é exigida pela lei, como no caso da entrega dos bens do ausente: *judicial*, quando é ordenada pelo juiz: e *convencional*, de que especialmente aqui se tracta, quando é estabelecida por contracto, isto é, promessa do fiador, e acceitação voluntaria do crédor. *Cod. Civ. Fr. art.* 2011.

Sua natureza.

§. 881. I. A fiança suppõe a existencia de uma divida, ou obrigação principal, da qual esta é *accessoria:* e por tanto, *a*) se a principal é nulla, nulla é tambem a obrigação do fiador, *Ord. L.* 4. *tit.* 48. §. 1.; *b*) excepto quando a principal póde ser annullada por algum defeito pessoal do devedor, subsistindo porém a obrigação natural, como na obrigação do menor. *L.*

25. *D. de fidejuss. c*) Porém em odio aos emprestimos de dinheiro aos filhos-familias, a fiança neste caso é inteirameute sem effeito. *Cit. Ord. tit.* 50. §. 2. II. Como o fiador toma sobre si obrigação alheia, em que ordinariamente não tem interesse, a fiança não se presume: e por isso, *aa*) deve ser expressa; nem se póde ampliar além dos termos, em que foi contractada. *bb*) Comprehende porém todos os accessorios da divida principal, *Cod. Comm. artt.* 841. e 842.; *cc*) assim como passa para os herdeiros. *Cit. Cod. art.* 865. *dd*) A obrigação do fiador não póde estender-se a mais, do que a do devedor principal, ainda que possa ser mais rigorosa, v. g., acompanhada de penhor, ou hypotheca. §. 5. *Inst. de fidejuss.*, *L.* 59. *D. eod.* Vej. o *art.* 843. *do Cod. Comm.*

Pessoas, que podem ser fiadoras.

§. 882. Como é um contracto, podem ser fiadoras todas as pessoas, que podem consentir e obrigar-se. Porém para obstar aos abusos, a que podia dar occasião a facilidade e condescendencia das mulheres, estas podem desobrigar-se das fianças, que contrahiram, pelo beneficio chamado do *Senatusconsulto Velleano. Ord. L.* 4. *tit.* 61. *pr.* Este beneficio cessa: 1.° em favor do matrimonio, se a mulher fiou algum dote para casamento, §. 2.; 2.° em pena, se se fingiu homem, ou maliciosameute enganou o crédor, inculcando-se herdeira do devedor, §. 3.; 3.° se era interessada na divida; ou tinha direito a receber a quantia fiada; ou a tinha recebido, §§. 4. 5. e 6.; 4.° se é commerciante. *Cod. Comm. art.* 18. Nas fianças legaes ou judiciaes o fiador, além da capacidade de se obrigar, deve possuir

bens de raiz livres e desembargados no Concelho, ou Comarca, onde se obriga *Ord. L.* 1. *tit.* 62. §. 38., Guerra *ad Ord. pag.* 298. *n.* 2. Nas mesmas fianças exigem-se algumas vezes testemunhas abonatorias, as quaes ficam responsaveis na falta do fiador. *Cod. Comm. art.* 850.

Effeitos da fiança: a) *entre o fiador e o crédor.*

§. 883. Como o fiador toma sobre si uma divida alheia: 1.° presume-se obrigado unicamente na falta do devedor. *Ord. L.* 4. *tit.* 59. *pr.* 2.° Sendo demandado antes, póde soccurrer-se ao beneficio da *ordem*, ou *excussão;* isto é, recusar-se á satisfacção, em quanto o devedor originario não for demandado e excutido: excepto, *a*) se renunciou este beneficio, ou se obrigou como *principal pagador*, §§. 2. e 3.; *b*) se, tendo negado a qualidade de fiador, foi convencido, §. 1.; *c*) se se provar, que o devedor nada tem, por onde satisfaça: *d*) se o devedor está escondido, ou ausente fóra do termo do seu domicilio; devendo porém neste caso conceder-se-lhe termo razoavel para o fazer citar, se o pedir. *Cit. Ord. pr. e*) Os fiadores commerciaes não gozam deste beneficio. *Cod. Comm. art.* 851. 3.° Póde oppor contra o crédor todas as excepções, que competiriam ao devedor, excepto as pessoaes deste. *Cod. Comm. art.* 845. 4.° Ainda antes de ser demandado, se tiver excepção liberatoria da obrigação, póde fazer citar o crédor, para que o venha demandar em certo prazo, com a comminação de o não poder depois fazer. Strick. *ad Pand. L.* 46. *tit.* 1. §. 30. Nas fianças feitas em juizo o crédor pela mesma sentença, que obteve contra o devedor, póde executar o fiador. *Ord. L.* 3. *tit.* 92.

b) *Entre o fiador e o devedor.*

§. 884. Os direitos do fiador contra o devedor originario verificam-se, uns depois que é demandado pelo crédor, outros ainda antes. 1.° Sendo demandado, quer seja simples fiador, quer principal pagador, póde fazer citar o devedor para que venha assistir á causa, com a comminação de ser na mesma condemnado. *Dig. Port.* 1. *art.* 430. 2.° E em virtude desta sentença póde nomear á penhora, e promover a execução nos bens do devedor. Mell. *L.* 4. *tit.* 3. §. 28. 3.° Tendo pago a divida, *a*) fica sobrogado no logar do crédor sem necessidade de cessão, *Cod. Civ. Fr. art.* 2029., e *da Pr. P.* 1. *tit.* 14. *art.* 338.; e por tanto por meio de simples habilitação póde pedir-lhe o que pagou, com seus juros e custas. *Cod. Civ. Fr. art.* 2028. *b*) Póde tambem demandal-o por perdas e interesses, mas em nova acção, intentada em seu proprio nome. *Cit. Cod.*, e *Cod. Comm. art.* 346. *c*) Além disto, póde para este fim aproveitar-se das mesmas garantias, de que gozava o crédor, como penhor, ou hypotheca. *L.* 2. e 14. *Cod. de fidejuss.*

Por direito romano o fiador, que tinha pago, não podia demandar o devedor, nem os confiadores, sem que o crédor lhe cedesse as acções competentes. *Cit. L.* 14. A nossa *Ord. L.* 3. *tit.* 92. não é liquida a este respeito: e *Mell. L.* 4. *tit.* 3. §. 28. seguiu ainda o direito romano. Sobre a praxe de nomearem os fiadores á execução os bens do devedor, veja-se Lobão *Collecç. de Diss. Diss.* 4.

Quando póde demandar o devedor antes de ter pago.

§. 885. 4.° Ainda antes de ter pago, póde demandar o devedor, para que o livre da obri-

gação por meio de pagamento, ou de outro qualquer modo, com a comminação de ser condemnado a depositar a divida, ou ser por ella executado, nos seguintes casos: *a*) desde que chegou o termo, em que o devedor se tinha obrigado a pagar; *b*) apenas o fiador é demandado pelo crédor; *c*) chegado o tempo, em que o devedor tinha ajustado desobrigar o fiador; *d*) se o devedor dilapida os bens, e decáe de fortuna: *e*) finalmente passados dez annos, se a obrigação principal não tem tempo determinado, nem pelo contracto, nem pela sua mesma natureza, como na tutela, cuja fiança deve durar, em quanto não expirar o encargo. *L.* 10. *Cod. mand.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 2032., *Cod. Comm. art.* 847.

c) *Entre os confiadores.*

§. 886. Sendo dous, ou mais fiadores, entende-se cada um obrigado *in solidum;* por isso 1.° póde ser demandado por toda a divida, excepto se expressamente estipularam o beneficio da divisão. *Ord. L.* 5. *tit.* 59. §. 4. 2.° Porém por equidade permitte-se ao demandado fazer citar os outros para assistirem á causa, com a comminação de serem condemnados na mesma sentença, e por ella soffrerem execução *pro rata. L.* 10. § 1. *Cod. de fidejuss.*, *Ref. Jud. art.* 658.

Quando a obrigação dos fiadores é solidaria, o que pagou, como fica sobrogado no logar do crédor, póde tambem demandar *in solidum* qualquer dos outros, abonando porém a sua parte respectiva. Parece-nos ser esta a especie da *Ref. Jud. art.* 658., coherente com a Ordenação. O *Cod. Comm.* porém no *art.* 848., transcrevendo a doutrina do *art.* 2033. do *Civ. Fr.*, parece inculcar, que o fiador, que pagou, não tem acção contra o confiador, senão pela parte deste.

Extincção da fiança.

§. 887. A fiança acaba pelos mesmos modos, que os demais contractos; e especialmente 1.° pela extincção da obrigação principal; e ainda que o objecto dado em pagamento seja evicto, não revive a fiança, *Cod. Civ. Fr. art.* 2038.; 2.° pelo lapso do tempo, se a fiança era temporaria, com declaração de ficar desobrigado desde esse tempo. *L.* 44. §. 1. *D. de oblig. et act.* 3.° Pela confusão extingue-se a obrigação do fiador, mas não a das testemunhas abonatorias. *L.* 93. §§. 2. e 3. *D. de solut.*, *Cod. Civ. Fr. art.* 2035. 4.° Acaba tambem pela novação da divida principal, se o fiador não consentiu nella, *L.* 1. e 18. *D. de novat.*; porém a simples prorogoção de tempo, concedida pelo crédor ao devedor, não extingue a fiança. *Cit. Cod. Civ. Fr. art.* 2039. 5.° Se o crédor o desobrigou.

FIM DO TOMO SEGUNDO.

NOTAS FINAES

DO

TOMO II.

Nota S ao §. 454. pag. 358.

SOBRE A PRESCRIPÇÃO.

Theoria geral da prescripção.

A *Prescripção* em jurisprudencia denota sempre extincção de direitos: donde resulta perda para aquelle, cujo direito se extingue, e lucro para o outro, a quem competia a obrigação correspectiva. Porém os effeitos desta extincção variam conforme a differente qualidade dos direitos: porque umas vezes o devedor apenas lucra, por ficar libertado da obrigação; outras não só fica libertado, mas ainda obtem para si o direito, que o outro perdeu. Assim na prescripção de uma divida extingue-se o direito do crédor, e o devedor lucra, porque fica extincta a sua obrigação de pagar: mas na prescripção de um predio não só se extinguiu o direito de reivindicação do antigo proprietario, e por tanto a obrigação, em que estava o possuidor, de o restituir, mas além disso este obtem em virtude da posse o direito de propriedade.

Em cada uma destas especies o seu fundamento e applicação são mui differentes. Na primeira, da parte do devedor não ha facto algum positivo, não ha objecto de prova, nem elle póde empregar a *prescripção*, senão por *excepção*, quando o crédor o demanda. Na segunda dá-se o facto positivo da posse, que o prescribente póde e deve provar: este usa da *prescripção*, já por via da *excepção* para elidir a acção de reivindicação, já por via da *acção* para gozar todos os effeitos do dominio: por isso se diz, que a primeira é *um modo de extinguir*, e a segunda *um modo de adquirir*. O uso, que fazemos da palavra *prescripção* para significar estes differentes effeitos, é a

causa das difficuldades desta doutrina: nem outra é a razão, porque os modernos adoptaram a distincção, introduzida por Boehmero, entre prescripção *extinctiva* e *adquisitiva*.

Da prescripção: 1.° *por direito romano.*

Em direito romano antigo fazia-se uma distincção, mui analoga á dos modernos, entre *usucapio* e *praescriptio*. A *usucapião* é definida na *L.* 3. *D. de usurpat. et usucap.* — *adjectio*, ou (como outros lêem) *adeptio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* — A prescripção era — *exceptio, qua is, qui rem possederat, sese adversus dominum tuebatur*: de maneira que a palavra *prescripção* referia-se, não á qualidade do direito, mas unicamente á fórma, por que se usava della em juizo. Justiniano depois na *L. un. Cod. de usucap. transf.* confundiu tudo.

Segundo este direito a *usucapião*, isto é, a prescripção *adquisitiva*, effectuava-se nos moveis pela posse de tres annos; nos immoveis pela de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes, fazendo o possuidor constar *titulo justo*, e *boa fé* ao menos na entrada da posse. Se o possuidor se soccurria á posse de trinta annos, não precisava de a corroborar com o titulo da adquisição, nem com a boa fé, ainda que a parte lh'a podia impugnar, provando que o titulo fóra inhabil. Este mesmo espaço de trinta annos era o geralmente fixado para a prescripção *extinctiva*, á excepção dos casos exceptuados. Como nesta, da parte do prescribente, nem ha posse, nem facto algum positivo, claro está, que se lhe não podia exigir corroboração de prova. Quando falamos de titulo, entendemos não só o que consta por escripto, mas tambem o que se póde provar por outro qualquer modo.

Para conciliar porém o que acabámos de dizer, com os textos do direito civil, e com a linguagem dos interpretes e leis antigas, é necessario estar prevenido de que em direito romano se usa neste artigo o systema geral de tomar as *acções*, como centro para desinvolver as disposições e as doutrinas. A prescripção alli considera-se com relação ás acções *reaes* e *pessoaes*. O que se dispõe a respeito das primeiras, é o mesmo, que nós applicamos á *adquisitiva*; e o que se diz em quanto ás segundas, pertence á *extinctiva*; pois tanto importa dizer, como nós dizemos, que o possuidor adquire um predio pela prescripção em virtude da posse de trinta annos, como dizer, na linguagem dos antigos, que prescreveu a acção de reivindicação, que neste caso competia ao antigo proprietario. A differença está sómente em que os Romanos, querendo nesta hypothese referir-se á adquisição, empregariam a palavra *usucapio*,

e não *praescriptio*, que elles tomavam sempre no sentido de *excepção*.

2.° *Por direito canonico.*

O direito canonico seguiu, a respeito da prescripção, as doutrinas do romano. Apenas, em quanto á boa fé, parecendo-lhe offensivo da moral, que um possuidor invocasse a prescripção para deixar de entregar uma cousa, que elle sabia, ou ao menos desconfiava, não ser sua, estabeleceu como requisito essencial a *boa fé*, não só no principio, mas durante todo o espaço da prescripção. *Cap. ult. X. de praescript* Esta determinação querem alguns canonistas, se não deva entender, senão da *usucapião*, ou *prescripção adquisitiva*: outros ampliam-na ainda á extinctiva, de que falaremos na *Not. seg.*

3.° *Por direito patrio*: a) *em quanto á adquisitiva.*

Nas leis patrias nada se acha geralmente disposto sobre *usucapião*, ou *prescripção adquisitiva*. Porém na *Ord. Affons. L. 4. tit.* 49., e *Manoelm. L. 4. tit.* 33., tiradas das leis romanas, achava-se disposto, que a acção *hypothecaria* do crédor contra o terceiro possuidor dos bens hypothecados se extingue, quando este possuiu os bens por dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes, fazendo constar o justo titulo e boa fé: ou na falta destes requisitos, por trinta annos: mas que contra o proprio devedor, ou contra terceiro, a quem este a empenhou, sómente prescreve por vinte annos entre presentes, e quarenta entre ausentes. Esta disposição passou para a *Ord.* actual *L. 4. tit.* 3. sem outra differença, senão a allegação de boa fé em todo e qualquer tempo, em virtude do espirito do direito canonico, de que o legislador Philippista estava imbuido. Desta disposição, ainda que especial, a qual reduzida aos termos, de que hoje nos servimos, quer dizer, que o possuidor de um objecto hypothecado adquire a propriedade livre daquelle encargo, pela prescripção em virtude da posse por aquelles differentes espaços, tem-se introduzido na nossa practica as mesmas disposições do direito romano, em quanto á prescripção adquisitiva em geral.

b) *Em quanto á extinctiva.*

Em quanto á prescripção extinctiva: el Rei D. Diniz por lei da era de 1339 tinha fixado geralmente o prazo de dez annos: el Rei D. Affonso 5.° na sua *Ord. L. 4. tit.* 108. §. 4. fixou o de trinta annos para a prescripção de dividas de certa cousa em

razão de contracto, ou quasi contracto. Porém a *Ord. Manoelin. L. 4. tit.* 80. fixou o espaço de cinco annos, se crédor e devedor vivessem no mesmo logar; dez, se vivessem na mesma Comarca; e vinte se vivessem em differentes Comarcas.

Depois el Rei D. João 3.º por *Lei de 4 de Fev. de* 1534 não só estabeleceu geralmente para estas o espaço de trinta annos, mas exigiu o requisito da boá fé, a que por direito romano se não attendia. É a fonte da *Ord.* actual *L. 4. tit.* 79. Não temos sobre prescripção tractado algum de praxistas, que mereça recommendar-se.

Sobre a intelligencia desta *Ord.* vej. a Nota seguinte.

Nota T ao §. 465. *pag.* 368.

Se o devedor póde prescrever contra o proprio titulo?

Estado da questão.

Esta questão não necessita disputar-se com referencia á prescripção *adquisitiva* ou *usucapião*, porque, como nesta o titulo é requisito essencial para justificar a posse, sendo elle inhabil *ad transferendum dominium*, a prescripção não procede. Porém não acontece assim na *extinctiva*, onde o titulo não é chamado, senão para indicio da boa ou má fé, cuja verificação é sempre mui difficil. Supponhamos que um devedor assignou uma escriptura de divida: passaram-se trinta annos, sem que o crédor lhe pedisse, nem elle reconhecesse a divida: depois deste espaço o crédor demanda-o, offerecendo em prova a escriptura: o devedor recorre á excepção de prescripção; mas o crédor insta, que esta lhe não póde aproveitar, porque a escriptura está accusando a sua má fé. *Quid juris?* Os interpretes dividem-se sobre a decisão desta questão, querendo uns que lhe não aproveita a prescripção, outros pelo contrario. Acha-se tractada por Lobão *Fascic. Tom.* 1. *Diss.* 4. §. 73. *e seg.*

Fundamentos da negativa.

Os interpretes, que se oppõem á prescripção, fundam-se: em que nunca se póde suppor, que um devedor se esqueça da divida, que contrahiu, principalmente sendo ella de algum valor; nem, ainda quando pelo decurso do tempo se esquecesse,

sso podia acontecer no principio da prescripção, tendo elle, talvez poucos dias ou mezes antes, outorgado a divida. Está contra elle a má fé; deve applicar-se-lhe a disposição geral da *Ord.* Dos nossos é esta a opinião de Pedro Barb. *ad Leg.* 3. *de praescript.* desde o *n.* 37., e do Sr. Corrêa Telles, *Add. ao Tract. das Acç. pag.* 11.

Fundamentos da affirmativa.

Outros sustentam que se deve admittir a prescripção: e para responder ao argumento da má fé, recorrem á analyse e interpretação dos textos. 1.º Em direito canonico, dizem elles, não apparece texto, onde se exija o requisito da boa fé na prescripção extinctiva: porque o *Cap. ult.* X. *de praescript.*, donde se tem pretendido deduzir a illação em contrario, só teve em vista a adquisitiva; como facilmente se deprehende da expressão — *conscientia rei alienae* — nelle empregada, e ainda melhor do *Cap.* 5. *eod.*, parallelo, onde sómente se allude aos *possessores rei alienae*, que de certo não são os devedores de dividas. Assim o entendeu Boehmero *nas notas ao cit. cap.*, a quem seguiu Riegger e outros. 2.º O fim, que o Pontifice allegou naquelle *Capitulo*, foi — *quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est*, — ou, como diz a nossa *Ord.*, — *para se não dar occasião de peccar.* Ora, segundo as subtilezas dos casuistas, o possuidor de uma cousa alheia, que, sabendo-o, a não entrega, pecca, porque priva o dono do uso e dos fructos della. Porém não acontece outro tanto com o devedor, o qual não pecca em não entregar a divida, em quanto lh'a não pedem: depois de lh'a pedirem, sim; mas então temos interrompida a prescripção, o que faz variar a questão, pois suppomos que o crédor a não pediu, senão depois do lapso dos trinta annos, quando estava completada a acção da lei. Os que assim discorrem, concluem que, não sendo as disposições do direito canonico applicaveis senão á prescripção adquisitiva, devemos na extinctiva recurrer ao direito romano, que nesta não admittia discussão sobre a boa ou má fé. Lobão no logar citado parece inclinar-se á opinião destes, e querer assim applicar a *Ord. L. 4. tit.* 79.

Juizo nosso sobre a questão.

A interpretação de Boehmero parece-nos exacta; mas seja o que for por direito canonico, confessemos que a nossa *Ord. L. 4. tit.* 79., assim como a sua fonte, a *L. de 4 de Fev. de* 1534, comprehenderam no requisito da boa fé tanto a prescripção adquisitiva, como a extinctiva. Eram as idéas daquelle seculo; o

legislador escrupulizava de tolerar factos, que ainda remotamente podessem ser notados de peccado. Além disso aquella *Ord.* explicitamente se refere aos devedores de cousas, ou *quantidades em razão de contracto*, ou *quasi contracto*.

A duvida para nós vem a ser: como entenderemos *hoje* esta *Ord.?* É questão similhante á da instituição de herdeiro nos testamentos, e a outras, que a cada passo se offerecem, quando queremos concordar as *Ordd.* com as leis modernas. A *L. de* 18 *de Ag. de* 1769 *no* §. 12. expressamente ordena, que a *supposição de peccado*, como motivo das leis patrias, *se haja por não escripta*. Se, em execução desta lei, excluimos o final da *Ord.* — *por se não dar occasião de peccado:* necessariamente havemos de dar por antiquado, e sem execução, o ultimo periodo da mesma *Ord.* sobre a má fé, como disposição sem fundamento. Separado este periodo, vamos achar no mesmo §. o principio justificativo da prescripção extinctiva — *por a negligencia, que a parte teve de não demandar*, etc.; e conhecemos que o legislador sómente cogitou de impor uma especie de pena ao crédor negligente, sem attender ás intenções, nem á consciencia do devedor.

Disposições dos codigos modernos.

É por este mesmo fundamento que o *Cod. Civ. Fr. nos artt.* 2240. e 2241., coherente com o direito romano, admittiu que o devedor possa prescrever contra o seu proprio titulo para se libertar, mas não o possuidor, porque não póde inverter o principio da sua posse; e no *art.* 2262. não admitte a excepção de má fé contra a prescripção de trinta annos. O *Cod. da Sard. artt.* 2375. e 2376. adoptou o mesmo, que se acha tambem no *Cod. das Duas Sicilias*, e em muitos outros. O *Cod. da Austr. art.* 1478. não exige para estas prescripções outro requisito, senão o *não uso* do direito por espaço de trinta annos. O *da Pr. P.* 1. *tit.* 9. *art.* 569. explica-se de uma maneira ambigua, assim como o da *Baviera*.

Incoherencia da Ord.

Finalmente é necessario notar, que o nosso legislador, que neste logar, e em outros se mostra tão escrupuloso contra a má fé do devedor, viu-se obrigado a admittir prescripções, que não podem ser elididas com esse fundamento, e que se não justificam por outro fim, senão para prevenir disputas, e forçar os cidadãos a ser cautelosos. Por exemplo: os amos podem implorar a prescripção para não pagar as soldadas aos criados, passados tres annos, ou tres mezes, se serviam por mez, ou dez dias, se serviam a sêcco. *Ord. L.* 4. *tit.* 32. O legislador neste caso não fundamenta a prescripção na boa fé do amo, mas sim na negligencia do criado em não ter pedido as soldadas. Se elle fosse em tal caso admittido a arguir a má fé do amo, duvidamos muito que este podesse escapar a essa nota, pois é impossivel que em dez dias se esquecesse do que devia; e então teriamos uma prescripção, que talvez nunca se applicaria.

Conclusão.

Por estes fundamentos parece-nos, que se póde admittir a prescripção do devedor, ainda que contra se appresente o seu proprio titulo: e inclinamo-nos á opinião de Lobão, *na Diss. cit.*, de que sómente se reputa de má fé aquelle devedor, contra quem se provar, que durante o espaço da prescripção reconheceu a divida. Vej. adiante a Nota Z ao §. 540.

Nota U ao §. 475. pag. 375.

SOBRE OS DIREITOS DO CABEÇA DE CASAL.

Em quanto á venda dos bens do casal.

O cabeça, ainda sendo comproprietario, ou coherdeiro, não póde vender os bens do casal, que não são destinados para esse fim, quer estejam inventariados, quer não, excepto por auctoridade de justiça á vista da necessipade da venda. Mas se effectivamente os vendeu por auctoridade propria, poderá annullar-se a venda por este fundamento?

Lobão *na Diss.* 2. *do Fasc. Tom.* 3., depois de expender as opiniões dos praxistas *pro* e *contra*, inclina-se a que tal venda só poderá subsistir, ou quando sem prejuizo dos coherdeiros podér ser imputada na parte do vendedor, ou quando sem fraude tiver sido feita para pagamento de dividas communs. Esta opinião é um prudente conselho, que os juizes poderão ter em vista no apontamento das partilhas, para os imputar no lote do vendedor: porém se os bens vendidos tocarem a outro coherdeiro, este vai repetil-os do comprador, ao qual apenas restará a acção de evicção contra o cabeça, ficando a este o regresso

contra os coherdeiros, se o preço foi consumido em utilidade ou pagamento de dividas do casal.

Em quanto ás acções.

O cabeça de casal poderá demandar, e ser demandado sem assistencia, ou citação dos coherdeiros? Os praxistas não têm feito disto questão, em quanto ao marido, porque segundo os principios do direito romano a este só, e não á mulher, competia a propriedade e disposição de todo o casal; e a esta circumstancia allude a *Ord. L. 4. tit. 95. pr.*, em quanto a respeito do marido diz = *continúa a posse velha* =, e a respeito da mulher considera a posse como um remedio, que a lei lhe confere. Apenas Cab. *P. 2. Arest. 30.* figurou uma especie, em que se duvidava deste direito do marido.

Porém, quando a mulher fica em cabeça de casal, não é facil concilial-os. Val. *Cons. 128. n. 4.* attesta ser a practica, poder aquella demandar, e ser demandada pelas dividas e encargos do defuncto: porém no tractado *de Part. cap. 6. n. 14.* diz, que ella não póde accionar, nem ser accionada, sem os outros coherdeiros: *imo omnes citandi sunt; et ita servat verior praxis, licet aliqui renitantur.*

Febo *Arest. 1.* e Moraes *de exec. L. 6. cap. 7. n. 54.* fizeram distincção entre as causas já principiadas, para as quaes exigem a assistencia, ou citação de todos, e causas novas, que julgam poderem ser intentadas, ou defendidas pelo cabeça sómente.

Macedo *Dec. 100.* entende, que a lei seria contradictoria, se conferisse ao cabeça de casal a disposição dos fructos e administração dos bens, e ao mesmo tempo lhe denegasse o direito de cobrar as dividas, que se poderiam talvez perder, e de usar dos outros meios tendentes ao augmento do casal.

Guerr. *Tr. 2. L. 6. cap. 12. nn. 14.* e *15.* diz, que a mulher póde demandar os devedores, e ser demandada, sem necessidade dos outros coherdeiros. O mesmo seguiu Lobão *cit. Diss. 2. §. 15.*

Juizo nosso a este respeito.

O cabeça, ou seja comproprietario, como é ordinariamente o conjuge sobrevivo, ou seja além disso coherdeiro, v. g., o filho, não é um simples depositario, a quem sómente compete a guarda e conservação dos bens: é um administrador *legal* da massa commum, que nesta qualidade, e pelo proprio

interesse deve nella ter cuidados positivos: e por isso a lei lhe confere a posse, e lhe permitte dispor dos fructos, até negociar com elles. É em direito equiparado a um procurador, ou mandatario geral. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 13. art. 120.*, e *tit. 14. art. 109.* Ora um procurador geral, além da cobrança e venda dos fructos, póde arrendar, póde proceder aos reparos, comprando os materiaes, e satisfazendo as outras despesas para esse fim, fazer as despesas da cultura, usar das acções possessorias, interromper as prescripções: além disso pagar as dividas exigiveis, e pela mesma razão receber as dividas activas, demandar e executar os devedores: não póde porém alienar os bens, que não são destinados para isso, nem practicar outros actos, que involvem alienação, como hypothecas, transacções, partilhas, e outros: em fim póde fazer tudo o que for em utilidade do mandante, mas não o que for em prejuizo. Vid. Delvincourt *Cours du Droit Civ. Tom. 3. not.* (1) *pag. (mihi)* 240.

Nem faça duvida o termos na nota ao §. 794. attribuido com o *Cod. da Austr.* ao procurador geral o direito de transigir, comprar e vender, intentar e defender litigios; porque essa disposição refere-se ao procurador *especial com poderes amplos para fazer tudo o que for a bem do constituinte.*

Conclusão.

Daqui parece poder concluir-se: 1.° que o cabeça póde cobrar e dispor dos fructos, ou sejam naturaes, ou civis, ou mixtos, e satisfazer juntamente os encargos annexos, como juros, foros, decimas, etc., e que para este fim lhe competem todas as acções assim activas, como passivas. Por conta dos rendimentos na practica costumam carregar-se os juros das quantias, que tocaram aos coherdeiros; se estes não requerem antes liquidação, ou os lucros, como lhes permitte a lei. 2.° Como administrador, póde vender os objectos destinados para isso, como mercadorias, dando conta do preço para as partilhas, se elles estavam inventariados. 3.° Deve pagar as dividas liquidas e exigiveis, e por isso póde tambem receber as dividas activas, e demandar os devedores na qualidade de cabeça, e executal-os, ainda sem procuração dos coherdeiros. 4.° Sendo demandado por dividas, ou por outra qualquer acção, póde defendel-a: no caso de ser absolvido, a sentença aproveita a todos: porém o auctor será imprudente, se não demandar todos os coherdeiros, porque ainda que o cabeça seja condemnado, a sentença não faz lei contra os outros, que não foram ouvidos, e poderiam ter outros meios de defesa: e a execução contém uma alienação, para a qual não é auctorizado o cabeça. 5.° Em

quanto ás acções, ainda que não digam respeito á administração, póde-as intentar pelo fundamento da utilidade do casal, e sobre tudo para interromper a prescripção. 6.° Nas acções pendentes com o defuncto não basta a habilitação do cabeça; é necessaria a de todos os coherdeiros, porque sómente todos representam a pessoa do defuncto, e succedem no logar delle.

Nota V ao §. 499. pag. 392.

Noticia historica dos morgados.

Introducção dos morgados.

Entre os Hebreus, e outros povos antigos, bem como em algumas das nações modernas, encontram-se certas prerogativas concedidas aos filhos primogenitos em quanto á successão de seus paes: porém os nossos *morgados*, além do beneficio aos primogenitos, contém o character especial da perpetuidade dos bens, e da successão gradual, que os distingue das outras instituições similhantes.

Os interpretes têm querido achar analogia entre elles e os fideicommissos familiares dos Romanos, de que se faz menção nas *L.* 32. §. 6., *L.* 67. §. 5., *L.* 69. §. 3., e *L.* 77. §. 32. *D. de legat.* 2., na *Nov.* 159. e em outros logares parallelos. Ainda que realmente os morgados sejam á maneira de fideicommisso, com tudo nas leis deste povo celebre não apparece indicio de tal instituição, nem de prerogativa concedida aos primogenitos.

Foram primeiro introduzidos no reino de Castella, donde passaram para nós: e já do seculo 14.° é conhecido o morgado, que el Rei D. Pedro 1.° permittiu instituir a Moysés Navarro, seu Arrabi-mór, com a clausula de usar o appellido de *Navarro*. Na França, tendo sido extinctos pela revolução de 1789, foram depois instaurados por *Lei do* 1.° *de Maio de* 1808.

Sua origem e character.

Se observarmos a natureza, havemos de notar que todos os homens, principalmente os de merecimento distincto, desejam deixar depois de si algum monumento perenne da sua existencia e virtudes; e que á maior parte nada os lisonjeia tanto, como

como a illusão de verem nos seculos futuros perpetuada a sua memoria com lustre em uma familia, de que elles formaram o tronco. Esta especie de instincto devia tornar-se mais viva na epocha da meia idade, na qual toda a importancia dos individuos quasi que se não derivava, senão da origem heroica das familias, da nobreza genealogica, dos brazões, e se ia debater na successão dos feudos.

Entre todas as familias a primeira e a mais nobre, era a Real: porém a realeza, e os grandes feudos, que formavam o seu apanagio, estavam sujeitos á lei da perpetuidade, e a uma fórma especial de successão. Nada parecia por tanto tão natural como pretender a nobreza imitar os Reis, e adoptar os mesmos estylos para a fundação e successão das suas familias.

Eisaqui a origem dos morgados, e a razão porque para elles foi adoptada a fórma da successão da corôa. Ao menos assim o explica o Hespanhol *Molina de primogenit.*, que é o patriarcha dos escriptores neste artigo.

Disposições desta natureza para além da morte, e para a eternidade, não podiam deixar de trazer associadas as idéas religiosas da vida futura, e da salvação eterna, em um tempo em que a influencia do clero em tudo incutia sombra ecclesiastica: não é por isso de admirar, que a instituição dos morgados fosse acompanhada de legados pios, e que posteriormente estes lhes fossem pelas leis impostos, como encargo necessario. Taes legados em alguns tornaram-se a *pars p. aevalentior*; e d'ahi proveio a distincção juridica entre morgados e capellas. Mas como em uns e outros os bens ficavam inalienaveis, adoptou-se em direito, para os designar, a expressão commum de *vinculo*, e *bens vinculados*.

Legislação antiga a respeito delles.

Nas *Ordd. Affon.* não se encontra menção de morgados: e na *Manoelin.* apenas se falla delles no *L.* 2. [redacted] 35. §. 48. Só do reinado de D. Sebastião apparecem as primeiras leis sobre este artigo *de* 15 *de Set. de* 1557, em que se resolveram algumas duvidas sobre a successão. Vej. a *Collecç. de* Leão *P.* 6. *tit.* 1. *lei* 12. e 13.

Estas leis foram depois colligidas na *Ord. Philipp. L.* 4. *tit.* 100., conjunctamente com outras disposições pela maior parte extrahidas das leis de Castella chamadas do *Touro L.* 10. *e seg.*, e da *Nueva Recopilation L.* 5. *tit.* 7.

Ainda que a *citada Ord. no* §. 5. reconheça, que o fim dos morgados fosse a conservação da nobreza, com tudo não restringiu a faculdade de os instituir, nem em quanto ás pessoas,

nem em quanto aos bens, e, o que é mais; permittiu aos instituidores alterar arbitrariamente a ordem regular da successão; com o que por uma parte deu logar a que elles se multiplicassem até o excesso com prejuizo da economia do estado, e por outra parte com a variedade das clausulas fez deste artigo um labyrintho na jurisprudencia.

Nas obras dos praxistas mais antigos encontram-se a cada passo especies sobre morgados, principalmente em Portugal *de donat.*; em Cabedo, e nas *Consultas* de Valasco: mas o primeiro tractado regular, que appareceu, foi o *de majoratu* de Pegas, pela mór parte plagiado de Molina, e que hoje não val a pena de se ler. Os praxistas desse tempo, persuadidos de que a grande accumulação de bens nas familias era elemento de prosperidade para as nações, julgavam dignos de favor os morgados, que a facilitavam, e sustentavam a nobreza, na opinião dos mesmos, credora de especiaes attenções e privilegios.

Legislação moderna.

A quéda do systema feudal necessariamente devia trazer comsigo o descredito dos morgados, que eram filhos delle: no seculo 18º a nobreza genealogica tinha já perdido o prestigio da sua antiga consideração; e escriptores distinctos defendiam, como vantajosa para a sociedade, a divisão da propriedade territorial. Nestas circumstancias o marquez de Pombal começou por abolir os vinculos insignificantes na *L. de* 9 *de Set. de* 1769: e no anno seguinte na *L. de* 3 *de Agost. de* 1770 publicou a reforma radical sobre morgados, declarando-os injustos e anti-economicos, e apenas tolerados para sustentação da nobreza, indispensavel nas monarchias. Cohibiu as instituições, não as permittindo, senão em bens de mui avultado valor, e em favor dos cidadãos benemeritos. Sujeitou-os á regia confirmação, estabeleceu regras certas e inalteraveis para a successão; e finalmente aind[illegible] no *Alv. de* 23 *de Maio de* 1775 provindenciou de novo sobre a sua abolição, ou reversão á corôa. O espirito restrictivo destas reformas continuou na legislação subsequente; principalmente nos differentes Assentos da Casa da Supplicação, em que se resolveram as duvidas sobre a intelligencia, ou applicação da *L. de* 3 *de Agosto.*

O titulo *de successione majoratus* do sabio Mello foi escripto debaixo desta impressão: e no mesmo sentido escreveu Lobão poucos annos depois o seu *Tractado dos morgados*, que, apezar de confuso, contém a fonte mais copiosa e segura, para não dizermos, a unica, que neste artigo hoje podemos consultar.

Seu ultimo estado.

Ultimamente o progresso das idéas liberaes, e a solemne proclamação da liberdade e igualdade dos cidadãos perante a lei, veio ainda augmentar a desconsideração destes estabelecimentos. Por *Decr. de* 4 *de Abr. de* 1832 facilitou-se a extincção dos pouco rendosos, e removeram-se as difficuldades dos aforamentos, e dos outros meios de cultura dos bens vinculados, que antes eram difficeis, por dependerem da licença do Desembargo do Paço.

Differentes projectos para a sua completa extincção têm apparecido desde 1820, assim pela imprensa, como nas Camaras Legislativas: a Camara dos Pares declarada hereditaria temlhes até aqui servido de escudo, como elemento indispensavel da sua conservação; com tudo na tendencia actual das idéas elles não tardarão a perder toda a consideração politica; e dado esse passo, provavelmente a acção do tempo descarregará nelles o seu effeito.

Nota X ao §. 533. pag. 416.

Noticia historica da emphyteuse.

Da emphyteuse por direito romano.

Pelo direito romano antigo o contracto da emphyteuse confundia-se ou com o de locação-conducção, ou com o de compra e venda: que por isso no *Digesto* apenas se encontra nomeado no *tit. Si ager vectig., id est, emphyteuticarius, petatur.* Foi o imperador Zenon, quem primeiro fez delle um contracto distincto, e marcou a sua natureza especial, como declara Justiniano no §. 3. *Inst. de locat.*; e como tal entrou na compilação do Codigo no *tit. de jur. emphyt.* Segundo esta legislação a emphyteuse era um contracto puramente agricola, que tinha por fim reduzir á cultura os predios incultos. Era da sua natureza o *jus protimeseos;* o direito de receber a quinquagesima no caso de alienação, a que depois se deu o nome de *laudemio;* e o de commisso, quando o emphyteuta não pagasse o canon por tres annos seguidos: porém era permittido ás partes estipular quaesquer clausulas, que lhes parecessem, as quaes deviam ser observadas.

Justiniano depois possuido do zêlo para com as igrejas, que dominou na côrte do baixo Imperio, querendo regular a administração, e obstar ao descaminho dos bens ecclesiasticos, na *Nov. 7. pr. e cap. 3.*, e na outra *Nov.* 120., exigiu a escriptura pública como essencial na emphyteuse ecclesiastica; prohibiu as emphyteuticações perpetuas, introduzindo assim as temporarias, ou em vidas; e comminou ao emphyteuta a perda das bemfeitorias no caso de commisso *ob non solutum canonem*. Estas disposições passaram para o direito canonico, e foram entre nós expendidas, e sanccionadas pelas constituições dos Bispados: e deram origem á antiga distincção, que faziam as leis, e os interpretes, entre emphyteuse *secular*, e *ecclesiastica*, hoje menos importante.

Character dos nossos antigos aforamentos.

Os aforamentos, ou emprazamentos entre nós desde os primeiros tempos da monarchia, desviaram-se muito da simplicidade da emphyteuse dos Romanos, amoldando-se aos costumes dos povos do Norte, e adoptando as clausulas e Jurisprudencia dos feudos. A este principio se deve ir procurar a origem da palavra *investidura*, e a natureza de *beneficio*, que geralmente se dava áquelle contracto, a obrigação de respeito e agasalho, e os serviços pessoaes impostos aos foreiros, a indivisibilidade do prazo, a fórma especial de successão, as restricções na liberdade de dispôr, o augmento progressivo das pensões, a recusa da renovação, e a consolidação ou direito de caducidade na falta de herdeiros do foreiro, as luctuosas, e placerosas, os laudemios exorbitantes, a pena de commisso constantemente irrogada, e outras clasulas duras, que patenteavam a suzerania dos senhorios, e tendiam a conservar os foreiros no estado de adscripticios, como facilmente conhecerá, quem se quizer dar ao trabalho de comparar as variadas fórmulas extrahidas dos antigos aforamentos, e colligidas por Lobão no *App. ao Dir. mphyt.* desde o §. 105. Eisaqui a razão, porque Valasco e Pinheiro, imitando os escriptores Allemães, nos seus tractados sobre a emphyteuse antepozeram, como introducção, um resumo sobre os feudos, e porque estes, e os mais praxistas geralmente estabelecêram a maxima, de que dos feudos se podia argumentar para os prazos.

É facil conhecer que em virtude deste character feudal os aforamentos pertenciam, antes e erám regulados pelo direito publico, do que pelo particular: os senhorios exerciam-os em consequencia dos foraes: e elles não continham outra cousa, senão as contribuições agrarias impostas aos povos em favor dos senhorios debaixo da figura de contracto, do qual estes continuadamente abusaram. Ainda em alguns foraes se lê a declaração, que tendo os moradores antes satisfeito as prestações por outra fórma, d'ahi em diante as ficariam satisfazendo segundo os aforamentos. Nelles prevalecia por tanto um elemento muito alheio dos contractos, que era o fiscal.

Estado da Jurisprudencia emphyteutica: a) *até á publicação das Ordd. Philippinas.*

As primeiras leis sobre prazos encontram-se na *Ord. Affonsin. L. 4. nos titulos* 77. 78. 79. e 80.: nas quaes porém apenas se vem reguladas a successão, e nomeação, e estabelecidos os direitos de opção, e de commisso; leis que são tiradas, em parte dos antigos costumes, e em parte do direito romano, como o legislador ahi mesmo declara. As mesmas disposições passaram depois para a *Ord. Manoelin. tit.* 62. 63. 64. e 65 *do L. 4.*, sem mais innovação do que a indicação dos casos, em que os prazos devem entrar em partilhas e collação; *tit.* 77. §. 32. e 35. É certo porém que nestas leis se não fixava de uma forma terminante a natureza dos aforamentos, a qual continuava por conseguinte abandonada aos caprichos dos senhorios, ou ás contradictorias opiniões dos interpretes. Na mesma *Ord. Affonsin. L. 4. tit.* 45. §. 3. tinha-se sujeitado este contracto, como todos os outros, a rescissão por lesão: ainda que em favor do foreiro, á maneira dos feudos, provaleceu sempre a regra, de que o canon, devendo-se *in agnitionem dominii*, nunca podia ser arguido de lesivo.

A cultura do direito romano veio, como todos sabem, arruinar o systema feudal entre nós, assim como em toda a Europa; revolução que principalmente se desinvolveu pelo decurso do seculo 16. Os famosos JCtos. em que nesta epocha abundou a Universidade de Coimbra, procuraram em conformidade com estas idèas fundamentar as suas opiniões *na equidade*, que continuadamente achavam invocada nos fragmentos do *Digesto*; methodo que empregaram na emphyteuse igualmente, que nos outros artigos de jurisprudencia.

Escreveu por este tempo Alvaro Valasco a primeira parte das questões *de jure emphyteutico*, a qual foi depois continuada por Francisco de Caldas Pereira nos volumosos *Tractados de renovatione, nominatione, et extinctione emphyteuseos*, aonde se devem ir procurar as bases do actual systema dos prazos. As obras destes dois insignes Lentes da Universidade respiram manifestamente o odio das clausulas feudaes, a equidade em favor dos foreiros, e a opposição aos abusos e prepotencias dos senho-

rios. *Prout sunt hodie omnes directi domini petulantes, cupientes omnia sibi assumere, non potest ista respublica sustineri, et penitus periret:* diz Val. *Cons.* 123. *n.* 13.

Foram estes mesmos, que defenderam com todo o vigor, e fizeram introduzir na practica a *equidade Bartolina*, isto é, a opinião de que os senhorios são obrigados a renovar o aforamento em vidas ao herdeiro da ultima, ainda que na investidura se achasse a clausula em contrario. A adopção de um tal principio annunciava uma completa reforma neste artigo de jurisprudedcia; e estabelecia o precedente de não respeitar nos prazos o rigor do contracto, mas antes de os considerar como leis dictadas pelo poderio; o que devia conduzir a proscrever todas as cláusulas violentas, que nelles costumavam inserir-se. Por outra parte em virtude deste principio póde-se dizer, que todos os aforamentos ficavam perpetuos, porque as renovações pouco mais vêm a ser, do que a reforma dos titulos: daqui seguia-se, que o dominio util, o qual até ahi pouco excedia os direitos de colonia, se converteu em propriedade permanente e fixa, que devia em consequencia entrar no computo das heranças, para ser repartida entre os membros da familia, ao menos na estimação, como se practica nos fateusins.

Não era possivel porém naquelle tempo proclamar esta total reforma; e attenta a influencia dos grandes e do clero, cujos interesses ella ía offender, muito fizeram aquelles escriptores em minar o antigo systema. Nas questões relativas á familia, como successão e nomeação, não se atreveram a desviar-se da letra das Ordenações, nem á attacar a incerteza e as inextricaveis disposições, que as leis mandavam respeitar nos aforamentos.

b) *Depois das Ordenações.*

Aos compiladores das *Ordd. Philippinas* competia pôr em accordo a legislação com as opiniões dos praxistas, reduzindo este artigo de jurisprudencia a um systema regular, accomodado ás necessidades publicas e idéas do seculo, e coherente com os principios geraes de direito. Porém não attenderam a tal objecto, nem souberam mais do que copiar quasi fielmente os *titulos da Ord. Manoelin.*, inserindo-os nos *titulos* 36. 37. 38. 39. e 40. *do Liv.* 4.

Os praxistas e commentadores destas Ordenações, que escreveram pelo decurso do seculo 17°, e primeiro periodo do 18°, os quaes pela maior parte aos solidos conhecimentos do direito substituiram as subtilezas da moral escholastica, e as opiniões dos casuistas, vieram ainda augmentar a confusão no systema

emphyteutico. Não comprehenderam a transcendencia das opiniões de Valasco e Caldas, nem tiveram vigor para as fazer progredir.

O jesuita Francisco Pinheiro, professor de Theologia na Universidade de Evora, no seu *Tractado de censu et emphyteusi*, publicado em 1651, limitou-se a extractar as obras daquelles dois distinctos JCtos, accrescentando apenas, segundo o gosto do seculo, algumas auctoridades dos casuistas; e o outro jesuita Antonio Cordeiro, nas suas *Resoluções Theo-juridicas*, atreveu-se a combater a equidade *Bartolina*. As decisões dos tribunaes daquelle tempo attestam a incerteza e confusão, em que laborava esta doutrina, como se póde ver dos Arestos transcriptos por Pegas *no Tom.* 2. e 3. *das Resoluções Forenses.*

Alterações, que soffreu desde o reinado de D. José.

O marquez de Pombal, cujo plano aspirava a abater a aristocracia assim secular, como ecclesiastica, não podia na execução das suas medidas deixar de abranger tambem o systema dos prazos. Começou por instaurar as leis da amortização, e por tornar difficil, em quanto ás igrejas, o direito de consolidação ou caducidade, assim como por prohibir a estas o augmento do foro ou laudemio nas renovações dos prazos, de que fossem senhorias. *L. de 4 de Julh. de* 1768, e 12 *de Maio de* 1769. Depois marchando progressivamente, na outra *Lei de* 9 *de Set. de* 1769 §§. 25. e 26. sanccionou a equidade *Bartolina*, e quasi que aboliu inteiramente o citado direito de consolidação, permittindo-a unicamente na falta de parentes do ultimo foreiro até o quarto gráo. Auctorizou o precedente de não respeitar nos aforamentos antigos o rigor do contracto, em quanto na Lei *de 4 de Julh. de* 1776 mandou, que os emprazamentos modernos de bens já cultivados fossem regulados pelas leis da locação, não devendo portanto ter, em quanto a estes, logar as opiniões geraes sobre emphyteuse.

Possuido das idéas do ministro de el rei D. José, o sabio Mello Freire nas *Institutiones juris civilis lusitani* seguiu o mesmo caminho: no que diz respeito aos direitos dos senhorios, poucá importancia deu á figura do contracto; denegou a todos a faculdade de augmentar o foro, assim como o favor da hypotheca; combateu as luctuosas; restringiu, e póde-se dizer, que anniquilou o direito de commisso. Porém na parte respeitante ás relações familiares dos foreiros, accommodou-se á antiga incoherencia. Provavelmente reservava a reforma desta parte para o novo Codigo, de que foi encarregado.

Depois deste o distincto advogado Manoel de Almeida e Sousa de Lobão, escreveu o seu *Tractado do direito emphyteutico*, no qual comprehendeu todo o systema, extractando as *Ordd.*, e as *Leis Josephtnas*, procurando concilial-as umas com as outras, e com as opiniões dos praxistas; tarefa difficil, que só o legislador poderia effectuar. Este tractado ainda que muitas vezes carregado de citações e extractos prolixos, ou de uma erudição pesada, que prejudica em alguns logares a clareza, ou encobre contradicções, é com tudo a fonte copiosa, aonde podemos ir procurar a decisão dos casos occurrentes sobre este objecto, confórme o ultimo estado da legislação.

Seu ultimo estado.

Modernamente os principios da igualdade, a nova fórma de governo, e a ruina das prerogativas da ordem da nobreza e do clero, veio antiquar quasi completamente as clausulas duras dos aforamentos: e o *Decr. de* 13 *de Agost. de* 1832, que aboliu os foraes, se fosse entendido literalmente, tel-os-hia extinguido quasi todos, e retirado assim este artigo do campo da jurisprudencia. Ainda confórme a interpretação, que se deu áquelle *Decreto* pela *L. de* 22 *de Junho de* 1846, grande parte ficam extinctos; outra parte brevemente o será pela faculdade da facil remissão, que nelle se concede aos foros do thesouro; e por tanto apenas restará o pequeno circulo dos aforamentos particulares.

Limitados assim os casos da emphyteuse, a refórma do systema que a rege, não offerece grandes difficuldades: as odiosas prerogativas e privilegios dos senhorios estão coarctadas pela opinião, ou pelas leis: o que principalmente se precisa, é reduzir as clausulas da successão, e nomeação, e as suas consequencias, a regras simplices, unifórmes, e coherentes com os principios geraes do direito. Mas em quanto esta refórma se não effectua legalmente, a nossa obrigação como JCto, era fazer a exposição das doutrinas confórme as leis, e praxe vigente.

Reflexões sobre as vantagens economicas da emphyteuse.

Tem-se disputado, se o actual systema dos aforamentos ente nós é util, ou prejudicial, considerado no ponto de vista economico? Os seus apologistas 1.° acham nos prazos um obstaculo ao demasiado retalhamento da propriedade territorial, e por tanto um elemento de conservação das familias no seu

estado regular sem alterações violentas, o que é de certo uma vantagem para a sociedade. 2.° Respeitam-os como origem indirecta da sobriedade, e economia familiar, e por tanto de moral, que se notam nos habitos da classe dos lavradores foreiros, entre os quaes se encontra grande repugnancia a verem os seus bens repartidos pelos filhos, ou vendidos; que por isso empregam todos os esforços de trabalho, e economia para adquirir meios pecuniarios, com que possam casar, ou compor os outros filhos. 3.° Argumentam com a riqueza, e prosperidade da provincia do Minho, onde principalmente se estabeleceu este systema.

Os antagonistas sómente notam os incovenientes destes morgados rusticos. 1.° Morre um pae sem dispor, o filho mais velho levanta precipuos todos os bens, e os outros filhos herdam a pobreza, e a miseria. Entra uma mulher talvez rica para uma casa de prazos, o marido consome os bens da mulher, e por morte delle o filho mais velho põe a mae na rua: a acção de alimentos, que poderia moderar a dureza destes acontecimentos, só póde ser effectiva nas casas de notavel riqueza, que são raras. 2.° Insistem no immenso e lamentavel quadro dos litigios, que nascem da incoherencia e irregularidades deste systema, assim entre os senhorios e os foreiros, como entre os membros das familias destes.

Ainda que estejamos convencidos, de que não é o systema dos prazos a causa da prosperidade da provincia do Minho, com tudo não nos atrevemos a propór que se extinga; a conservação indivisivel deste patrimonio das geracões, além de ser um elemento de ordem, está impressa nos habitos dos povos, que se não podem alterar sem perigo. Desejariamos porém, que as questões sobre este objecto fossem decididas por uma lei certa e coherente, e não estivessem dependentes das clausulas estabelecidas á sete seculos na razão dos costumes do tempo, e do interesse dos senhorios, perpetuadas até aqui pela rotina, e hoje inteiramente condemnadas pelas idéas da epocha. Parece-nos, que talvez bastaria abolir as clausulas dos prazos de vidas, convertendo-os todos em fateusins: os senhorios nada perdiam, senão os emolumentos incertos e odiosos das renovações: o patrimonio da familia continuava indivisivel, e apenas se mobilisava, deixem-nos exprimir assim, a estimação: e se parecesse necessario ainda conceder alguma vantagem ao successor legitimo, bastava deferir-lhe precipua a terça da estimação, em harmonia com os principios geraes sobre successões.

Nota Y ao §. 536. pag. 419.

SOBRE AS FORMALIDADES DOS AFORAMENTOS DOS BENS DOS ESTABELECIMENTOS PUBLICOS.

Legislação antiga a este respeito.

Todos os aforamentos dos bens de corporações e estabelecimentos publicos, assim ecclesiasticos, como de piedade e instrucção, e ainda mesmo dos das camaras e universidades, foram sempre mandados fazer em hasta publica, precedendo avaliação, editaes e arrematação, com o fim de obstar aos conloios e abusos dos administradores.

Os de capellas, misericordias, irmandades, e outros estabelecimentos de piedade, eram feitos perante o provedor da Comarca, sem necessidade de licença regia, bastando o assento da mesa, ou administração respectiva. *Ord. L. 1. tit. 62. §. 45. e 46.* Os das igrejas, cabidos, collegiadas, e ordens religiosas, e mais corporações ecclesiasticas eram feitos perante as auctoridades ecclesiasticas, ou juizes privativos daquellas que os tinham, sobre decisão das mesas, capitulos, definitorios, ou administração. Exceptuavam-se os *passaes* das igrejas, a cujo aforamento se não procedia sem auctoridade pontificia. Lobão *D. emphyt. §. 27.* Em quanto aos baldios, e bens municipaes, exigia-se licença do Desembargo do Paço. *Alv. de 23 de Julh. de 1766, cit.* Lobão §. 33.

Será hoje necessaria auctorização do governo?

Os provedores foram extinctos, assim como os juizes privativos; a jurisdicção ecclesiastica está reduzida ao espiritual; mas é necessario que alguem vigie pela boa administração destes bens. Por isso póde hoje ser objecto de duvida, se para taes aforamentos será necessaria licença do governo? Em *Port. de 8 de Abril de 1839* (transcripta no *Diario do Governo de 20 de Julho de 1844* n.° 170.) ordena-se que para as alienações, e aforamentos primordiaes dos bens dos cabidos deve preceder auctorização regia expedida pela Secretaria de Estado dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça. Em outra *Port. de 26 de Junh. de 1845* (*Diario de 2 de Julh. de 1845* n.° 153.) dá o governo licença para aforar certos *passaes*, com as solemnidades de direito e estylo, tendo precedido as diligencias e approvação do

Bispo. Destas disposições, novamente mandadas observar em outra *Port. de 24 de Março de 1848* (*Diario do Governo* n.° 78. *de 31 de Março de 1848*), concluimos, que o governo entende ser necessaria a sua auctorização para taes aforamentos: o que nos parece conforme com o direito de inspecção, que elle deve exercer em todos os estabelecimentos desta natureza. E então a practica deverá ser, requerer-se ao governo a licença para o aforamento; este mandar proceder ás diligencias sobre a necessidade, ou utilidade da alienação, pela auctoridade competente, ouvindo os interessados; e expedir depois a licença para elle se effectuar nos termos da lei e estylo.

Em quanto aos *passaes*, parece-nos, que não basta só a audiencia do Ordinario, como inculcam aquellas Portarias, mas que é indispensavel ouvir a Junta de Parochia. Esta é hoje obrigada aos reparos e obras das residencias e passaes; estes entram no computo das congruas; se as alienações, ou aforamentos forem indevidamente feitos, a perda é toda da parochia, cujos interesses a Junta deve zelar, e sobre os quaes por tanto deve ser ouvida.

Em quanto aos aforamentos dos bens municipaes, tambem não achamos inconveniente em que preceda a licença do governo; ficando unicamente livre ás camaras fazer sem formalidades: *a*) os aforamentos de chãos para edificar, nos termos da *Provisão de 22 de Dez. de 1767*, apontada por Lobão *cit. §. 34.*; *b*) bem como de maninhos ou baldios entre os moradores vizinhos, que os possuiam já em commum. *Alv. de 23 de Nov. de 1804 §. 10.*

Perante quaes auctoridades se deverá concluir?

Hoje parece-nos que taes aforamentos são da competencia das auctoridades administrativas, visto que contém antes um acto de administração, do que uma decisão de collisão de interesses entre particulares, que é o objecto do poder judicial: e se sobre elles se suscitar alguma duvida, entendemos que a decisão compete ao Conselho de Districto, encarregado do contencioso administrativo. É verdade que o *Decreto de 4 de Abril de 1832* commette aos juizes o complemento das formalidades do aforamento dos bens vinculados: porém se se reflectir, achar-se-ha, que nestes são differentes as circumstancias: tracta-se de decidir entre a vontade do administrador, e o interesse do successor; e é talvez por isso, que em taes aforamentos se não exige licença do governo.

Não podia haver difficuldade, senão entre as auctoridades administrativas e as judiciaes; porque as ecclesiasticas sem du-

vida nenhuma são incompetentes. Por estes fundamentos na redacção desta doutrina accrescentamos algumas modificações, ao que tinhamos escripto na 1.ª edição.

Nota Z ao §. 540. pag. 422.

Sobre a prescripção da emphyteuse.

Estado da questão.

Não tractamos aqui da prescripção adquisitiva em favor de um terceiro em virtude da posse, e exercicio dos direitos dominicaes, pois que sobre essa não póde haver duvida: mas sim da especie: = *Se o emphyteuta, ou outrem onerado com o censo, ou outra qualquer prestação annual, fica libertado do foro pelo facto de o não satisfazer por trinta annos?*

Opiniões dos interpretes.

Algumas leis romanas, e mui especialmente a *L.* 7. §. 6. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40 *an.*, parecem resolver a questão pela negativa, o que tem feito discordar os interpretes. Ultimamente *Boehmero ad Pand. exercit.* 85., depois de expôr a verdadeira intelligencia daquellas leis, e responder aos argumentos dos adversarios, decide-se pela affirmativa.

Dos nossos antigos praxistas Val. *na Cons.* 49. distingue entre prestações pessoaes e reaes. A respeito das primeiras convém em que podem prescrever nos termos da *Lei de 4 de Fev. de* 1534, fonte proxima da *Ord. L. 4. tit.* 79. *pr.* Porém em quanto ás segundas, como fóros, ou censos, concorda em que a prescripção possa aproveitar a terceiros, que obtiveram os bens onerados talvez ignorando o onus; mas não ao originario devedor, ou seus herdeiros *propter malam fidem*, isto é, porque tendo elle mesmo talvez contrahido a obrigação, e em seu poder o titulo, nunca se poderá dizer de boa fé. Vej. *o cit.* Val. *n.* 10.

Pinheiro *de censu Disp.* 1. *sect.* 14., depois de divagar pelas distincções dos interpretes de direito romano, limitando-se aos censos, concorda com Valasco em quanto aos pessoaes, ou sejam constituidos por contracto, ou por testamento, *n.* 237. e 238. Porém em quanto aos reaes, sómente permitte, que o originario devedor de boa fé, ou seus herdeiros, possa libertar-se pela prescripção de quarenta annos, á maneira do que a respeito da hypotheca estabelece a *Ord. L. 4. tit.* 3. §. 1. Vej. *n.* 246. e 247.

Brito *ao cap. Potuit de locato* §. 2. *n.* 46. e 48., restringindo-se á emphyteuse, seguiu, que o emphyteuta não póde prescrever contra o senhorio directo pela simples negligencia deste, em quanto não introverter a posse, negando-lhe expressamente a obrigação de pagar, pois que até então, não posuindo em nome proprio, mas sim em nome daquelle, não é a sua posse habil para prescrever. A mesma tinha sido a opinião de Darb. *ad leg.* 2. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *an. n.* 66.

Dos modernos Lobão *no Tract. dos Cens.* §. 115. e 116. seguiu a Valasco: e em quanto á emphyteuse no *D. emphyt.*, §. 1080. e 1081. segue a Brito, e ao Francez *Dunot Traité des prescript. P.* 3. *chap.* 10., transcrevendo as muitas razões, em que este se funda.

Juizo nosso sobre esta questão.

O erro dos Praxistas nasce de confundirem a natureza da prescripção adquisitiva e extinctiva, e exigirem n'uma os requisitos da outra. O emphyteuta, ou devedor das prestações tracta de se libertar: não ha aqui que attender á posse, mas unicamente á negligencia do senhorio, ou crédor em o demandar. Quaesquer que fossem as disposições das leis romanas, e do antigo direito francez, esta é a idéa da nossa *Ord. L. 4. tit.* 79., a qual para a prescripção só attende *á negligencia, que a parte teve*, e comprehende na sua generalidade todas as acções, em que se peça uma cousa em virtude de contracto, ou quasi. Ora duvidamos muito de que o senhorio nesta especie possa fundamentar a sua acção em outra base, que não seja o contracto emphyteutico, e á qual por tanto o emphyteuta não possa oppor a excepção desta *Ord.* Por conseguinte vem a ser inuteis as razões dos praxistas, de que o foreiro não possue em nome proprio — de que o senhorio conserva a posse *solo animo* — de que cada prestação se reputa uma divida separada, e outras, que tem mais de subtís, do que de solidas.

O mesmo Val. *cit. Cons. n.* 6. dá pouca importancia a estas razões dos praxistas, e convém, em que a *Ord.* comprehende na sua decisão a obrigação de todas as prestações annuas: sómente lhe causa difficuldade a circumstancia da má fé, visto que o foreiro ou contrahiu elle mesmo, ou tem em seu poder o titulo, que lhe accusa a obrigação. Como nós entendemos esta *Ord.*, em quanto a má fé, pela maneira differente, que deixamos exposta na *Nota T ao* §. 465., por isso estabelecemos no §. 540. a

regra de que o foreiro se liberta da obrigação emphyteutica, se deixou de pagar por trinta annos, não tendo sido a prescripção interrompida: nem admittiriamos a excepção de má fé.

Disposições dos codigos modernos.

Os codigos modernos geralmente têm adoptado esta doutrina. — *Toutes les actions, tant réelles, que personnelles, sont prescriptes par trente ans, sans que celui qui allegue cette prescription, soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. Cod. Civ. Fr. art. 2262.* — *Les créances provenant de arrérage de prestations, intérêts, rentes, ou services annuels, s'éteignent au bout de trois ans: le droit lui-même est prescript par le non usage pendant trente ans. Cod. da Austr. art.* 1840.

Nota AA ao §. 567. *pag.* 442.

SOBRE A RENOVAÇÃO DOS PRAZOS DE VIDAS.

Antiga practica dos senhorios, em quando á renovação.

Na origem da emphyteuse, findas as vidas, extinguia-se o contracto, e o dominio util revertia ao senhorio com a liberdade de o consolidar, ou aforar de novo a quem quizesse, á maneira dos arrendamentos. Esta liberdade encontra-se estipulada nos antigos aforamentos com indicios de ser então effectiva, como se póde ver em Lobão *App. ao D. emphyt., signanter* desde o §. 206.

Reflectindo-se, facilmente se acharão as causas, por que esta clausula, a pezar de inserida continuadamente nas renovações, começou a ficar sem effeito, e a introduzir-se o costume de se fazer a renovação aos herdeiros dos antecedentes: 1.° a equidade dos senhorios, a quem, a pezar de prepotentes, sempre devia pesar a usura de se aproveitarem da cultura e bemfeitorias, deixando em abandono os filhos e familia do foreiro, que as tinha feito: 2.° o seu proprio interesse, porque a mudança dos colonos raras vezes deixa de ser fatal ás propriedades: 3.° o amor dos filhos dos foreiros ás choupanas e torrões, onde foram criados, que os fazia sujeitar ás clausulas mais duras, para não serem expulsos. Não se póde porém duvidar de que, não havendo lei, era livre áquelles renovar, ou

deixar de renovar; e os foreiros acceitavam a renovação, como um beneficio do senhorio. Isto porém, que começou por costume, foi pouco e pouco degenerando em obrigação.

Equidade Bartolina.

Suppõe-se ter sido Bartolo o primeiro, que sanccionou esta obrigação, escrevendo na Glossa á *L.* 1. §. 41. *D. de aqua quotid. et aest.* = *Hic nota pro emphyteusi, quod ea finita per generationem finitam, descendentes possint petere eis confirmare, et de facili impetrabunt; et est injuria, si non fiat refirmatio; et ideo posset appellare de jure ad superiorem, ut cogat quod refirmatio fiat.* Daqui vem chamar-se *Bartolina* a equidade, donde se derivou esta obrigação. Todos sabem a auctoridade, em que foi tida a Glossa até á epocha de Cujacio; e por tanto nada repugna, que este principio fosse conhecido e usado, desde que entre nós começou a correr o direito romano; ainda que antes do seculo 16° não appareça estabelecido nas leis, nem nos documentos publicos.

Sua adopção entre nós.

Porém logo do meado deste seculo, do anno de 1576, é datada a decisão transcripta por Caldas *de renov. quaest.* 8. *n.* 3., em que se estabelece a obrigação de renovar aos herdeiros do ultimo foreiro os prazos da fazenda real; assim como os ecclesiasticos o ficaram sendo em virtude da Concordata de D. Sebastião *de* 18 *de Març. de* 1578, transcripta por Pereira *de Man. Reg. P.* 1. *n.* 284., donde foi tirada a *Ord. L.* 2. *tit.* 1. §. 6. Fundado nestes documentos, e na practica de julgar, o citado *Caldas*, que escrevia pelos annos de 1585, não duvidou dizer, que a obrigação da renovação estava adoptada pela opinião commum, e recebida de todos os escriptores; e que os senhorios, denegando-a, commettiam uma escandalosa injustiça, ainda quando no contracto se achasse a clausula em contrario. O mesmo, e com a mesma decisão foi seguido por seu filho Gabriel Pereira *Dec.* 31. *n.* 4., por Val. *Cons.* 123. *n.* 13., por Pinh. *Disp.* 7. *sect.* 1. *n.* 3. e 11.; e geralmente por quasi todos os praxistas, que escreveram assim antes, como depois da compilação das *Ordd. Philippin.* até Pegas *Tom.* 2. *For. cap.* 9. *n.* 404. e 463.; á excepção do jesuita Cordeiro, o qual nas suas primeiras dez. *Resoluções Theo-juridicas* se esforçou por defender o contrario, arguindo a opinião de Caldas de dictada pelo proprio interesse, e não pela justiça.

Esta mesma practica foi sanccionada nos prazos ecclesiasti-

cos pelas differentes constituições dos Bispados, *Const. do Porto L. 4. tit. 7.*, *Const. 1.*; e geralmente a respeito dos prazos dos corpos de mão morta, pelo *Alv. de 12 de Maio de 1769*; no qual prohibindo-se-lhes a consolidação para o futuro, se suppõe, que os prazos devem ser renovados nas pessoas a quem competir, permittindo-lhes como excepção a liberdade de renovarem, em quem quizerem, os que até ahi tivessem sido consolidados. Seguio-se a *Lei de 9 de Set. de 1769*, que no §. 25. expressamente adoptou como fundada no direito natural a *equidade Bartolina*, em consequencia da lesão, que do contrario receberiam os herdeiros, perdendo as bemfeitorias; e impõe aos senhorios a obrigação da renovação, excepto quando tenha logar a consolidação por falta de nomeação, e parentes até o 4.° gráo. Por esta fórma parecia fixada esta doutrina.

Opiniões dos escriptores modernos.

Mell. L. 3. *tit.* 11. §. 26. adoptou como sem dúvida a opinião corrente. Porém V. J. Ferreira Cardoso na *Mem. sobre a avaliação dos bens de prazo*, §. 6. *pag.* 40., veio instaurar de novo a questão; pugnou pela rigorosa observancia do contracto; arguiu de abusivo o costume em contrario, dando á supracitada *lei de 9 de Set.* uma interpretação mais engenhosa, do que solida; julgando, que ella sómente alludia á equidade Bartolina para justificar a extincção do direito de caducidade, quando do foreiro ficavam parentes até o 4.° gráo; mas que não cogitou de impor outras obrigações ao senhorio. Depois deste, Lobão *D. emphyt.* desde §. 1055., e no *App.* desde §. 208. não se atrevendo a impugnar o principio estabelecido na lei, mas partindo da razão nella indicada, limitou-o em alguns casos; e principalmente nos de aforamentos de terrenos já cultivados, equiparados a arrendamentos pela *Lei de 4 de Julho de 1776.*

Juizo nosso.

Nós adoptamos a regra em toda a generalidade, porque 1.° na emphyteuse, ainda de predios cultivados, o foreiro adquire o dominio util, de que seria duro despojal-o sem indemnização. Se a mente dos contrahentes fsse um simples arrendamento, para que haviam de empregar a figura da emphyteuse? 2.° Assim o pede o interesse da agricultura, e o bem geral das familias. 3.° Pelo simile do *Alv. de 20 de Junh. de 1774*, que não permitte aos proprietarios do Alemtéjo fazer arbitrariamente despejar seus antigos colonos.

Nota

Nota BB ao §. 583. pag. 457.

NOTICIA DOS CENSOS.

Differentes significações de censo.

A palavra *census* nos historiadores e leis romanas significa umas vezes a relação dos cidadãos, e dos seus teres, para os effeitos politicos; outras os tributos, principalmente as pensões agrarias, que pagavam os colonos e adscripticios dos predios do Estado: e neste ultimo sentido é empregada nos *titulos do Codigo 47. de agricol. et censit.*, e 57. *de censibus, et censitor.*, *do L.* 11. Em ambos estes sentidos se tem usado tambem entre nós a palavra *censo*. No corpo de direito canonico no *tit. de censib.* tracta-se, debaixo deste nome, das prestações annuaes, ordinariamente em fructos, que pagavam as igrejas aos bispos, cabidos, mosteiros, e a outros, a titulo de padroado, protecção, ou isempção: conhecidas tambem nas nossas antiguidades pelo nome de *census*, *censuras*, *censurias*, etc. Vej. *Elucid.* de S. Rosa *vbo. Censo*. Porém o contracto do *censo*, de que aqui tractamos, fosse, ou não, já antes conhecido entre nós, o que será difficil decidir, sómente apparece nas leis, e nos escriptos dos praxistas desde o seculo 16.°

Contracto do censo por direito canonico.

Pelo direito canonico, como todos sabem, não só eram reprovadas as usuras immoderadas, mas toda a especie de lucro pelo emprestimo do dinheiro, declarados nullos taes contractos, e além disso castigados os usurarios com penas as mais severas; disposições, que passaram para as nossas leis, cujos vestigios se acham ainda na *Ord. L. 4. tit. 67.*

Como este rigor, deduzido unicamente da intelligencia literal, e mal applicada, de alguns textos do Evangelho, repugnava á natureza das cousas, ao desinvolvimento do commercio, e ás conveniencias sociaes, os mesmos, que condemnavam as usuras, começaram a inventar subterfugios, com que se podesse illudir a letra do direito. Entre outros meios, para este fim recurreram á venda de censos annuaes: uma pessoa dava certa quantia a outra, como preço: e esta obrigava-se a dar-lhe annualmente uma prestação em dinheiro ou em fructos, remivel ou em favor de um só, ou de ambos. Os effeitos eram os mesmos que os do mutuo oneroso, mas como o contracto tomava a fi-

gura de compra e venda, escapava á pena da lei. Os escrupulos, que poderiam suscitar-se sobre esta cavillação, ficaram desvanecidos pelas constituições dos Papas Martinho V. (de 1420), e Callisto III. (de 1455), que declaram estes contractos licitos, e sem vicio de usura. *Capp.* 1. e 2. *Extrav. comm. de empt.*

Generalizaram-se então por toda a parte compostos de variadas e differentes clausulas, das quaes provieram as diversas classificações de censos: 1.° *reservativo* e *consignativo*, de que adiante tractaremos: 2.° *real*, quando a prestação era imposta, como *jus in re*, sobre algum predio; e *pessoal*, quando sobre a negociação ou industria de um individuo: 3.° *pecuniario* e *fructuario*, conforme a prestação constava de dinheiro ou de fructos: 4.° *perpetuo*, e *temporario*, quando era limitado a annos, ou a vidas: 5.° *remivel* ou *a retro*, e *irremivel*; e o primeiro ou em favor de ambos, ou em favor do crédor só, ou do devedor só.

O abuso, que destes contractos se fez para disfarçar usuras escandalosas, deu depois occasião a que o S. Pontifice Pio V. publicasse em 1569 e 1570 duas bullas, em que o restringiu dentro de limites razoaveis e licitos; as quaes se acham transcriptas por Pinheir. *de cens. Disp.* 2. *sect.* 1.; não obstante não terem sido entre nós admittidas, como attestam Portug. *de donat. L.* 1. *cap.* 10. *n.* 93., e Febo *Arest.* 48.

Introducção deste contracto entre nós, confundido com os juros.

Assim como nas outras nações, assim no nosso reino, os censos se introduziram debaixo destas differentes fórmas. Já Val. *de jur. emphyt. quaest.* 32., Gama e Cabedo em muitos logares, se occuparam de notar a differença entre este contracto e a emphyteuse; comparação porém, que se não póde referir, senão aos censos reaes e fructuarios, na linguagem dos praxistas *foros-censos*. Desde esse tempo censos e juros reputaram-se convenções de igual especie, que deviam regular-se pelos mesmos principios de direito. As providencias das leis, e as opiniões dos praxistas, entendiam-se em commum para uns e para os outros: assim como nós dizemos hoje = *abrir um emprestimo* =, dizem as leis daquelle tempo = *fazer venda de juros* =; tendo a cautela de evitar a expressão de mutuo ou emprestimo, como offensiva da moral casuistica. É esta a razão, por que a historia e jurisprudencia dos censos anda confundida com a dos juros.

A venda dos juros *a retro* ordinariamente fazia-se a 6 e $\frac{1}{4}$ por $\frac{0}{0}$, até que o *Alv. de* 13 *de Dez. de* 1615, transcripto por Feb. *na Dec.* 211., prohibiu impor ou vender juros ou censos *a retro* a mais de vinte mil o milhar, isto é, dar vinte milhares para receber um em cada anno (5 por $\frac{0}{0}$): ou dez mil o milhar (10 por $\frac{0}{0}$), sendo por uma vida; e doze (8 e $\frac{1}{3}$), sendo por duas. No *Alv. de* 14 *de Outub. de* 1641 não só foi de novo reiterada a mesma disposição, mas annullados os contractos contra ella feitos desde 1615. Porém, tendo sido este *Alv.* arguido de obrepticio, e embargado perante o tribunal do Desembargo do Paço pelos povos do Algarve, foi a final julgado sem effeito por sentença de 20 de Março de 1643, e em virtude dessa sentença revogado por outro *Alv. de* 12 *de Outubro* deste anno: ficando então a doutrina dos juros em tal incerteza, que *nihil certi hac de re definiri possit*, diz o cit. Pinh. *Disp.* 1. *sect.* 2. *n.* 22.

A taxa dos 5 por $\frac{0}{0}$ não só foi de novo determinada, mas explicitamente ampliada á venda de censos de pão, azeite, e outros fructos, pelo *Alv. de* 23 *de Maio de* 1698, que se acha transcripto e analysado por Cordeiro *Resol.* 44. A pezar disso os costumes antigos reagiam com tanta força, que este praxista não duvida defender a antiga tarifa de 6 por $\frac{0}{0}$, e diz ter-se nesta conformidade decidido nos tribunaes em alguns casos, ainda depois da lei.

Desde os principios do seculo 18.° a opinião dos canonistas e theologos illustrados diminuiu o antigo odio aos lucros do dinheiro, e fez applicar o rigor da prohibição unicamente aos immoderados e iniquos. A legislação seguiu a mesma tendencia, abandonou a idéa de compra e venda de juros, e não duvidou adoptar a de mutuo ou emprestimo: procurando sómente reduzir a taxa certa a liquidação arbitraria dos damnos emergentes e lucros cessantes do crédor. Nesta linguagem se exprimem os *Alvarás de* 30 *de Out. de* 1756, 17 *de Jan.* e 6 *de Ag. de* 1757, que taxaram o juro de 5 por $\frac{0}{0}$. Desde então o contracto do mutuo a juros ficou separado do do censo, e a palavra *usura*, como odiosa, só foi applicada aos illicitos.

Legislação moderna sobre censos.

O abuso de disfarçar usuras escandalosas debaixo de apparencia de censos tinha-se como naturalizado no Algarve á sombra das antigas opiniões, e incerteza da legislação. Desde que foi sanccionada a taxa dos 5 por $\frac{0}{0}$, suscitaram-se tantas disputas entre os censuistas e censuarios daquella provincia, que o Governo não achou outro modo de as terminar, senão nomeando em 1766 uma Junta, que chamasse a si todos os titulos dos censos, e verbalmente decidisse sobre a sua legalidade em quanto á usura, fazendo-os reduzir todos á taxa da lei.

Pelo *Alv. de* 16 *de Jan. de* 1773 foram dadas a esta Junta as seguintes instrucções para o desempenho da sua commissão:

— que todos os censos *reservativos* simplices, e sem mistura de circumstancia, que fizesse variar o contracto, eram licitos, §. 3.: — que todos os outros censos se deveriam julgar usurarios e reprovados, unicamente quando os titulos contivessem claùsulas ambiguas, que não deixassem manifestamente conhecer a relação entre o capital e a taxa dos 5 por $\frac{o}{o}$, §. 4.: — que os que a excedessem, fossem reduzidos á sobredita taxa, §. 5.: — e que o excesso, até ahi percebido pelos censuistas, fosse descontado no capital, reduzindo-se o censo nessa proporção, e podendo até ficar inteiramente extincto. §. 7.

A pezar destas regras, faceis em theoria, a operação praticamente era sujeita a tantas difficuldades, que por outro *Alv. de 4 de Ag.* do mesmo anno se tomou o expediente de reduzir os censos, cujos titulos laboravam em algum defeito, á terça parte do que actualmente se pagava, e de extingnir inteiramente aquelles, de que se não offereciam titulos, mandando-se desattender a posse para este effeito. Porém ultimamente pelo outro *Alv. de 15 de Julh. de 1779* foram reduzidos a ametade, comprehendendo-se nesta disposição aquelles, que se provassem por posse immemorial. Depois desta, não nos constam mais providencias importantes sobre censos.

Escriptos dos nossos praxistas sobre censos.

Dos nossos praxistas foi Pinheiro o primeiro, que expressamente escreveu sobre este artigo de jurisprudencia a primeira parte do seu *Tractado de censu et de emphyteusi*: no qual considerou este contracto em todas as especies, que delle se costumavam fazer, confundindo-o com os juros; decidindo as questões mais pelas opiniões, do que pelas leis patrias, segundo as idêas e gosto do seu tempo, e concluindo com a exposição das duas bullas de Pio V. acima indicadas.

Cordeiro depois escreveu sobre o *Alv. de 30 de Maio de 1698* na sua *Resol. 44.* e seguintes; de que acima fizemos menção.

Modernamente Lobão publicou tambem um *Tractado sobre censos*, no qual em logar de se restringir aos censos reaes fructuarios, ou *foros-censos*, de que principalmente se tinha occupado a novissima legislação, e sobre que hoje apparecem contendas no foro, confundiu esta doutrina, seguindo as distincções dos antigos praxistas, e involvendo-se em questões, que pouco uso practico podem ter.

Nota CC ao §. 585. pag. 458.

Sobre a natureza do censo consignativo.

Questão: se o censo consignativo tem a natureza de mutuo, ou de venda?

A antiga disputa sobre a natureza dos censos, se eram emprestimo, on compra, ainda hoje reflecte sobre o censo consignativo. Os praxistas antigos reputavam-no contracto de venda, e assim se acha nomeado nas leis, e principalmente no *Alv. de 23 de Maio de 1698*: e ainda que na linguagem desse tempo tambem o contracto de juros se denominasse venda, como acima deixamos dito, com tudo a respeito dos censos reaes exigia-se a siza, essencial e characteristica da compra e venda. Lim. *de gab. pag. 41. n. 54.* Porém modernamente o illustre Corrêa Telles no *Ensaio sobre a natureza do censo consignativo*, e no *Dig. Port. 3. art. 1155.*, qualifica-o de mutuo, ou emprestimo de dinheiro a juro, com a unica circumstancia de ser o juro, em logar de moéda, pago em fructos; concluindo d'ahi, — que é perpetuamente remivel, assim da parte do devedor, como da do crédor; e sem effeito a clausula em contrario: — que no acto da remissão se deve descontar o excesso, se o houve, do juro annual dos 5 por $\frac{o}{o}$, liquidando-se para esse fim as medidas pelo preço de cada um dos annos: — que se não deve siza: tudo ao contrario do que se deverá dizer, reputando-o compra e venda.

Este sabio JCto funda a sua opinião em argumentos, parte já produzidos pelos antigos, e parte de novo deduzidos do *Alv. de 16 de Jan. de 1773.* 1.° Que neste contracto falta objecto certo de venda, que se possa sujeitar ás leis da avaliação. 2.° Que tem sempre servido de capa a usuras; e tão proprio a encobrir fraudes em prejnizo dos pobres, e por isso tão odiado, que se não deve consentir perpetuo e irremivel, como é da natureza da compra e venda. 3.° Que declarando-se irremivel, se legaliza a flagrante injustiça de continuar o censuista a receber o censo, ainda depois de vinte annos, de um capital, que neste periodo tem embolsado. 4.° Que o *Alv. de 16 de Jan.* o reputou mutuo, e não venda, visto que lhe applicou a doutrina das *usuras*, e para significar os censuistas empregou a expressão *mutuantes*, sómente applicavel no primeiro daquelles contractos,

Fundamento da nossa opinião.

Estas razões não nos poderam convencer: note-se porém que só falamos daquelles contractos, que se appresentam com as solemnidades de compra e venda: pois se apparecem debaixo da figura de emprestimo, ainda que com o ajuste de juro a fructos, justo é applicar-lhes a lei do mutuo.

A duvida sobre o objecto da venda é mais escholastica do que practica. Ninguem negará que se vende uma cousa, de que resultam utilidades; que as leis não prohibem vender; e susceptivel de avaliação. Esta nos termos do citado *Alv.* deve ser feita pelo mesmo methodo, que se practíca na avaliação dos bens de raiz. Ou se tomem para regulador as tarifas das Camaras, ou o preço medio da terra nos ultimos annos, este preço das medidas, multiplicado por vinte, dá o capital correspondente, e constitue os 5 por $\frac{0}{0}$. Se o comprador não completou este capital, ainda que o fizesse com pretexto de clausulas ou encargos, cuja legalidade não seja manifestamente liquida, o contracto é usurario e nullo. *Cit. Alv.* §. 4.

Nenhum contracto oneroso ha, em que não possa intervir lesão ou usura: e nós não descobrimos na venda dos censos especial vicio de injnstiça, ou inconvenientes, por que deva proscrever-se, principalmente depois do rigor, a que está sujeito. Pelo contrario, por meio da compra de censos obtem o capitalista um rendimento mais solido e seguro, do que os juros: — um celleiro, que entre nós indica o melhor signal das grandes casas; sem carregar com o cuidado da cultura e administração dos bens ruraes. Por outra parte o pequeno proprietario, cujos bens andam na praça, sem crédito para levantar capitaes a juros, acha meios de salvar a propriedade com o sacrificio de uma porção annual dos frnctos: e ainda quando apenas lhe fiquem livres os correspondentes á cultura, sempre lucra a esperança das bemfeitorias, e a certeza de não ser expulso, a qual os peqnenos lavradores (entre os quaes é mais frequente esta venda) reputam grande vantagem, como conhecem todos os que têm uso das aldeias.

Se ha injustiça e usura em continuar o censuista a receber o censo depois de vinte annos, então nenhuma venda de bens de raiz escapa a esta nota; e é necessario accusar as leis, que os mandam avaliar de uma maneira, que dá sempre este resultado.

A doutrina das usuras tanto é applicavel ao emprestimo, como á compra e venda; do que é prova a *Ord. Liv. 4. tit. 4.* §. 1. e 2.

No §. 7. do *Alv. de 16 de Jan.* acha-se a palavra *mutuantes* para designar os censuistas, porque tendo no §. 5. applicado a taxa legal tanto aos juros, como aos censos, continuou-se o termo proprio dos primeiros. Mas, a nosso ver, nem daqui, nem de outro algum logar se póde concluir, que a mente do legislador estivesse possuida da idèa de mutuo: alias, tendo a peito favorecer os censuarios do Algarve, nada era tão natural, como declaral-a, e facultar a estes a remissão, que era consequencia dessa idèa, e um dos meios mais obvios de pôr termo ás contendas.

A reducção dos 5 por $\frac{0}{0}$, que este *Alv. no* §. 6. manda fazer, entende-se dos censos usurarios, e não dos licitos na sua origem; e as palavras = *em que devem ficar* =, indicativas de que esta operação, uma vez feita, regula para o futuro, independente de liquidações annuaes, mais nos confirma na idèa de que o legislador não cogitava de mutuo, mas de um contracto perpetuo e irremivel.

Finalmente o *Cod. da Pr. P. 1. tit. 11. art.* 329., onde os censos tem mais analogia com os nossos, sómente permitte ao censuario remir, tendo-se assim convencionado.

A *rente constituée*, que o *Cod. Civ. Fr. art.* 1911. declara essencialmente remivel, consiste em prestações a dinheiro, e pertence antes ao contracto de renda vitalicia, de que em outro logar falamos. Vej. Pothier *Traité de const. de rente., chap.* 2. *art.* 2.

Nota DD ao §. 633. *pag.* 496.

SOBRE HYPOTHECAS E PREFERENCIAS.

Importancia deste artigo.

Reservámos para este logar a noticia succinta do artigo das *hypothecas*, com o qual ajunctamos as *preferencias*; pois ainda que aquellas não sejam o unico fundamento destas, são com tudo as que dão occasião a mais frequentes contestações, que necessitam ser mais reflectidas, e que por isso andam nas leis quasi sempre connexas. Este artigo é dos mais importantes da jurisprudencia, não só pelos grandes interesses, que continuamente se debatem em taes questões, como pela influencia, que a legislação relativa a este objecto exerce sobre o gyro dos capitaes, e por tanto sobre o crédito e economia publica. Desgraçadamente podemos avançar sem receios, que é actualmente o mais embaraçado e confuso da nossa jurisprudencia.

Disposições do direito romano.

Por direito romano, penhor e hypotheca eram tractados nas leis, como artigo da mesma especie, que apenas differiam em algumas pequenas circumstancias. Alli se encontra a distincção, commum ao penhor e á hypotheca, entre a simples e a privilegiada, entre a legal ou tacita, e a convencional; mas expendida com tal confusão, que os interpretes, para graduar as preferencias, marchavam antes sobre presumpções, do que sobre regras fixas e indisputaveis. *Ex hoc creditorum labyrintho, et tortuosis ac salebrosis JCtorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio nata est*, — diz Voet *ad Pand. L.* 20. *tit.* 4. *n.* 17., falando desta doutrina.

Geralmente os interpretes faziam cinco classes de crédores pignoraticios, para os graduar nas preferencias: 1.ª dos crédores privilegiados, que preferiam a todos os outros, como os das despesas funerarias, das do inventario e arrecadação dos bens: 2.ª dos privilegiados; mas nesta classe comprehendiam não só as hypothecas legaes qualificadas pela lei com privilegio, mas tambem muitas vezes as convencionaes, quer geraes, quer especiaes: 3.ª dos simplices hypothecarios, tambem sem distincção entre legaes e convencionaes: 4.ª dos chirographarios, que, não tendo penhor, nem hypotheca, gozavam com tudo do favor de receber conforme a data dos créditos: 5.ª finalmente dos chirographarios de rateio. Vej. Hein. *Pand. P.* 4. §. 31., e *P.* 6. §. 260. Entretanto outros interpretes confundem as duas ultimas classes, julgando que segundo as leis romanas todos os chirographarios são sujeitos ao rateio.

Antiga legislação patria sobre este objecto.

Nas *Ordd.* nada se acha legislado a respeito das hypothecas: apenas na *Ord. L.* 4. *tit.* 3. se concede ao crédor a faculdade de pedir pela acção hypothecaria contra o terceiro possuidor alternativamente, ou á solução da divida, ou a entrega do objecto hypothecado; *Ord.* extrahida do *Cap.* 5. *X. de pignor.*, porque por direito romano o crédor sómente tinha direito a pedir o objecto.

Em quanto ás preferencias; as *Ordd.* não reprovaram os privilegios e classes do direito romano: mas fixaram a data da *penhora judicial*, como base da gradnação dos crédores sem attenção á qualidade dos créditos; excepto quando o crédor tivesse allegado, ou protestado pelo seu privilegio, antes da sentença

do outro concurrente, ou ainda depois provasse impedimento, porque o não podéra fazer em tempo competente; *Ord. L.* 3. *tit.* 91., *Manoelin. L.* 3. *tit.* 74., *Affonsin. tit.* 97. Como por esta maneira as questões de preferencias ficavam mui simplificadas, os praxistas antigos apenas tractaram perfunctoriamente este objecto. Para o conhecer, basta observar a pouca importancia, que lhe deu Silva *ad hanc Ord.*, expondo apenas algumas especies relativas ao processo do concurso, mas abandonando inteiramente a classificação dos crédores.

Lei de 20 *de Junho de* 1774.

No reinado de el Rei D. José, o marquez de Pombal abrangeu tambem este artigo entre as suas reformas. Já tinha restabelecido as preferencias da fazenda real na *L. de* 22 *de Dez. de* 1761 *tit.* 3. §. 14.; depois na *L. de* 20 *de Junh. de* 1774 revogou a *Ord.*, e desde o §. 30. constituiu, sobre a graduação das hypothecas, regras analogas ás do direito romano, com o fim (diz a lei) *de extinguir a confusão dos concursos no foro, e fixar a jurisprudencia sobre as preferencias dos crédores.*

Bem longe porém de conseguir o fim, que se propoz, esta lei veio talvez augmentar ainda a confusão: pois supposto que indicou alguns casos de hypothecas legaes, e estabeleceu muitas regras para a graduação, com tudo não preveniu as principaes difficuldades; e além disso ordenando no §. 41. a liberdade de ampliar o privilegio das preferencias a todos os crédores, que se achassem em casos analogos aos que tinha indicado, deixou o campo aberto ás questões dos interpretes, e por tanto ao arbitrio dos juizes.

Os praxistas, que escreveram depois da sua publicação, viram-se cada vez mais embaraçados. Pereira e Sousa nas *Pr. Linh. Civ.* §. 468. extendeu o privilegio a todos os crédores, que lhe pareceram dignos de algum favor; e Lobão no *Tract. das exec.* desde o §. 535., aspirando a commentar a lei, censurou o antecedente, ampliou e restringiu a seu arbitrio; mas a doutrina nem por isso ficou melhor elucidada.

Seu ultimo estado.

O *Cod. Comm.* desde o *art.* 1218. occupou-se desta materia das hypothecas e preferencias. Não sabemos, se aqui cogitou só dos negocios commerciaes, ou se, como em outros muitos logares, teve em vista os principios geraes de direito commum: o que podemos dizer, é, que depois de o ter lido com attenção,

não o podemos entender. A *Ref. Jud.* desde *o art.* 651. limitou-se ao processo do concurso, abandonando a graduação dos crédores, e remettendo os juizes para as leis vigentes.

Foi depois publicado o *Decr. de* 26 *de Out. de* 1836, mandado executar pelo outro *de* 3 *de Jan. de* 1837; o qual estabeleceu entre nós a solemnidade do registo das hypothecas, admittida e incorporada nos codigos modernos, e executada com feliz resultado em quasi todas as nações. As disposições daquelle Decreto são tão discordes, e a sua redacção tão escura, que em vez de dar nova ordem a esta materia, veio ainda augmentar as difficuldades, em que já laboravamos. Se os juizes tivessem hoje a antiga liberdade de pedir um assento sobre a lei inintelligivel, quando tinham a decidir por ella algum caso occurrente, nós abandonariamos este artigo aos cuidados do poder legislativo: porém como a *Ref. Jud. no art.* 1243. prohibe a demora do julgamento com o pretexto da falta, silencio, ou obscuridade da lei, é forçoso indicar aos nossos discipulos algum meio de resolver taes questões, e saír destas difficuldades. Pareceu-nos então, que não poderiamos adoptar guia mais segura, do que os codigos modernos; principalmente o *Civ. Fr.*, aonde suppomos, que o redactor do *Decr. de* 26 *de Out.* tentou beber as doutrinas respectivas; aproveitando ainda da *Lei de* 20 *de Junh.*, e da antiga praxe, todos os elementos, que podémos pôr em harmonia.

Sirvam estas reflexões de resposta a qualquer censura, que se nos possa fazer sobre a liberdade, que nos arrogámos, assim em quanto ao methodo, como em quanto ás doutrinas, no quadro deste artigo.

Nota EE ao §. 645. *pag.* 506.

Sobre o registo das hypothecas.

Inconvenientes da falta de publicidade das hypothecas.

Na conformidade das leis romanas a obrigação da hypotheca não dependia de formalidade alguma externa; podia constituir-se por um simples pacto: apenas a que era lavrada por acto publico, ou perante tres testemunhas, gozava do direito de prefercucia, sobre as outras celebradas sem esta formalidade. Na falta de declaração a hypotheca entendia-se geral, e comprehendia não só os bens presentes, mas tambem os futuros

do devedor Admittiam-se ja então, como ainda hoje, differentes especies de hypothecas legaes, que por sua natureza mesma são occultas e claudestinas. A nossa *Lei de* 20 *de Junh.* não admittia hypothecas, senão por escriptura publica, ou escripto de pessoa qualificada; mas além de que nesta formalidade se não devem comprehender as legaes, a escriptura de per si só não póde ser, senão subsidio de prova.

Neste estado não ha meio de segurar o crédor, ou aquelle, que quer contractar sobre certos bens, contra as fraudes, ou má fé do devedor: o segredo deixa o campo livre ás burlas ou estellionato. Quem empresta capitaes, fica no risco de ser preferido por outros, e vê-se então forçado ou a abandonar o seu direito, ou a pagar a estes para evitar litigios. Quem compra bens de raiz, nunca póde ficar seguro de que não appareça depois um crédor desconhecido, que o obrigue a disputar uma demanda, ou a desembolçar outro preço. Para contrabalançar estes riscos, recorre-se ás fianças, ás usuras, á consignação judicial do preço, ao abatimento ou simulação delle, e a outras muitas clausulas e condições gravosas, e quasi sempre arriscadas, que a cada passo se empregam tanto nos emprestimos, como nas compras. Mas estas trazem comsigo, como consequencia, a multiplicidade e complicação dos litigios, a raridade e difficuldades das transacções, a incerteza da propriedade, a retiração do numerario, e a decadencia geral do Estado.

Vantagens e noção do registo.

Facil é de entender, que estes inconvenientes ou se evitariam, ou ao menos se attenuariam, tornando-se de tal maneira publicos os encargos ou transacções sobre os bens, que podessem facilmente ser conhecidos daquelles, que nisso tivessem interesse. Nem foi com outro fim que nas nações modernas se acha geralmente adoptado o systema do registo. O *registo hypothecario* pois, ou a *inscripção no registo*, é a nota lançada no livro, e pelo official competente, do encargo da hypotheca sobre bens de raiz, com o fim de ser publica e facilmente conhecida por qualquer interessado. Restringimo-nos ao registo das hypothecas; adiante se verá a maior amplitude, que a este systema se tem dado em algumas nações, onde elle é mais antigo.

Desde o seculo 16.° tinham-se feito na Frauça differentes tentativas para o pôr em execução, as quaes não chegaram a ser levadas a effeito, senão depois da revolução, ou antes pela publicação do *Codigo Civil*, em razão da opposição dos grandes,

que queriam conservar o segredo das suas dividas. Não bastava porém estabelecer o registo, era mistér forçar todos os crédores a registar, levando-os a isso pelo seu proprio interesse; e para esse fim se tomou por base deste systema a regra de que — *a hypotheca não póde sortir effeito algum válido a respeito de terceiros, em quanto não for registada*; e de que — *a data do registo determina a prioridade dos crédores nas preferencias. Cod. Civ. Fr. art.* 2134. Por esta fórma obtinham-se os dois fins, o da publicidade, e o da simplificação dos concursos.

Systema allemão sobre o registo.

Nos codigos modernos acha-se empregado o registo para differentes fins, e com differentes resultados, que se podem reduzir a dois systemas, o allemão, e o francez. O primeiro seguido na Prussia, na Austria, e em quasi todos os estados germanicos, não limita a obrigação do registo sómente ás hypothecas; exige esta formalidade para a adquisição da propriedade, do usufructo, da servidão, da emphyteuse, e em geral de todos os direitos *reaes* impostos sobre predios, os quaes para com terceiros não surtem effeitos, nem são attendidos, senão em virtude da inscripção do registo: o que obriga os interessados a ir inscrever todas as alterações, que soffrem as propriedades, sem excepluar mesmo as adquisições por successão. Nenhuma excusa se admitte contra a omissão desta formalidade: e as hypothecas, tanto as convencionaes, como as legaes e judiciaes, estão sujeitas ao registo; e bem assim as cessões, ou quaesquer alienações das acções reaes.

Quando os direitos são litigiosos, ou ao menos duvidosos, estão igualmente sujeitos ás inscripções chamadas *prenotações*, isto é, inscripções provisorias, as quaes surtem todos os effeitos da verdadeira inscripção desde a sua data no caso de que por sentença posterior se julgue procedente o direito prenotado: se a sentença decide o contrario, radia-se a prenotação.

Este systema vasto altera notavelmente os principios communs da jurisprudencia sobre os effeitos dos contractos, e transmissão da propriedade. Ainda que qualquer obtenha em virtude de um contracto, ou de outro titulo, um direito real sobre certo predio, esta adquisição não póde prejudicar a terceiro, em quanto não for inscripta no registo. Esta solemnidade substitue por tanto os effeitos da nossa tomada da posse.

Mas além disto, este estabelecimento entre os Allemães não pertence exclusivamente ao direito civil; prende com o systema administrativo, economico e financeiro. Cada predio tem (para assim dizer) no escriptorio do registo a sua conta aberta, aonde

se vão continuamente lançando todos os encargos, que sobre elle pesam, e todas as alienações ou circumstancias, que alteram o seu estado. Alli se acham fixados os seus limites, e as alterações destes; o que tudo concorre para o aperfeiçoamento do cadastro. O *registo* (diz uma lei austriaca) *serve para determinar os direitos dos proprietarios sobre os bens de raiz, assim como as dividas, e encargos sobre elles impostos. Tem por fim estabelecer o crédito real de cada proprietario, e fixar a situação dos predios, e as taxas das contribuições.*

Systema francez.

Pelo systema francez nenhum outro direito é sujeito á inscripção do registo, senão os créditos hypothecarios, ou privilegiados, e talvez as doações de predios. Estabelece-se a regra geral de que a data do registo fixa a graduação no concurso dos crédores; mas com algumas modificações, que tornam este systema mais complicado, do que o allemão. Assim 1.° os créditos privilegiados, que affectam todos os moveis, e juntamente os immoveis do devedor, são dispensados do registo. *Cod. Civ. Fr. art.* 2107. 2.° Ainda que todas as hypothecas legaes devam ser registadas, com tudo a da mulher sobre os bens do marido, e a do menor ou interdicto sobre os bens do tutor, graduam-se, não desde a data do registo, mas independente deste, desde o facto, que lhes deu origem, *art.* 2135.: bem que a lei impõe aos tutores e maridos a obrigação de as registar, *art.* 2136. 3.° Não se admitte hypotheca convencional, senão sobre bens especialmente designados. *art.* 2129.: porém a legal, assim como a judicial, affectam não só todos os bens de raiz, que o devedor possue ao tempo da sua origem, mas tambem todos os que adquiriu posteriormente, *art.* 2122.: e por isso no registo da convencional descrevem-se os beus; no destas não é necessaria a descripção, porque entendem-se nella comprehendidos todos os que o devedor possue no *circulo*, entre nós no Concelho, respectivo. *Art.* 2148.

Este systema tem sido adoptado por quasi todas as nações do meio dia da Europa, que na reforma das suas leis seguem o modelo do *Cod. Civ. Fr.* Ultimamente o *Cod. da Sard.*, que seguiu tambem este, procurou supprir nesta parte alguns defeitos, o que nós deixamos notado nos logares competentes.

Comparação dos dois systemas.

Pelo systema allemão a pessoa, que quer emprestar capitaes, compra, ou fazer quaesquer transacções sobre bens de

raiz, está sempre segura do estado do predio, que faz o objecto do contracto; e não póde ser enganada nem a respeito da pessoa do proprietario, nem a respeito dos encargos, porque não podem ser válidos, senão os que constarem do registo. Em consequencia nos estados da Prussia e da Allemanha a pezar do incremento, que ultimamente ahi têm tido os estabelecimentos industriaes e de commercio, o crédito *real* prevalece de maneira, que o juro sobre hypothecas de bens de raiz não excede a 3 ou 3 e $\frac{1}{2}$ por 100. Pelo contrario na França este juro é muito mais pesado; e os capitaes, receosos das fraudes e dos defeitos da legislação sobre preferencias, fogem das hypothecas para se irem precipitar nos riscos ainda mais deploraveis da agiotagem, do jogo de fundos, das empresas dos caminhos de ferro, e dessa especie de febre industrial, que se apossou da quella nação, e que concurreu de certo para os acontecimentos, que actualmente a affligem.

Os JCtos e os publicistas francezes conhecem muito bem e accusam os defeitos do seu systema. Já antes da ultima revolução insistiam na necessidade de uma reforma, que reforçasse o crédito predial, e prevenisse os abusos assustadores do pessoal.

Em 1841 tinha o ministro da justiça expedido uma circular a todos os tribunaes superiores, e ás faculdades de direito, pedindo-lhes o seu parecer sobre os differentes pontos da reforma, com o fim de preparar uma lei neste sentido. O ministro mostrava a sua predilecção pelo systema allemão. Todas as respostas, que se deram a esta circular, concordavam nos defeitos do systema nacional; mas a maior parte julgavam, que o allemão se não podia accommodar nem aos principios communs da jurisprudencia franceza sobre alienações, sem ser acompanhado de uma notavel reforma do codigo, nem ao demasiado retalhamento da propriedade rural, que nenhuma comparação póde ter com o das nações do norte.

Estado do registo entre nós.

O registo foi entre nós a primeira vez estabelecido pelo *Decr. de 26 de Out. de* 1836, mandado depois pôr em execução pelo outro *de 3 de Jan. de* 1837. A incoherencia e desaccordo entre as disposições, a falta de deducção e de facilidade no seu desinvolvimento, o acanhamento e embaraçado da redacção do *Decr. de 26 de Out.* assás indicam (é forçoso dizel-o), que o seu auctor não tinha consciencia do objecto, sobre que foi chamado a legislar.

Não nos demoraremos em expor aqui os seus defeitos, ou contradicções, porque as deixamos pela maior parte indicadas

nas breves notas aos §§., onde expendemos esta doutrina. Para estabelecer o crédito predial, como o *citado Decreto* se propunha, não bastava decretar o registo, ou ainda regular as suas formalidades; era mister terminar por uma vez as questões sobre privilegios e hypothecas tacitas, e fixar *precisamente* a data do registo, como unica base da graduação das preferencias; muito embora se admittissem as poucas excepções do *Cod. Civ. Fr.* Mas pela maneira confusa, por que se exprimiu esta lei, e sobre tudo pelo prazo para o registo concedido no outro *Decr. de 3 de Jan.*, subsistem todas as antigas questões; e o registo por esta maneira actualmente pouco mais contém, do que uma despeza de mais para o crédor, e nova origem de difficuldades na decisão dos concursos.

Necessidade da reforma.

Os nossos legisladores não têm dado importancia a este objecto: antes os redactores *do Cod. Adm.* lá encarregaram o registo, cuja transcendencia de certo não ignotavam, aos Administradores dos Concelhos, empregados sem fiança, nem responsabilidade, sujeitos a uma continua amovibilidade. Porém (se nos não enganamos) a reforma bem pensada do systema hypothecario podia ministrar-nos um recurso economico de grande vantagem nas actuaes circumstancias.

Falemos com franqueza: o crédito pessoal entre nós acabou: o Thesouro está em banca-rota permanente: os bancos, e as grandes companhias de commercio ou industria, umas caíram para se não levantar mais, e outras apenas existem em estado de prostração. Em cada praça custam a encontrar cinco ou seis firmas, de quem se confiem capitaes sem susto: e para desvanecer este, applica-se a crueldade das usuras. Ninguem deixa de reconhecer a solidez e a estabilidade dos bens de raiz: os capitalistas prefeririam antes dar o seu dinheiro sobre hypothecas; são porém detidos pelo receio das fraudes dos devedores, ás quaes a lei impõe a pena de hurlão, de cuja imposição porém talvez appareçam poucos, ou nenhum arésto, a pezar de ser este crime quasi quotidiano: e ainda mais detidos pelas difficuldades das execuções, e dos concursos, cujas questões no nosso foro são eternas e inextricaveis. Estas causas produzem a raridade das transacções, e afugentam o numerario.

Ora o crédito pessoal não é cousa, que se restabeleça senão pelo decurso de muitos annos: as leis não podem empregar para esse fim senão uma acção lenta e indirecta: o estampido, com que ultimamente caíram as empresas apparatosas e de

agiotagem, que faziam reconcentrar em Lisboa e Porto os capitaes, exhaurindo as provincias, foi uma lição severa, que ha de lembrar por muito tempo. Neste estado parece-nos, que seria a occasião opportuna de elevar o crédito predial, e de chamar por este meio os capitaes á circulação. O caminho seria uma providencia legislativa, — que désse garantias aos crédores contra as fraudes dos devedores por meio da publicidade dos encargos sobre os bens; — que fixasse por uma fórma clara e terminante as preferencias; — e tornasse as execuções promptas e expeditas. Ainda no ponto de vista de favorecer os lavradores, julgamos este meio mais proficuo e realizavel, do que os bancos ruraes. Não desconhecemos as difficuldades de um tal projecto, e principalmente os embaraços da transição: mas insistimos em que nos codigos das nações se encontram modelos já provados pela experiencia, e talvez mais faceis de executar, do que se pensa.

Nota FF ao §. 573. pag. 531.

SOBRE TESTAMENTOS.

Objecto desta Nota.

Não entraremos na questão — *se os testamentos são fundados, ou não, no direito natural?* — por ser alheia do nosso proposito; limitamo-nos a asseverar, que não será facil indicar legislação de nação civilizada antiga ou moderna, onde não sejam admittidas taes disposições. Vej. Lobão *a Mell. Suppl. Diss.* 1. O que aqui nos importa, é expor a origem e historia da nossa legislação sobre este artigo.

Dos testamentos por direito romano.

Nos tempos mais antigos de Roma os testamentos, por isso que continham a derogação das leis ordinarias da successão, não podiam ser feitos, senão á maneira das mesmas leis *in comitus calatis.*

Porém depois, por evitar as difficuldades de reunir os comicios, introduziram-se os testamentos feitos debaixo da formula symbolica de um contracto de venda da herança, *per aes et libram*, talvez porque os Romanos achavam difficuldade em conceber, como se possa julgar existente e efficaz a vontade de uma pessoa, que não existe, para o effeito da transmissão de seus bens;

bens; e por isso queriam, que a transmissão se fizesse em vida, ao menos symbolicamente.

Depois introduziu-se o testamento pretorio; isto é, o Pretor deferia a posse da herança áquelle, que appresentava em seu favor a disposição do defuncto feita perante sete testemunhas, independente da venda imaginaria. Até que ultimamente pelas constituições dos principes se accrescentaram algumas outras providencias, e se fixaram assim as differentes especies de testamentos, e suas solemnidades mui minuciosas as quaes se devem ver no *tit. da Inst. de testam. ordin* e seguintes — no *Dig.* no *tit. qui testam. facere poss. et quemadmod.* e seguintes: — e no *Cod.* nos titulos correspondentes.

Por direito canonico.

Alexandre III. *no Cap.* 11. *X. de testam.* determina, que seja válido o testamento feito perante o parocho, e duas ou tres testemunhas idoneas. disposição, que entre nós nunca foi reconhecida pelas leis patrias, a pezar de se encontrar inserida em algumas das Constituições dos Bispados. No mesmo Capitulo foram declarados válidos os testamentos *ad pias causas*, ainda que fossem feitos sómente perante duas testemunhas, ou por qualquer modo, que se podesse provar a disposição: sobre o que vej. a Nota ao §. 685.

Pelo codigo Wisigothico.

No *Cod Wisigothico Liv.* 2. *tit.* 5 *Lei* 12. faz-se menção de quatro especies de testamentos em quanto ás solemnidades, donde talvez se possam deduzir esclarecimentos sobre a mais antiga origem dos nossos. Alli se enumeram 1.° o testamento *subscripto* pelo punho do proprio testador, e assignado pelas testemunhas 2.° o que é subscripto por outrem, e apenas roborado com o signal do testador. Nestes nada mais se exige, senão o ser publicado perante qualquer sacerdote dentro em seis mezes. e se o testador o não susbcreveu, mas só o roborou, deve accrescer o juramento da testemunha, que o subscreveu. 3.° A outra especie é, quando o testador nem póde subscrever, nem roborar com o signal, mas rogou a outrem, que o subscrevesse em seu nome. Neste exige-se, que o escriptor e as testemunhas venham perante o juiz reconhecer os seus signaes, e verificar a identidade da disposição. 4.° Finalmente no nuncupativo feito (diz a citada lei) *instante periculo*, requer-se para a sua validade a inquirição das testemunhas, e a sentença confirmatoria.

Cumpre notar, que nesta lei se não acha fixado o numero das testemunhas, donde talvez proveio a variedade, que a este respeito se encontra nos nossos antigos testamentos, bem como o fazer-se aqui manifesta distincção entre *subscrever*, isto é, lançar o seu nome por escripto, e *roborar com o seu signal*, em quanto áquelles, que não sabiam escrever sobre o que podem ver-se as *Diss. Chronol.* de J. P. Ribeiro *Tom.* 3. *Diss.* 9. *cap.* 3.

Pelo direito patrio antigo.

Nos tempos mais antigos da monarchia os testamentos eram usados, mais com o fim religioso de segurar a salvação eterna por meio de legados, que nelles se deixavam para suffragios, ou ás igrejas, e estabelecimentos de piedade *pro bono animae suae*, do que com o fim da disposição profana e os testadores não confiavam, para a sua execução, tanto na observancia das solemnidades, como na irrogação dos esconjuros religiosos sobre aquelles, que a não cumprissem =*hajam a maldicção de Deos, e sejam condemnados, como Judas traidor, ao fundo do inferno* = Mell. *L* 3. *tit.* 5. §§. 2. e 3 *not.*

Na *Ord. Affonsin. L.* 4 *tit.* 103. foi onde primeiro se fixaram definitivamente as quatro especies de testamentos, e as suas solemnidades externas, depois mais miudamente reguladas na *Manoelin tit.* 76. *do mesmo L.*, e na *Philippin tit.* 80, nas quaes se acham confundidos os antigos costumes com as formalidades do direito romano.

Da mesma maneira, em quanto á instituição de herdeiro, ou fórma interna dos testamentos, na *citada Ord Affonsin*, principalmente no *tit.* 76. *do L.* 4., acham se sanccionadas algumas disposições, filhas dos antigos costumes, como a liberdade arbitraria de dispor da terça, o julgar-se nesta parte válido o testamento, ainda que os herdeiros necessarios fossem preteridos, ou injustamente desherdados. Estas disposições passaram para a *Ord. Manoelin.* desde o *tit.* 70., e d'ahi para a *Philippin.*, na qual se lhes ajuntaram muitas outras, immediatamente extrahidas do direito romano em virtude do grande crédito, de que elle gozava nessa epocha. Vej principalmente os *titulos* 82. 83. 84. e 85 *do mesmo Liv.*

Nas obras dos nossos mais antigos praxistas Gama, Valasco e Cabedo encontram-se disseminadas muitas questões sobre testamentos, pela maior parte resolvidas pela influencia do direito romano. Depois foram dadas á estampa, quasi no mesmo tempo pelo meado do seculo 17°., duas obras sobre este artigo, cada uma em dois volumes, uma com o titulo de *Commentaria ad Jus civile, in quibus multa pertractantur de ultimis*

voluntatibus, por Manoel Ribeiro Neto, e outra *Tractatus de Testamentis*, pelo jesuita Francisco Pinheiro, professor de Theologia na Universidade de Evora. nas quaes entre uma diffusão fastidiosa se encontram segundo o gosto do tempo resolvidas as especies omissas, ou duvidosas, mais pelas bases do systema testamentario dos Romanos, e opiniões dos moralistas, do que pelo espirito, analogia, ou fontes das *Ordd.*

Posterior a estes, Peg. *ad Ord. L.* 1. *tit.* 50. reuniu uma longa compilação, ou tractado sobre testamentos, enfadonha, superficial, e sem discernimento, onde firmou entre outras as seguintes regras practicas — *Testamenta extium habere publice interest.* — *Voluntas testatoris, ut lex, servanda est.* — *Puum est exequi voluntates testatorum.* — *Peccat mortaliter qui testatoris voluntatem non servat.* — *In dubio pro validitate testamenti est judicandum* — *Non est facienda interpretatio in perniciem testamenti, sed pro illo, et ut sustineatur.* Daqui se póde inferir, qual fosse então o estado da jurisprudencia neste ponto

Por direito patrio novo.

A cultura, que por toda a Europa no seculo 18° se começou a dar ao direito natural, e a menor consideração, em que entre nós caiu o direito romano no reinado de el Rei D. José, influiu tambem no systema dos testamentos para o que concurreu talvez muito mais o escandaloso abuso, que o clero, principalmente o regular, aproveitando-se do favor dos testamentos, fazia do seu ministerio de director das consciencias, para extorquir dos enfermos, a quem assistia, valiosas deixas, ou para si proprios, ou para as suas corporações, com preterição e grave prejuizo dos parentes dos testadores.

Possuido destes motivos o marquez de Pombal começou na *Lei de* 25 *de Junh. de* 1766 por declarar nullos todos os legados deixados em favor dos proprios escriptores, directores, ou suggestores dos testamentos, e de seus parentes, e corporações, a que pertencessem, assim como declarou sem effeito os testamentos dos enfermos no estado de molestias agudas. Ampliando depois mais a mesma idéa, na *Lei de* 9 *de Set. de* 1769 proscreveu todas as maximas testamentarias do direito romano, assim as fundadas em principios peculiares e supersticiosos, como as proprias a extender a faculdade de testar, declarando que as *regras favoraveis as successões testamentarias são axiomas mal entendidos, em quanto tendem a annigular a successão dos proprios, que é a conforme á ordem da natureza, e á caridade christã — que o espirito desta lei tende a promover e sustentar a successão legitima dos parentes*, contra o espirito da legislação

romana, que tendia ao fim opposto · e que neste sentido se deve entender, e não no sentido das Ordenações, onde aquella se achava recommendada, ainda que estas não estejam expressamente revogadas: chegando no §. 1. a restringir a liberdade de dispor dos bens, que tivessem herdado de seus maiores, os testadores, que deixassem parentes ainda collateraes até o 4.º gráo.

O titulo *de testamentis* de Mello foi escripto no rigor do espirito destas leis.

Seu ultimo estado.

Pela morte de el Rei D. José, e quéda do marquez de Pombal, a maior parte das disposições destas leis foi suspensa pelo *Decreto de 17 de Julh. de* 1778 até á publicação do novo codigo, que se não chegou a verificar. Ficaram porém subsistindo as maximas fundamentaes daquella reforma, a saber, o favor das successões legitimas, e a proscripção de tudo o que fosse filho das subtilezas e circumstancias particulares dos Romanos. E neste sentido foi este artigo expendido por Lobão nas suas obras, principalmente nas differentes Dissertações, que formam o *Suppl. das Notas a Mello.*

Com tudo a incoherencia entre os principios da reforma e muitas das disposições da *Ord.*, que não estavam explicitamente revogadas, devia necessariamente causar graves difficuldades no foro. Todos os dias se disputava, quaes eram neste estado da legislação as formalidades insupprivei dos testamentos, e para pôr termo a taes questões, tomou-se na Casa da Supplicação o *Ass. de 17 de Ag. de* 1811, no qual entre outros rigores se ordenava, que as fórmas prescriptas na *Ord. L. 4. tit.* 80. §. 1. *não podiam antepor-se, pospor-se, nem substituir-se por equipollencia.* Tanto se quiz restringir a faculdade de testar, que se foi dar no excesso opposto: não houve desde então testamento, que se não podesse attacar com o fundamento de nullidade: bastava que ao tabellião esquecesse alguma das palavras — *bom, firme e valioso*, ou que as trocasse, para se gritar *nullidade!* Talvez se não encontre facilmente um mais deploravel exemplo dos perigosos effeitos da má redacção das leis.

Para occurrer a esta desordem, tomou-se o outro *Ass. de 10 de Junh. de* 1817, que declarou o antecedente, e no qual se estabeleceram as principaes regras sobre as formalidades externas · não se tendo porém resolvido as questões anteriores, continuou a decisão destas abandonada ao differente modo de pensar dos interpretes, e ao arbitrio dos juizes; e provavelmente assim ficará até á publicação de um codigo, se o chegarmos a ter.

Em quanto á exposição desta doutrina, francamente confessamos, que as nossas opiniões desviam-se mais dos dictames do direito romano, e do rigor literal da Ordenação, do que do espirito da reforma Josephina, e da analogia dos codigos modernos.

Nota GG ao §. 697. pag. 550.

Sobre o direito de accrescer.

Em quaes herdeiros tem logar este direito.

Todos os codigos concordam em que o direito de accrescer só tem logar entre os coherdeiros, ou collegatarios nomeados *conjunctamente*, isto é, *ad eamdem rem vocati*. Porém como este direito não é fundado senão na vontade presumida do testador; e este podia explicar-se por differentes enunciados, dos quaes fosse difficil conhecer, se elle queria, ou não, beneficiar o coherdeiro, ou collegatario com a porção do outro, que a não acceitou os JCtos e interpretes de direito romano têm feito distincção para este fim entre os — *conjuncti re*, — *conjuncti verbis*, — e *conjuncti re et verbis*, ou *mixtim* · o que torna esta materia mui difficil. Não nos cançaremos em expor aqui o uso, que os interpretes fazem desta distincção, o qual se póde ver em Heinecc. *Recit.* §. 625. *e seg.*, e *ad Pand. P.* 5. §. 133.

Esta doutrina acha-se tambem no *Cod. Civ. Fr. art.* 1044., mas ainda involvida nas mesmas formulas difficultosas do direito romano.

Com melhor clareza nos pareceu encontral-a no *Cod. da Austr.* desde o *art.* 560., reduzida ás tres regras seguintes. 1.ª Que se não dizem nomeados conjunctamente, nem por tanto tem logar este direito, quando os herdeiros são nomeados em partes determinadas. = *Instituo meus herdeiros Pedro e Antonio, cada um em a metade da herança. — Deixo a minha quinta, a cada um o seu terço.* = Estes herdeiros não são conjunctos, salvo se houver presumpção de que o testador não indicou a distribuição, senão para melhor clareza, v. g. = *Deixo a meu irmão e a seus filhos a minha herança, a saber, a metade a meu irmão, e a outra aos filhos.* = 2.ª Que se presumem nomeados *conjunctamente* os herdeiros chamados á successão sem partes designadas, ou com declaração de que partirão por igual. 3.ª Que concurrendo herdeiros chamados á successão em partes deter-

minadas, com outros chamados sem determinação de parte, sómente estes ultimos são conjunctos entre si. e por tanto só entre elles tem logar o direito de accrescer, e não entre os outros. — *A minha herança será partida em tres partes; uma para Pedro; outra para João; e outra para Francisco e Antonio, que a dividirão entre si por igual:* sómente estes dois ultimos são conjunctos.

Opiniões dos nossos praxistas sobre este direito.

As leis romanas admittiam o direito de accrescer nas heranças, pelo seu principio escrupuloso da indivisibilidade da herança, e de que ninguem podia morrer *pro parte testatus, pro parte intestatus*. nos legados, pela vontade presumida do testador.

Como pela *Lei de* 9 *de Set. de* 1769 foram entre nós proscriptos aquelles principios superstiosos dos Romanos, e consideradas como mais favoraveis as successões legitimas; e pela outra *de* 18 *de Agosto* do mesmo anno só foi admittido o direito romano, sendo conforme á boa razão o illustre Mell. *L.* 3 *tit.* 7. § *ult.* excluiu da nossa jurisprudencia o direito de accrescer, em quanto ás heranças, em virtude das disposições daquella primeira lei e em quanto aos legados, por se não presumir tal a vontade do testador, e porque em duvida o herdeiro, sobre quem pesam todos os encargos, deve ser preferido ao collegatario

Lobão na *Diss.* 8. *Suppl. ás Acç. Summ.* seguiu a mesma opinião, em quanto as heranças — em virtude da disposição da *citada lei de* 9 *de Set.* — por lhe parecer contra a razão, e por tanto reprovado pela outra *de* 18 *de Agosto*. — por ser igualmente reprovado pela legislação de muitas nações modernas — em favor dos herdeiros legitimos. Porém em quanto aos legados, depois de analysar as leis romanas, inclina-se á opinião, que o admitte. *Cit. Diss.* §. 30. *not.*

O sabio auctor do *Dig. Port.* excluiu-o em quanto ás heranças, *Tom.* 3. *art.* 1890, ainda que no *art* 1559. parece ter tido em vista a admissão delle pelo *Codigo da Pr.*, pois que defere *ab intestato* a parte do herdeiro, que não acceitou, *no caso de o testador ter prohibido o direito de accrescer*. Em quanto aos legados, segue a *lei franceza. Dig. Port.* 3. *artt.* 1745. e 1746.

Fundamentos da nossa opinião.

Nesta variedade achamos razoaveis as disposições das leis

romanas, com as quaes se conformam os citados codigos modernos e por isso admittimos este direito assim nas heranças, como nos legados, não pelos fundamentos supersticiosos dos Romanos, mas sim porque, permittida pelas leis a liberdade de testar, é consequente cumprir-se a vontade do testador expressa, ou presumida, em tudo o que não offender a razão. Ora se das palavras da disposição se deprehende, que a vontade do testador foi deixar toda a herança ou legado aos nomeados conjunctamente, por que se hade dizer injusto, que a parte do que falta, accresça aos outros? Além disto, se a melhor guia para julgar da boa razão das leis romanas é a practica e legislação das nações civilizadas, como entre nós é corrente, parece poder admittir-se sem escrupulo.

Nota HH ao §. 731. pág 577.

SOBRE OS PACTOS SUCCESSORIOS.

Os pactos successorios por direito romano e canonico.

Por direito romano os pactos successorios, que versavam sobre herança de terceiros indeterminadamente, eram válidos, *L* 3. §. 2. e *L.* 37. *D. pro socio*, mas quando versavam sobre a herança de pessoas determinadas, eram nullos, — por conterem uma especie de captação; — por serem contrarios aos bons costumes, — e contra as disposições *juris publici, quod pactis privatorum mutari non potest, L.* 38 *D. de pact., L.* 3. *Cod. de collat.*, excepto se esse, de cuja herança se tractava, consentisse e não mudasse de vontade até á morte, o que lhe era sempre livre. *L. ult Cod. de pact* Quando versavam porém sobre as heranças dos proprios pactuantes, geralmente os interpretes, fundados na *citada Lei ult. Cod. de pact.*, concordam em que eram nullos, quer fossem *adquistivos*, ou *de succedendo*, quer *renunciativos*, ou *de non succedendo*: os primeiros por causa da captação, e offensa dos bons costumes; os segundos pela offensa do direito publico. Com tudo Struckio, para justificar o uso, em que taes pactos estavam entre os Allemães, recorrendo a differentes distincções, esforça-se por dar ás leis romanas uma diversa intelligencia. *De success. ab intest. Diss.* 8. O direito canonico seguiu a opinião commum de que eram geralmente prohibidos, e apenas excepteou os renunciativos, quando fossem *jurados. Cap.* 2 *de pact, in* 6.°

Por direito patrio, e opiniões dos praxistas.

Os nossos legisladores já desde a *Ord. Affonsin.* tinham seguido a mesma opinião, que todos eram reprovados, ou se tractasse da herança propria, ou da herança de terceiros, ou fossem de *succedendo*, ou de *non succedendo*. mas, quanto a estes ultimos, adoptaram a excepção do juramento do direito canonico. É o que se deduz da *Ord. Affonsin L 4. tit.* 62., *Manoelin. tit.* 44., e actual *tit.* 70. §§. 3. e 4. Mas como pela outra *Ord. L. 4. tit.* 73. são prohibidos os juramentos promissorios nos contractos, com pena de nullidade, costumavam os interessados nos pactos renunciativos pedir dispensa desta ultima Ordenação ao tribunal do Desembargo do Paço, o qual lh'a podia conceder em virtude do seu *Regimento* §. 87.

Por esta fórma se introduziu a practica no foro, como se póde ver de Gama *Dec.* 375., — Cabedo *P. 1. Dec.* 164., — Val. *de part. cap.* 16, — Portug. *de donat. 3. P. cap.* 31. *n.* 58, — Peg *ad Ord. L. 1. tit.* 50. *cap. 4. n* 79. *e seg.*, — Guerr. *Tr. 2. L. 1. capp.* 10. e 11.; nos quaes se acha com muita diffusão tractada a especie, então mui frequente, se era válida a renuncia da herança de seus paes, que fazia a filha antes da profissão em algum mosteiro; aconselhando em geral a cautela do juramento, a fim de evitar o risco da nullidade.

Até que o sabio Mello, seguindo o espirito da *Lei de* 18 *de Ag. de* 1769, e dos *Estatutos da Universidade de* 1772, e arguindo de ineptas e supersticiosas as razões do direito romano, sustentou no *L.* 3. *tit.* 5 §. 36. *not.*, que os pactos successorios eram geralmente entre nós permittidos E para impugnar a Ordenação, deu-lhe uma intelligencia, que na verdade se não póde excusar de forçada. Esta opinião de Mello é impugnada por Gouvêa Pinto *Tract. dos testam. cap.* 21.

A respeito da mesma diz explicitamente Lobão *no Suppl ás Seg. Linh. Tract.* 13. *dos contractos com juram.* §. 18. = *A nossa lei adoptou o direito romano; e em quanto ella se não revoga, deve cegamente e com toda a reverencia seguir-se.* = O mesmo seguiu o sabio A. do *Dig. Port.* 2. *art.* 124. *e seg.*

Em quanto aos contractos matrimoniaes.

Os pactos successorios eram por direito romano tão odiosos, que difficil será achar nelle fundamentos para justificar a excepção em favor dos casamentos. Com tudo os praxistas introduziram esta excepção, ou fosse em attenção á grande differença entre os nossos costumes, e os dos romanos sobre os bens matrimoniaes, e á ampla liberdade, que a *Ord.* deixa em

taes contractos; ou fosse pelos acharem defendidos nos escriptores e JCtos estrangeiros, cuja lição lhes era familiar. Esta excepção, que podia até ahi ser disputada, julgou-se decididamente sanccionada na *L. de* 17 *de Ag. de* 1761 §. 8 e assim o ensinaram Mell. *L.* 2. *tit.* 9. § 25., e Lobão *ad eumd n.* 2. *e seg.* Por esta maneira não só é válida a doação, ou contracto, em que qualquer pessoa promette a sua successão em todo ou em parte a outra para casamento, verificando-se este, mas tambem quaesquer pactos ou clausulas, que os conjuges estipulem, quer relativamente á sua propria successão, quer á de terceiros, em que elles possam ser interessados.

Pelos codigos modernos.

No *Cod. Civ. Fr. artt.* 1130. e 1600. são prohibidos os pactos successorios, e apenas permittida a doação da successão para casamento, §. 1084.; doutrina, que foi adoptada no *Cod. da Sard. artt.* 694. e 1176. Pelo contrario o *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 12. desde o *art.* 617. admitte-os em toda a generalidade, e regula miudamente a sua doutrina e effeitos. O *Cod. da Austr. art.* 602. permitte-os unicamente entre esposos.

Fundamentos da nossa opinião.

A pezar da respeitavel auctoridade de Mello, e do *Cod. da Fr.*, nós entendemos, que deviamos sustentar a regra geral da *Ord.* de que taes pactos são prohibidos, não pelas futeis razões do receio da captação, e do *tristissima eventus* das leis romanas, nem ainda pela outra da offensa do direito publico: mas sim 1.° pelo motivo da indignidade commettida por aquelles, que sem respeito aos sentimentos do sangue ou da humanidade tomam como base das suas especulações a morte dos seus conjunctos, offendendo assim a moral e os bons costumes. 2.° Porque, ainda quando a lei não fosse terminante, e tivessemos a faculdade de optar, parece-nos que na practica devem resultar menos inconvenientes de reprovar, do que de permittir, a anticipada renuncia da liberdade de dispor dos seus bens, e dar assim occasião a que especuladores fraudulentos illudam as pessoas inexperientes e desmaliciadas.

Mas como a objecção principal, quando se pactúa sobre a herança de terceiro, é a offensa ou injuria, que este recebe: se elle consente, claro está, que cessou a offensa. E assim fica justificada a primeira excepção, que estabelecemos no §., que é tambem do direito romano.

A 2.ª, relativa aos contractos matrimoniaes, está geralmente

adoptada, como acima deixamos dito: pois sendo contractos de familia, a que ordinariamente assistem, ou ao menos são ouvidos, os parentes, de cujas successões se tracta, raras vezes ahi se dará o inconveniente da indignidade ou suggestão: e como nestes contractos se não attendem sómente os interesses do momento, mas tambem os riscos e futura sorte das familias, podem os sacrificios da successão muito bem ser compensados por outras considerações.

Sobre a renuncia da successão feita pelos filhos dotados.

A questão mais grave, e mais frequente, que neste ponto se costuma agitar, é — *se o filho ou filha, dotado para casamento, póde válidamente renunciar a successão, contentando-se com o dote?* A razão de duvidar nasce de se achar esta especie terminantemente decidida pela negativa na *L. ult. D. de suis et legit. haered.*, e na *L.* 3. *Cod. de collationibus:* e tanto que o nosso Mello assim o consignou na *Nota ao* §. 25. *L.* 2. *tit.* 9. Os outros praxistas porém, reconhecendo tambem esta disposição, entendiam com tudo, que, por ser pacto *renunciativo*, estava comprehendido no exemplo do §. 4. *da Ord. L.* 4. *tit.* 70., de maneira que seria válido, se fosse *jurado*. Lobão *Not. ao cit.* §. 25. *nn.* 7. e 8., *Dig. Port.* 2. *art.* 126.

Para ser jurado este contracto, era preciso obter do Desembargo do Paço dispensa da outra *Ord. L.* 4. *tit.* 73., como acima dissemos: porém hoje que aquelle tribunal não existe, seria necessario requerer ao poder legislativo a dispensa. Mas como isto tem as difficuldades, que todos conhecem, ou havemos de concluir que taes renuncias se não podem hoje validar; ou que são comprehendidas na disposição generica da *L. cit. de* 17 *de Ag. de* 1761, que fala de todas as estipulações dos esposos, assim para a vida, como para a morte, com quaesquer clausulas e condições, que lhes parecer.

Nós inclinamo-nos a este ultimo arbitrio: — por ser neste caso o juramento uma pura formalidade, que nada póde influir na essencia, ou justiça do contracto: — porque não deve prejudicar as partes nos seus negocios a falta de uma formalidade, que ellas não podem satisfazer por defeito da lei, e não por negligencia sua: — por se poder aquella *Ord.* reputar antiquada, como julga o sobredito Mello *L.* 1. *tit.* 3. §. 10. *not.*: — e finalmente pela razão tanto logica, como literal, da *citada Lei de* 17 *de Ag.*

Defendendo porém a validade de taes renuncias, exceptuamos o caso de lesão na legitima, e o de faltarem as pessoas em favor de quem foi feita a renuncia, assim como as dcixas ou doações voluntarias.

Nota II ao §. 737. *pag.* 583.

Sobre a lesão nos contractos.

Diversidade de opiniões sobre a justiça da rescissão dos contractos por lesão.

As leis, que permittem rescindir os ntractos por causa de lesão, têm sido objecto de graves disputas entre os JCtos; julgando-as uns alheias do direito natural, e oppostas ao systema das leis positivas, e ás conveniencias sociaes; e justificando-as outros pelos principios da equidade. Este differente modo de pensar tem produzido a variedade das leis das diversas nações a este respeito.

Os primeiros acham aquella faculdade 1.° injusta, e opposta á natureza e theoria dos contractos; os quaes, depois de accordados com perfeito conhecimento do seu objecto sem nota de erro, dolo, ou violencia, fazem lei entre os contrahentes: nenhum destes póde contravir o seu proprio facto, sem offender a boa fé, e direito adquirido pelo outro: 2.° inconveniente, e prejudicial ao interesse publico, por deixar a propriedade e o commercio sujeitos á incerteza, e abrir o campo á multiplicidade dos litigios: 3.° de mui difficil applicação na practica, por isso que estando o valor das cousas sujeito a variações continuadas conforme a raridade dos objectos, os tempos, os logares, as pessoas, e infinitas outras circumstancias, não é possivel fixar um typo certo, por onde se marque o justo valor, e se decida, se interveio, ou não, lesão.

Os segundos respondem: 1.° que não podendo, segundo a theoria da jurisprudencia, dar-se obrigação sem causa, se nos contractos commutativos, nos quaes a mente dos contrahentes, e por tanto a causa da obrigação, não póde ser outra, senão receber o equivalente daquillo, que dão, um delles devesse dar o valor de 20, não recebendo senão o de 10, viria a ser obrigado aos outros 10 sem causa: 2.° que é verdade ser este principio sujeito a inconvenientes; mas que isso sómente convence a necessidade de ser restringido, e serve a justificar as leis, que unicamente o admittem no caso da lesão enorme: 3.° que em todos os objectos, a pezar da oscillação dos preços, ha um valor reconhecido pelo maior numero de contractantes em iguaes circumstancias, e que se póde fixar como termo me-

dio · e é este o valor commum ou justo, que as leis prescrevem, e que muitas vezes não é difficil de apurar, principalmente nos bens de raiz. 4.° que é do interesse publico cohibir as especulações da cobiça sobre a necessidade de outrem, e occurrer aos grandes prejuizos filhos de illusões do momento, quando, como frequentemente acontece, se não póde provar erro, nem dolo.

Disposições a) do direito romano.

Por direito romano acha-se explicitamente sanecionada na *L. 2. Cod. de rescind. vend.* a rescissão por lesão enorme no contracto de compra e venda, com o fundamento de equidade — *humanum est.* Mas a pezar disto a maior parte dos interpretes entendem, que este principio era admittido, não só em favor tanto do vendedor, como do comprador, mas tambem na locação, nas trocas, e geralmente em todos os contractos de boa fe. Vej. Gothofr. nas *not. a cit. L.*

b) *De direito patrio.*

Esta generalidade em todos os contractos foi adoptada na *Ord. Affonsin L. 4. tit. 45.*, donde passou para a *Manoelina tit.* 30. com as duas seguintes notaveis alterações. 1.ª de ficar esta acção sujeita á prescripção de quinze annos em logar de trinta 2.ª de não poderem as partes renunciar a este beneficio. A *Ord. Philippin. L. 4. tit.* 13. copiou a *Manoelin.*, accrescentando no § 10. a distincção entre lesão enorme e enormissima, a qual na opinião de Mello *L. 1. tit.* 8. §. 11. não tem fundamento no direito romano, bem que Lobão *ad eund.* sustente o contrario. Nos contractos commerciaes não póde ter logar a rescissão por lesão, á vista *do art.* 494. e 510. *do Cod. Comm.:* e na verdade as questões de lesão ordinariamente só versam sobre compras de bens de raiz.

c) *Dos differentes codigos modernos.*

Pelo *Cod. Civ. Fr. art.* 1674. *e seg.* permitte-se a acção de lesão — unicamente nas vendas de bens de raiz, — e só em favor do vendedor, quando foi lesado em mais de sete duodecimos, — prescreve por dois annos a contar da venda; — é nulla a renuncia deste favor, assim como a declaração de que se faz doação do excesso do valor.

O *Cod. da Sard. art.* 1679. adoptou o mesmo, só com a differença — de exigir a lesão em mais de ametade do valor,

isto é, a enorme; — e determinar a prescripção de cinco annos.

O *Cod. da Austr. art.* 934. permitte-a — em todos os contractos synallagmaticos — sendo a lesão enorme Não tem logar — quando foi expressamente renunciada · — ou á parte se deu conhecimento do verdadeiro valor. — ou o contracto participa de gratuito.

O *Cod. da Pr. P. 1. tit.* 11. *art.* 59. permitte-a — no contracto de compra e venda por lesão enorme, — e sómente em favor do comprador pela presumpção de erro, de fórma que se o vendedor provar, que o preço foi convencionado sobre o valor de affeição, cessa a acção, bem como se foi renunciada. — Prescreve por tres annos, em quanto aos bens de raiz sitos no campo, por dois, em quanto aos sitos nas cidades, e por seis mezes, em quanto aos moveis. O mais notavel é não ser concedida aos vendedores. *Cit. Cod. art.* 69.

Nota KK ao §. 818. pag. 639.

SOBRE A TRANSFERENCIA DA PROPRIEDADE DA COUSA COMPRADA.

Estado da questão.

No contracto da compra e venda o vendedor não se obriga, senão a entregar a cousa vendida, isto é, a pol-a á disposição do comprador, de maneira que este possa exercer nella o dominio, ou propriedade em todos os seus effeitos · a acção, que ao comprador compete em virtude do contracto, é unicamente a de pedir a entrega ou tradição; esta entrega pois é a consequencia necessaria do contracto, mas um acto differente Em que momento porém passará para o comprador o dominio ou propriedade? será no momento do contracto, ou em virtude do acto posterior da entrega? Ou (o que val o mesmo) a tradição produzirá o effeito da transferencia da propriedade e da posse; ou sómente a da posse? Eis aqui a questão.

Disposições do direito romano.

Em direito romano no contracto de compra e venda, assim como em todos os outros contractos, sómente se transfere o *dominio* ou *propriedade* pelo acto da tradição. §. 4. *Inst. de*

empt. vend., *L.* 20. *Cod. de pact.* Os Romanos nesta disposição iam coherentes com o seu systema de que para a adquisição do dominio eram necessarios os dois requisitos, *titulo*, e *modo de adquirir*; e no contracto da compra á tradição era o modo de adquirir. Elles seguiam outrosim a idéa natural e obvia do dommio, que só por abstracção se póde separar da posse, porque em fim como póde dispor arbitrariamente da sua cousa aquelle, que a não tem em seu poder? Não queriam pois na tradição neste caso indicar só a transferencia da posse, como os modernos; respeitavam nella a transferencia do dominio. Com relação á compra e venda, por isso (dizem os interpretes do mesmo direito) o contracto fica perfeito desde o consentimento para o fim das obrigações, e acções, que delle nascem; mas em quanto a consequencia da transferencia do dominio, sómente se diz perfeito pelo acto posterior da tradição.

Disposições dos codigos modernos.

O *Cod. da Pr. P.* 1. *tit.* 9 *art.* 3. e *tit.* 10. *art.* 1., o da *Austr. art.* 425. e 1053., e geralmente todos os outros codigos allemães, adoptaram as disposições do direito romano.

Porém o *Cod Civ. Fr. art.* 1583., e os outros, que o tomaram por modelo, estabeleceram que a propriedade passava para o comprador em virtude do contracto, independente da entrega. Esta é tambem geralmente a opinião dos escriptores de direito natural. Nós não negamos, que a *obrigação de entregar* neste contracto comprehende a obrigação de transferir o dominio, ainda que nos parece, que então em rigor literal se deveria alterar a definição, dizendo que neste contracto o vendedor cede, *ou transfere uma cousa por certo preço*. É claro, que por esta theoria o dominio se considera separado da posse, e que a adquisição desta unicamente fica reservada para a tradição.

Direito patrio.

A nossa *Ord. L* 4. *tit.* 7. *pr.* seguiu explicitamente a disposição do direito romano, a qual se acha tambem modernamente sanccionada no *Alv de* 4 *de Set. de* 1810 e neste sentido nos deixamos expendida esta doutrina no §.

Entretanto é necessario reconhecer, que na praxe as mais das vezes ella se não poderá applicar porque em taes contractos entre nós, quando são feitos por escripto, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o *vendedor transfere desde logo ao comprador todo o dominio*, etc.; e até muitas vezes *a posse por meio da tradição ficta*. Esta clausula não é uma simples redundancia tabellioa; tem o effeito importante de não deixar o dominio para a tradição, o qual se deve attender e respeitar.

Applicação á especie da venda feita a dois.

Esta questão da transferencia da propriedade torna-se importante, porque contém o meio de justificar outras disposições, e de resolver muitas especies difficultosas, e frequentes na practica.

1.ª especie. *No caso de o vendedor vender a mesma cousa a dois, qual deve preferir?* Determina a *Ord. cit. L.* 4. *tit.* 7., que a cousa pertença áquelle dos dois compradores, a quem primeiro foi entregue, tendo satisfeito o preço. Esta disposição é tirada da *L.* 15. *Cod. de reivind.*, e vai coherente com o systema do direito romano: o comprador, que recebeu a cousa vendida, adquiriu o dominio ou *jus in re*, e em virtude da acção *real* póde procural-a, e demandal-a de qualquer terceiro: pelo contrario o comprador, que a não recebeu, ainda que fosse o primeiro contractante, sómente tem a acção *pessoal ex empto* para pedir ao vendedor a entrega da cousa, mas se este a não póde já entregar, resta-lhe apenas a acção pela indemnização, e pela pena de hulrão.

Outra cousa porém acontece pelo direito francez o primeiro comprador obteve logo o dominio; póde reivindicar a cousa de qualquer, e por conseguinte do segundo comprador, se o vendedor lh'a entregou. Mas como tal disposição devia encontrar muitos inconvenientes a respeito dos bens moveis, o legislador francez viu-se obrigado a fazer uma excepção á sua regra, conformando-se com o direito romano em quanto a estes, applicando então o seu principio favorito — *la possession vaut titre. Cod. Civ. Fr. art.* 1141.

Applicação ao risco e commodo da cousa vendida.

2.ª especie. *Supponhamos, que no intervallo entre a venda e a entrega a cousa pereceu por acaso, por conta de quem é esta perda, por conta do comprador, ou do vendedor?*

Por direito romano o risco neste caso, assim como o commodo ou melhorias, pertencem ao comprador, com tanto que não tenha havido culpa, nem mora da parte do vendedor. É o que se deduz do *tit. do Dig. de periculo et commod. rei vend. et nondum traditae.* Como esta disposição se não póde fundar na

regra do mesmo titulo — *res suo domino perit*, porque então deveria o perigo pertencer ao vendedor; para a justificar recorrem os interpretes á outra — *debitor rei certae ejus interitu liberatur*; e para tirar as difficuldades sobre os casos, em que tem logar uma ou outra destas regras, estabelecem, que a primeira se deve applicar, quando a disputa é entre o proprietario e o possuidor; e a segunda, quando a duvida é, como na nossa especie, entre o proprietario e o crédor da cousa. Vej. Poth. *du contr. de vente n.* 308 Seja porém qual for a applicação, é certo, que por este direito, se a cousa vendida perece, o vendedor fica libertado da obrigação; mas que a pezar disso tem acção contra o comprador pelo preço, por ser este devedor da quantidade, e a quantidade nunca perece.

A nossa *Ord. L. 4. tit.* 8. adoptou explicitamente a doutrina do direito romano, accrescentando as excepções do mesmo, em quanto á venda condicional, ou de cousa incerta, assim como em quanto ao caso de confisco, ou expropriação forçada da cousa vendida, que era a especie da *L.* 33. *D. locat.*

O *Cod. Civ. Fr.* não é assás explicito neste ponto. Da sua theoria, de que o comprador é o senhor da cousa antes da tradição, segue-se naturalmente ser por conta do mesmo o perigo e o commodo. No *art.* 1302. acha-se determinado em geral, que a obrigação do devedor fica extincta pela perda da cousa; mas em logar nenhum se acha resolvido, se a pezar disso subsistirá, ou não, a obrigação do comprador de pagar.

Entretanto esta doutrina do direito romano e da nossa *Ord.* parece-nos mui dura e injusta, em quanto neste caso liberta o vendedor da sua obrigação, e não o comprador. Sem nos embaraçarmos com que aqui tenha logar a applicação da regra — *res suo domino perit*, ou da outra — *debitor rei certae* etc., insistimos com tudo em que nos contractos synallagmaticos cada uma das partes se não obriga, senão debaixo da condição presumida de que a outra ha de cumprir tambem a sua obrigação, esta é a mente das partes, e a boa fé do contracto. Se o vendedor pois não cumpre a sua obrigação de entregar a cousa, qualquer que fosse a causa, com que justiça ha de exigir o cumprimento do comprador? Se este satisfez o preço, porque o não ha de repetir pela acção *causa data, causa non sequuta?* Pothier no logar citado reconhece esta difficuldade, e combate-a, mas de uma maneira pouco convincente.

Muito mais razoaveis nos parecem neste ponto as disposições dos codigos allemães, do *da Austr art.* 1048. *e seg.*, e do *da Pr P. 1. tit.* 11 *artt.* 95. e 100.; que adoptariamos, se tractassemos *de jure constituendo*. Conforme estes, — se a cousa certa pereceu antes da entrega, fica sem effeito a compra, e por tanto o comprador póde repetir o preço, se ja tinha pago,

— Entende-se

— Entende-se ter perecido, não só quando absolutamente se perdeu, mas quando de tal maneira se deteriorou, que diminuiu mais de ametade do valor. — Se somente se deteriorou, estas deteriorações são por conta do possuidor, e por tanto o comprador póde fazer no preço o rebate proporcionado. — Igualmente os fructos e commodos pertencem ao possuidor. — Se na perda ou deteriorações houve culpa, ou mora de alguma das partes, a outra tem acção pela indemnização, além da resolução do contracto, nos casos, em que tem logar.

Nota LL ao §. 348. *pag.* 661

Sobre a evicção no arrendamento de rendas.

Como se entende a evicção neste contracto?

Em todos os contractos synallagmaticos, em que as partes se obrigam reciprocamente a dar alguma cousa ou o seu uso, subentende-se sempre a obrigação da evicção, isto é, da responsabilidade ou indemnização no caso de que a parte se não possa aproveitar da cousa por causa anterior ao contracto.

Este principio é igualmente applicavel no contracto de arrendamento ou cedencia de rendas, ou prestações, o senhor é obrigado a fazer boas as prestações, que da de arrendamento, ou cede, de fórma que, se o rendeiro as não cobra, por não serem devidas, esta perda deve ser-lhe levada em conta; não assim, se as não cobra por causa da insolvabilidade do devedor. Se o contracto é incerto e de risco, este, quando se não declarou outra cousa, é do rendeiro, se elle o conhecia, e assim arrendou.

Litigio memoravel sobre este objecto.

Parece-nos merecedora de ficar aqui consignada, por versar sobre esta materia, a celebre causa entre o conde de Farrobo e Lino da Silveira, Pimenta e Comp.ª, talvez a de maior importancia, que se tenha litigado nos tribunaes portuguezes, calculada em perto de tres milhões de cruzados.

O conde de Farrobo tinha arrendado em 1832 o contracto do tabaco por doze annos, por mil cento e setenta contos em cada anno, cujos pagamentos eram ao tempo do ajuste feitos na fórma da lei, isto é, metade em metal, e metade em papel

moéda, a qual, como todos sabem, corria com desconto, ou agio.

Passados dois annos, por *Decr. de* 28 *de Julh. de* 1834, confirmado por *L. do* 1 *de Set.* do mesmo anno, foi extincto o papel moéda, providenciando-se, que os pagamentos em virtude dos contractos anteriores continuariam até o 1.° de Janeiro de 1838 a fazer-se nas especies convencionadas, e que em quanto aos contractos com o Governo, que excedessem este prazo, o *Governo estabeleceria de accordo com os contractadores aquellas providencias, que parecessem necessarias para conciliar a boa fé dos contractos com os interesses nacionaes, e dos arrematantes.*

Neste intervallo, em 1837, o conde de Farrobo sublocou o contracto pelos dois triennios de 1837 a 1843 a Lino da Silveira, Pimenta, e Comp.ª, cedendo nos sublocatarios todo o direito e acção como contractador originario, e especialmente o *da indemnização, que lhe compete pela extincção do papel moéda, para a qual o Governo se acha auctorizado pelo art.* 3. *da Lei do* 1.° *de Set. de* 1834.

Os sublocatarios, que desde 1838 começaram a fazer os pagamentos todos em metal, quizeram tractar com o Governo, e effectivamente se accordaram em uma indemnização de 20 por cento na ametade dos pagamentos. Não se tendo porém chegado a realizar este ajuste, recurreram aos meios judiciaes, e demandaram o Thesouro, pedindo o agio a 28 por cento Qualquer que fosse a causa, pouco depois desistiram desta acção antes da sentença e passaram a demandar o conde de Farrobo pelo agio, conforme se liquidasse na execução, fundando-se na cessão, que este lhe devia, visto ter nelles cedido o direito da indemnização, que o Governo lhes recusava.

Obtiveram sentença a seu favor na Relação de Lisboa; porém decaíram na segunda sobre embargos Interpozeram então o recurso de revista, com o fundamento de nullidade, por não terem sido os embargos appresentados no termo da lei Concedeu-se a revista, e foram os autos remettidos a Relação do Porto para se proceder nos termos ulteriores.

Neste tribunal, em logar de se reconhecer e respeitar a nullidade arguida, por accordam de 25 de abril de 1845 entendeu-se que tal nullidade não existia, e passou-se a confirmar a anterior sentença pelos dois seguintes fundamentos. 1.° de se não terem os sublocatarios legitimado para pedir a evicção com sentença, que os privasse da cedida indemnização do Governo, visto que tinham desistido da acção contra elle intentada, nem outrosim terem feito citar o sublocante para a autoria ou assistencia dessa causa 2.° que na cessão de direitos, ou acções o cedente nada mais é obrigado a garantir, senão a certeza do direito ao tempo da cedencia, a qual neste

caso os sublocatarios reconheciam, e não eventualidades posteriores, nem a solvabilidade do devedor, conforme os *artigos* 1693. 1694. e 1695. *do Cod Civ. Fr.*

Contra este accordam recurreram novamente os sublocatarios, insistindo na incompetencia da Relação para impugnar a nullidade, que o Supremo Tribunal tinha reconhecido, obtiveram, e por novo accordam de 12 de Janeiro de 1848, não se pondo em duvida a nullidade, mandou-se cumprir a primeira sentença da Relação de Lisboa.

FIM DAS NOTAS DO TOM. 2.°

INDICE ALPHABETICO *.

A.

Abolição. V. *Atravessadouro*, *Morgado*, *Capella*.
Abortivo quando se reputa o recemnascido, §. 56 n.
Abrogação. V. *Leis como se abrogam.*
Abstenção da herança. V. *Renuncia de...*
Abusar póde cada um das suas cousas, 403.
Acaso que é, e quando ha responsabilidade por elle, 124.
Acção que é, e suas differentes accepções e especies, 171 e n.
Acções, que pessoas as não podem comprar, 155. — Litigiosas não se podem ceder, *ib.* — Para alguns effeitos formam uma terceira especie de bens, 80. — De banco, e companhias podem ser vinculadas, *ib.* n. 502. — Como se avaliam. — V. *Avaliação.*
Acceitação do tabellião nas doações se é bastante, 751 n. V. *Adição da herança.*
Accessão que é, 417. — Natural a quem pertence, *ib.* Industrial, 418. — Quando se manda separar, e quando se adjudica, 419 e seg. — Como se indemniza, 422. Mixta a quem pertence, 423.
Accessorios que são, 82, 420. — Quaes se entendem legados, ou vendidos, 78 n.
Accidentaes (elementos) dos actos juridicos que são, 104. — V. *Actos juridicos.*
Accrescer (direito de) aproveita aos herdeiros nomeados *conjunctim*, 697. — Quaes se dizem nomeados assim, Not. GG. — Quando tem logar; e não o tendo, a quem cede a porção vaga, 697. — E fundado na equidade natural, 45 3.ª n.
Actos de direito, — juridicos, que são 94. — Sua fórma e

* Extractado, e posto em ordem pelo nosso mais distincto discipulo no curso de 1848, o Sr. Caetano de Seixas Moutinho e Vasconcellos.

especies, 95. — Seus elementos essenciaes, 96 e seg. — Naturaes, 103. — Accidentaes, 104. — V. *Condição, Termo, Causa, Modalidade.*

Actos de direito, seu objecto qual? 98. — Se não contém manifestação da vontade, que direitos e obrigações resultam, 94. — Dos illicitos não podem nascer direitos para seus auctores, mas só obrigações, *ib.*

—— *juridicos* podem reduzir-se a duas classes principaes, 671.

—— Alterada a sua fórma por lei posterior, perderá o acto a validade? Not. A.

Adição da herança que é, 426. — Tacita de que factos se deduz, *ib.* — Retrotrahe-se ao tempo da abertura da successão, 425 — Condicional, *pro parte* não é permittida, 427. — Uma vez practicada, se poderá revogar-se? *ib.* — Pessoas, que a podem fazer, 428. — Tempo de adir, 429. — O juiz póde marcal-o a requerimento dos interessados, *ib.* — A beneficio de inventario, 430. — A favor dos menores sempre se faz assim, *ib.*, 367. V. *Beneficio de Inventario.*

Addição in diem (clausula de). V. *Compra.*

Adjudicação de... V. *Arvores, Predio.*

Adjudicatario não é obrigado a conservar o arrendamento anterior, 840.

Administração de cousa commum como deve ser regulada, 468. — Da sociedade, 74, 863. — Dos bens communs do casal pertence ao marido, 248. — Quando a póde requerer a mulher, 231. — Dos bens do filho-familias, de quaes pertence ao pae, 306, 307.

Administrador de estabelecimentos publicos não póde arrematar por compra, ou arrendamento os bens dos mesmos, 806, 832.

—— de vinculo, seus direitos e obrigações, 516 e seg. — Quanto deve gastar em encargos pios, 498. — E obrigado a servir o estado nas armas ou nas letras, 503. — Se deve usar das armas e appellido do instituidor, *ib.* — Não póde impor servidão, senão por sua vida, 598. — Não pode transigir sem sentença do juiz, 519, 745.

Administrador de capella, quanto deve gastar em encargos pios, 528. V. *Morgado, Capella.*

Adquiridos para a communhão, quaes se computam, 263. — Quaes não, 264 e n. — Por azar da fortuna communicar-se-hão? *ib.* n. — A sua communicação quando cessa, 265. — Como se partem, 266, Not. N.

—— pelo filho com a sua industria, não se conferem, 307, 481. Not. G

Adulterinos (filhos) quaes são, 60. — Como e quando succedem, 340, 341.

Adventicios (bens) *extraordinarios*, quaes são, 305 n. Not. Q.

Advogado antes de acceita, póde reclamar a confissão, que fez nos artigos, 177. — Não póde ser obrigado a jurar sobre a causa, que defende, 184 n. — Não póde escrever contra seus paes, 311. — Prefere para curador na falta do legal, 378. — Seus honorarios por que tempo prescrevem, 465 n.

Affeição. V. *Preço de...*

Affinidade que é, 65.

Aforamento que é, 532. — Natureza deste contracto, 533. — Sua classificação em quanto á duração, 534: — em quanto á fórma da successão, 535 e n.

—— Pessoas, que podem dar, e tomar de aforamento, 536, 537. — Que bens podem ser aforados, 538. — Solemnidades, que exige, e como se prova, 539. — Como se extingue, 540.

—— de predios já cultivados regula-se pelas leis da locação e conducção, 533. — De bens vinculados como deve ser feito, 517. — De bens de igreja, mosteiros, misericordias, irmandades, camara municipal, de passaes como deve ser feito, 536, Not. Y.

—— noticia historica: suas vantagens; legislação antiga e moderna, Not. P.

Aggressão injusta dá direito de defesa, ainda com prejuizo do aggressor, 14, 15.

Agua de rios publicos não navegaveis em que termos póde occupar-se, 413. — Já occupada, sendo superabundante, póde requerer-se que se reparta, *ib* — O direito de occupação dura, em quanto existem vestigios sem provas de abandono, *ib.*

—— de nascentes em terreno publico tambem se póde occupar o uso, 414. — Das chuvas e enxurros compete a cada um na sua testada, *ib.*

—— Não pode cortar-se em prejuizo da fonte publica; mas do vizinho sim, 592.

—— commum, se é diminuta, como se reparte, 470.

Aleatorios (contractos) que, e quaes são, 873.

Aleijão causada por outro como se indemniza, 139.

Alfaias de casa (legado das), que comprehenda esta expressão, 78 n.

Alfinetes que são, e como se processam, 287.

Alhear. V. *Alienar*.

Alienação de direitos que é, 52. — De bens de raiz não pode fazer o marido sem outorga da mulher, 233, 805. — De quaesquer bens a concubina póde a mulher annullar, 232. — Até que tempo póde ser reclamada, 234.

—— de bens quando será permittida á mulher casada, 235.

—— de bens de raiz como póde fazel-a o menor emancipado, 316, 805.

—— (direito de) em que termos pertence ao foreiro, 560.

Alienar que se entende por esta palavra, Not. O.

Alimentos que são, 319. — Seu fundamento, 318. — Aos filhos, na constancia, e depois de dissolvido o matrimonio, por que bens devem ser prestados, 320, 321. — Quando póde o neto pedil-os aos avós, 324. — Aos filhos illegitimos por quem? 325. — Aos ascendentes prestam os descendentes, 326. — No concurso de paes e filhos, a quem compete prestal-os, *ib.* n — Aos irmãos quando compete, 327. — Á mulher casada; ao marido; á viuva quem? 328 e n. — Quando cessa a obrigação de os dar, 328, 329. — Por quem, e com que respeito devem ser arbitrados, 330. — Do orpham taxa o Conselho de familia, 366.

Alimentos provisionaes quando se podem pedir, 331. — Como se processam, 332.

—— Não admittem compensação, 166. — A obrigação de os prestar ordinariamente anda annexa ao direito de successão, 318. — Não vem á collação, 481.

—— corrompidos não se podem vender, 807.

Allodiaes (bens) que são, 89 e n.

Alluvião que é, 417. — A quem pertence, *ib.* e n.

Alma não póde ser instituida por herdeira, 689.

Alpendre sobre a rua, se é licito, 594.

Alternativa. V. *Obrigação*.

Aluguel que é, 831. V. *Renda*, *Locação*.

Alvaras que são, 36 2.° — V. *Emancipação*, *Perfilhação*.

Alveo, que o rio abandona, a quem pertence, 417. — Com prejuizo de outrem não póde mudar-se, 413.

Ameaças, quaes annullam o consentimento, 102.

Amos, seus direitos e obrigações, 856. — Quando podem despedir os criados, 857. — Causas justas para isso, *ib* — Quando respondem pelos damnos causados por elles, 135.

Anatocismo que é; é prohibido, 780. *Juros*.

Animaes que fizeram damno, quem o deve indemnizar, 133 — Quaes se podem adquirir pela occupação, 411. — Por que vicios se podem engeitar os comprados, 815. — Quando se presume terem morrido de molestia anterior, 816. — A ganho. V. *Parceria*.

Anno e dia, que se deverá entender por esta expressão? 50 n.

Antichrese que é, 668. — Sobre bens de raiz exige escriptura, *ib.* — Direitos e obrigações do crédor, 669, 670. — É nulla com a clausula de haver, em salvo, os rendimentos, até se pagar, 670.

Apanagios que são, e em que differem das arrhas, 284. — Bens sujeitos á prestação delles, 286. — Como se processam, *ib.* — A viuva tem o direito de retenção, *ib*

Apégação de bens de prazo, que é, 539 n. — Suas vantagens, 571 n.
Aposta que é, 874.
Appellação da sentença, que julgou as partilhas, 491. — os alimentos provisionaes, 332. Não tem effeito suspensivo.
Approvação do testamento póde ser feita pelos escrivães do juiz de paz, 679 n. V. *Testamento.*
Aqueducto para beneficio da agricultura e industria póde-se obrigar a vender, 591.
Arbitradores. V. *Louvados.*
Arbitramento que é, e quando tem logar, 196.
Arestos, que uso se póde fazer delles, 42.
Argumentos de analogia de maior para menor, ou *vice versa*, qual a sua força, 45 9.ª
Arrhas que são, 282. — Indicam que a mulher renunciou á communhão até dos adquiridos, 257, 262, 281, 282. Não podem exceder a terça do dote, nem a do marido, se tem herdeiros necessarios, 283. — Quando passam para os herdeiros da mulher, *ib.* — Em que bens podem consistir, *ib.*
Arrematação não deve fazer-se do predio, que excede o dobro da divida, 146. — Nem de bens do casal, antes de acabadas as partilhas, por dividas pessoaes dos herdeiros, 491.
Arrematante que não satisfaz, póde ser preso, 170 n. — Deve logo depositar o preço, ou prestar fiança de entrar com elle em tres dias, 827. — Não é obrigado a conservar o arrendamento anterior, excepto de bens nacionaes, 840 e n. — Eis que assignou o auto, por conta delle corre o perigo e commodo da cousa arrematada, 827.
Arrendamento que é, 831. V. *Locação e conducção.*
Arrependimento quando é licito aos contrahentes, 740.
Arresto que é, 51. — Injusto como se indemniza, 141.
Arvores sitas em terreno alheio podem ser expropriadas, 405. — Podem ser plantadas e semeadas nos maninhos conforme as posturas das camaras, 414 n. — Quando cedem ao dono da terra, onde foram plantadas por estranho, 423. — Em que distancia da extrema devem ser plantadas, 593. — Das alheias podem-se cortar as raizes, que penetram no predio, e obrigar a cortar os ramos, que pendem sobre o mesmo, *ib.* — Poderão pedir-se os prejuizos resultantes da sombra? *ib.* n — Se póde cortar as que plantou, o colono de bens de vinculo, 518. — Quaes póde cortar o usufructuario, 613.
Ascendentes quando, e quaes são chamados á successão, 342. — Causas, por que podem desherdar os descendentes, 355. — Não são obrigados á collação, 479. — Se podem vender aos descendentes, 805.
Assentos da casa da Supplicação, que são, e qual o seu uso, 38. — *Domesticos* que prova fazem, 191. —— De nascimento, de casamento, de obito. V. *Registo.*
Assignação de dez dias (acção de) quando tinha logar, e como se processava. Not. I.
Assistentes, como taes podem os crédores figurar nas partilhas, 491.
Assude não é licito abril-o para pescar, 412. — Novo, que prejudica, não é permittido, 413.
Atravessadouro (acção para o abolir), não prescreve, 456.
Attentado em desprezo do embargo feito, 606.
Ausente que é, 66, 393. — Quando se presume morto, 70. — Se apparece, ou seus descendentes, depois de findar a curadoria, quaes os seus direitos, em quanto á propriedade dos bens e rendimentos, 396, 398, 399. — Tem hypotheca simples nos bens do curador, 377, 640.
—— em serviço do estado não corre contra elle a prescripção, 457.
Autoria quando deve a ella chamar o comprador ao vendedor, 813. — O coherdeiro ao coherdeiro, 492.
Avaliação que é, 90. — Póde-se requerer segunda, 91, — De moveis de menos de 15$000 reis chama o escrivão aos louvados, *ib.* — Judicial de moveis como se

faz, 92. — De immoveis, 93. — Dos direitos, das acções, do usufructo, *ib.* n. — Dos damnos, 137 e seg.
Avisos (da secretaria) que são, e força que tinham, 36 n.° 7. V. *Portaria.*

B

Bacharel formado fica legalmente emancipado, 314.
Balcão sobre a rua não se póde fazer sem licença, 594. — A obrigação de desfazer o que está feito, não prescreve, 456.
Baldios podem ser aforados, 471. — Partidos entre os moradores como? *ib.*
Banaes (direitos) que eram; foram abolidos, 542 n.
Banco de Lisboa póde vender os penhores em leilão sem audiencia dos devedores, 631 n.
Banhos. V. *Proclamas.*
Bannido por sentença perde os direitos de portuguez, 201 n. — O patrio poder, 312.
Bastardos (filhos) quaes são, 60. — Não succedem no vinculo, ainda que perfilhados, 513. V. *Naturaes.*
Beiraes do telhado não devem gottejar sobre o predio vizinho, 590 n., 594.
Bemfeitorias que são, e suas especies, 84. — Necessarias sempre se pagam; mas feitas em cousa alheia não póde exigir o ladrão, *ib.* — Voluptuarias, não sendo pagas, quando se podem levantar, 84, 449. — Pedem-se por acção ou por excepção de retenção, 449 n — Não se avaliam pelo que custaram, mas pelo augmento do valor, que dão, 449. V. *Possuidor quaes restitue.*
Beneficio da divisão não aproveita ao corrêo solidario, sendo demandado; nem ao fiador, 119 e n.
—— da ordem que é, e quando aproveita ao fiador, 883. — os commerciantes não gozam delle, *ib.*
—— de inventario que é, 430. — Para que aproveite, que requisitos exige, 431. — Seus effeitos, 432.
—— da separação entre os crédores que é, e quando tem logar, 663. — Quando cessa, *ib.* — Seus effeitos, *ib.*
Bens que são, 76. — Sua classificação em quanto aos possuidores, 86 e seg. V. *Cousas.*
—— no casamento por carta de metade, quaes se communicam entre os conjuges, e quaes não, 243, 244, 245.
—— não partiveis do defuncto passam logo para o successor legitimo, 249. — Quando podem ser retidos, *ib.*
—— de raiz do menor como podem ser vendidos, 367, 807.
Bestas; responsabilidade dos que as tomam de aluguer, 851.
Binubo (pae ou mãe) tem obrigação de deixar aos filhos do primeiro matrimonio os bens, que herdou dos irmãos destes, 45 9.ª n. — 245.
Boa fé em que consiste, 437, 459 e n. — Exige-se no principio, e em todo o decurso da prescripção, 459. — Sempre se presume, 438, 459.
Boticarios: por que tempo deveria prescrever a importancia das suas receitas, 465 n.
Bullas, as despesas, que os paes fazem com ellas, vem á collação, 481.
Bulrão (crime de), quem nelle incorre, 627, 818.

C

Cabeça de casal que é, e quem o deve ser, 474. — Se é menor, a quem compete a administração, *ib.* — Se não quer dar, ou retardar as partilhas, põe-se a herança em sequestro, *ib.* — Seus direitos e obrigações, 475, 476.
—— extraordinario, seus direitos e obrigações, 474. — Serve de lingua na descripção dos bens, *ib.*
—— pena, em que incorre, se deixa de dar alguns bens ás partilhas, 496. — Deve registar os créditos registaveis da herança, 652. — Seus direitos em quanto á venda dos bens do casal: em quanto ás acções, Not. U.
Cabecel do prazo, quando póde o senhorio obrigar os con-

sortes a elegel-o, 545. — Tem o direito de opção, se o senhorio o não quizer usar, *ib.*

Cabidos, seus bens como devem ser aforados, 536, Not. Y.

Caça, animaes, que por ella se podem occupar, e quando se dizem occupados, 411. — Feridos, que se acolhem ao predio murado, *ib.* — Onde é permittido caçar, *ib.*

Caçador deve pagar o damno, que fizer, 411.

Camaras Municipaes, as suas dividas não admittem compensação sem lei, que a determine, 166. — Gozam do beneficio da restituição, 392. — Tem hypotheca simples nos bens dos seus thesoureiros, 640. — Seus bens como devem ser aforados, 536, Not. Y. — Vendidos, 807. — Por que tempo prescrevem, 464. — As suas transacções devem ser confirmadas pelo Conselho de Districto, 745. — Seus vereadores não podem arrendar para si, ou seus familiares, os bens do municipio, 832. — nem aforal-os, 537: — nem compral-os, 806.

Caminho, quando ha obrigação de o dar, 591.

Canon. V. *Foro*.

Canos de despejo, sem prejuizo do vizinho, podem abrir-se, 592.

Capacidade do herdeiro em que tempo se exige, 690. n. — Do testador, 676 n.

Capella que é, quem a póde instituir, e em que bens, 524. — Se vaga, os encargos ficam extinctos, e os bens livres, 525. — Se o encargo é temporario, é um legado pio, 524.

—— administrada por corpos de mão morta não póde ser abolida, 526. — Seus encargos quando podem ser reduzidos, *ib.*

—— vinculada não póde instituir-se sem confirmação do poder legislativo, 528. — Quando póde ser abolida, e os encargos reduzidos, *ib.*

—— não vinculada, os bens são alienaveis e partiveis, 529. — Carecerá de confirmação? *ib.* n.

—— a reducção dos encargos a quem se requer, e quem vigia pela execução delles, 530.

Carniceiros, as dividas da carne, por que tempo deveriam prescrever, 465 n.

Carreteiros seus direitos e obrigações, 851.

Cartas de Lei antigas, sua fórma; modo da publicação, 36 e n.° 3.

—— de naturalização, por quem são passadas, 204.

—— de emancipação ou supplemento de idade, hoje importam o mesmo, 315 n. V. *Emancipação*.

Casa com tudo, que nella se achar (legado ou venda), que comprehende esta expressão, 78 n.

—— ou chão para edificar só póde ser aforado a dinheiro ou aves, 542.

Casado em um logar, se tem animo de alli permanecer, fica sendo vizinho, 69.

Casamento por dote conforme a direito civil não exclue a communhão dos adquiridos, 262. V. *Dote*.

—— por carta de metade; segundo o costume do reino. V. *Communhão*, *Matrimonio*.

Caseiro. V. *Colono*.

Caso fortuito. V. *Acaso*.

Casos solitos e insolitos (renuncia de), seus effeitos, 845.

—— omissos na lei, providencias á cerca delles, Not. B.

Caução que é, e suas especies, 51. — Se a deve o marido pelo dote, 272. — O pae, como usufructuario, ou administrador dos bens do filho, 306. — Quando a póde pedir o proprietario ao usufructuario, 611. — O herdeiro ao legatario, e *vice versa*, 711.

— *de opere demoliendo* quando tem logar, 606.

Causa que é, 108. — Falsa, se prejudica o effeito do acto, *ib.* — Seus effeitos nos testamentos, 703.

Cedencia que é, 155. — De direitos e acções litigiosas não se póde fazer, nem a pessoas poderosas, *ib.* — Seus effeitos para com o devedor, em quanto não foi intimado, *ib.*

—— não póde acceitar o tutor contra o pupillo, 375.

Cedente só garante a certeza da divida, 155.

Cego como póde testar, 675. — Não póde ser testemunha no testamento, 686.

Censo, em geral, que é, 583. — Em que differe da emphyteuse, *ib.* — Em caso de duvida presume-se censo, *ib.*

—— reservativo e consignativo que são, 584.

—— consignativo, requisitos que exige, 585. — Se tem a natureza de mutuo, ou de venda, Not. CC. — Quando se presume usurario, e como se avaliam as medidas, para isso se conhecer, 585. — Por que tempo prescreve, Not. Z. — As dividas atrasadas por que tempo deveriam prescrever? 465 n.

Censos: noticia historica, legislação, e considerações a este respeito, Not. BB.

Censuario quê é, 588. — Seus direitos, 586.

Censuista que é, 583. — Seus direitos, 586. — Que privilegio tem para pagamento do censo, 639, 657.

Cereaes emprestados; vendidos a crédito, por que preço se devem cobrar, 775, 808.

Cessão dos bens, que faz o devedor, que é, 170 n.

Cessões usurarias, meios de as prevenir, 156, Not. H.

Cessionario, que intenta acção cedida, é repellido, dando-lhe o réo o que elle deu por ella, 156. — Quando é que o réo não póde usar deste beneficio, *ib.*

—— é o procurador *in rem propriam*, 799.

Cheia quando desobriga o colono de pagar a renda, 845.

Cidadão portuguez que é, e seus direitos, 200. — Como se suspendem, 202. — Como se perdem, 201.

Cisterna em que distancia do predio alheio se deve abrir, 592.

Clausulas confirmativas quaes são, 108 n.

—— *constituti* que e, 440.

—— de reversão nas doações, 759. — Nos pactos antenupciaes. V. *Pactos.*

—— codicillar. V. *Codicillo.*

Clerigo é excluido da successão do vinculo, 513.

—— (filho de) não succede a pae, nem mãe, 340 n.

Cloaca, juncto do predio alheio, como deve ser construida, 592.

Codicillo que é, solemnidades, que exige, 729 e n.

—— clausula codicillar, quaes os seus effeitos, *ib.*

Codigos modernos, seus characteres distinctivos; uso, que se póde fazer delles, Not. B.

Coelhos são pertenças da coelheira, 79. n. — Que fugiram para coelheira de outrem, se lhe pertencem, 411.

Cognação que é, 61.

Coherdeiro, quando lhe aproveitará o beneficio da restituição concedida ao menor, 388. — Não é responsavel aos crédores pessoaes dos outros, 491. — Tem direito aos titulos dos bens, que lhe tocaram, *ib.* — Quando póde exigir, que os outros lhe garantam o seu lote, 493. — Que privilegio tem pelas tornas e indemnizações, 639.

Couto damnado (filhos de) quaes são, 60. — Quando succedem *ab intestato*, 340. — Sendo perfilhados? 341.

Collação que é, 478. — Que herdeiros são obrigados a ella, 479. — Que bens devem conferir-se, 480. — Quaes não, 481. — Quando em substancia, quando por estimação, e a quem compete a escolha, 483.

—— de prazos, em quaes tem logar, 482.

Collações fazem a bem das legitimas, mas não da terça, 350.

Collateraes quando succedem *ab intestato*, e como, 343.

Collisão de direitos (em) quaes preferem, 49.

Colono de bens vinculados, suas obrigações, 518.

—— de predios frugiferos, suas obrigações, 843 e seg. — quando fique desobrigado do pagamento da renda, 845.

—— de herdades do Alemtéjo, seus direitos e obrigações, 847.

Commisso (acção de), 557. — Quando tem logar, e excepções, que a elidem, *ib.*, 556. — Não se dá contra os herdeiros, 557. — Prescreve por cinco annos, *ib.* — Poderá o senhorio pedir os foros devidos, além da pena? *ib.* n.

Commodato. V. *Emprestimo.*

Commodo, quem o tem, deve tambem supportar os incommodos, 49.
—— *e risco* da cousa vendida de quem é, 818, Not. KK. — Da arrematada judicialmente, 827 e seg. — Da encommenda, ou empreitada, 851, 852. — Dos animaes a ganho, 849. — Do commodato, 772. — Do mutuo, 774. — Do deposito, 785. — Do deposito por consignação, 151.
Communi dividundo (acção de). V. *Compropriedade.*
Communião, ou communicação legal entre os conjuges, que é, 241, 243. — Sempre se presume, casando sem convenção, 241. — Para se dar, o que é necessario, 242. — Se a produz a copula anterior com a concubina recebida á hora da morte, *ib.* n.
—— que bens se communicam, 243, 245 n. — Quaes não, 244, 245. — Que dividas se communicam, e quaes não, 246, 247. — No matrimonio putativo? 254. — Pactos, que a excluem. V. *Pactos antenupciaes.*
—— dos adquiridos sempre se presume, 262. — A simples exclusão da communião não os exclue della, *ib.* e 270. — Quando se entende excluida, 262. — Quando cessa, 265. V. *Adquiridos para a communião.*
—— direitos do marido e da mulher sobre os bens da communião, 231 e seg. — Quando, e como a póde a mulher, ou seus herdeiros renunciar, 252. — Effeitos desta renuncia, 253. — Quando se dissolve, 249.
—— como se faz a contribuição para as dividas, 251. — Os bens como se partem, 250, Not. N. — Variedade de legislação a este respeito, Not. M.
Compensação que é, 164. — Requisitos, que exige, e em que dividas tem logar, 165, 166. — Opéra os seus effeitos *ipso jure*, 167. — Sendo muitas as dividas, em quaes se faz de preferencia, *ib.*
Compossessão que é, 446.
Compossuidores, os actos ou omissões desfavoraveis não prejudicam aos outros, e os favoraveis aproveitam a todos, 446.

Compra e venda que é, 804. — Essenciaes deste contracto, e quando é inválido sem escriptura, *ib.* — De bens de raiz sem pagamento de siza é nulla, *ib.* — Pessoas, que não podem vender, 805. — Que não podem comprar, 806. — Cousas, que podem, ou não, ser objecto deste contracto, 807. — De cousa alheia é nulla; assim como de cousa como existente, que realmente tinha perecido, *ib.* n.
—— obrigação do vendedor, 809 e seg. — Do comprador, 817 e seg.
—— seus effeitos, se foi pura, 818. — Condicional, 819.
—— com a clausula da addição *in diem*, 820. — É posta a favor do vendedor, *ib.*
—— com a clausula da lei commissoria; de cousas moveis fica desfeita *ipso jure*, desde que o comprador não satisfez o preço, 821.
—— com a clausula de retrovendendo, 822. — Se poderá accrescentar-se a condição, que não poderá remir senão com dinheiro seu; ou passados certos annos? 823 n. — Direitos e obrigações do vendedor, *ib.*
—— com a clausula *a contento*, seus effeitos, 824.
—— com a clausula estimatoria, seus effeitos, 825.
—— a propriedade não se adquire senão pela tradição, 409 n., Not. KK.
Comprador, que não succumbiu á evicção, poderá demandar do vendedor outras despesas, além das custas do litigio? 812 n. — Que não chama o vendedor á autoria, poderá depois demandar a evicção? 813 n. — Onde e quando deve satisfazer o preço, 817. — Quando póde retel-o para segurar a evicção, *ib.* — Consignal-o em deposito, *ib.* — Quando deve juros, *ib.* — Se dois compraram a mesma cousa, qual prefere? 818, Not. KK. — Se é obrigado a manter o arrendamento feito pelo vendedor, 840.
Compropriedade, que é? 466. — Sua administração, e uso como se regula, 468. — Como se divide, 469. — A acção para a dividir não prescreve, 456, 467.

Comproprietarios, seus direitos e obrigações, 467 e seg. — A quem pertence a guarda, 468. — Podem licitar na partilha, 484.
Concertos. V. *Reparos*.
Concubina, nada póde receber do concubinario casado, ou seja por doação ou testamento, 690.
Concurso dos crédores, que é, 662. V. *Crédores*.
Condemnados por sentença, que alienam bens, podem ser presos, 170 n. — A trabalhos publicos; a prisão de mais de dez annos perdem o patrio poder, 312. — Quaes não podem testar, e quando só da 3.ª? 676.
Condição que é, e suas especies, 105. — De nunca dividir é nulla, 467.
—— impossivel imposta ao herdeiro ou legatario, tem-se como não escripta, 699. — A inutil e irrisoria depois de julgada tal por sentença do juiz, *ib.*
—— *si non nupserit; si in viduitate permanserit*, seus effeitos nos testamentos, 699.
—— resolutiva, seus effeitos na herança, ou legados, 701. — Na compra e venda, 819.
—— suspensiva, seus effeitos nas heranças, ou legados, 700, 710. — Na compra e venda, 819.
—— potestativa, seus effeitos nas heranças, 700.
Conducção. V. *Locação*.
Conductor, que é, 831. — Quando póde resilir do contracto, 834. V. *Locação*, *Colono*.
Confessoria (acção) quando tem logar, 603.
Confisco (pena de) está abolida, 726. n.
Confissão que é, 176. — Judicial, quando tem logar, e por que motivos póde ser reclamada, 177. — Que o advogado fez nos artigos, *ib.* — Extrajudicial, casos em que tem logar, e que prova faz, 178.
—— de emprestimo, que se não recebeu, até quando póde ser reclamada, 776.
Conflicto. V. *Collisão*.
Confrarias. V. *Corpos de mão morta*.
Confusão que é, e requisitos, que exige, 168. — De

obrigação solidaria, se aproveita aos condevedores, *ib.* — Desapparece, eis que o acto, que a produziu, se resolve, *ib.*
Conjuges que são, 205. — Seus direitos e obrigações, 228 e seg. — Quando communicam os bens. V. *Communião*.
—— não podem transigir sobre a validade do matrimonio, 746.
—— sobrevivo continúa na posse antiga, em quanto não se ultimam as partilhas, 249. — Quando succede *ab intestato*, 345. — A restituição concedida a um aproveita ao outro, ainda que maior, 388. — Acção, que um tem contra o outro, não começa a prescrever, senão dissolvido o matrimonio, 457. — E contra terceiros? *ib.*
Consanguineos (parentes) quaes são, 64.
Consanguinidade que é, 61.
Conselho de familia que é: sua organização, e pessoas, que delle são excluidas, 363. — A sua reunião quando deve ter logar, 364. — Suas resoluções: que requerem para serem legaes, 365. — Suas attribuições, quaes, 366, 367.
—— judiciario ao interdicto, suas attribuições, 384.
Consentimento que é, 99. — Quando é o silencio signal delle, *ib.* — Que requisitos exige, 100. — Quando se diz defeituoso, 100 e seg. — Effeitos do viciado, 736.
—— dos superiores, para casar, quando é necessario, 222. — Que pena importe a falta delle, *ib.*, 329, 355. — Como se suppre, e causas, por que o juiz deveria negar o supprimento, 223 e n.
—— da mulher para negocios do casal, como se suppre, 233. — Effeitos da sua falta, 234.
—— do conselho de familia para negocios do menor, 366 e n., 367.
—— dos filhos, e mais descendentes para validade das vendas feitas pelos paes aos outros filhos, 805.

Consignação que é, e seus effeitos, 150, 151. V. *Pagamento por consignação.*
Consignativo. V. *Censo.*
Consolidação (direito de) que é, 554. — Por caducidade, em que prazos e casos tem logar, 555. — Por commisso quando, 556. — Que bemfeitorias repõe o senhorio, 558.
Constituinte que é, 792. V. *Mandato.*
Contas, quando, e como as deve prestar o tutor, 377. — A acção de as pedir, por que tempo prescreve, *ib.* — Que o pae deve prestar, como tutor do filho, em que termos se entende, *ib.* n. — Deve dar o testamenteiro, 723. — Os socios, 866.
Contracto que é, 733. — Sua classificação, 734. — Tractado por missiva ou mensageiro, desde quando é obligatorio, 733. — Quando depende das solemnidades externas para a sua validade, 738. — Sobre bens de raiz, presume-se que as partes quizeram, que fosse feito por escripto, *ib.* — Seus effeitos em quanto aos herdeiros, e a terceiros, 741. — Se nelles interveio dolo, violencia, lesão, 736. — Feitos com menores e interdictos não póde a outra parte impugnar, 373, 382. — Entre preso e a parte, que requereu a sua prisão, sem assistencia do juiz é nullo, 736. — Regras sobre a sua interpretação, 110. — Se foram alterados por lei posterior, por esta se regulam os effeitos remotos, os immediatos pela anterior, Not. A. V. *Garantias*, *Vicios redhibitorios.*
Contrariedade que é, 172.
Convenções, requisitos essenciaes para a sua validade, 22. — Entre nós tomam-se como synonymas de contracto, pacto, estipulação, 733 n.
Copula carnal é necessaria para haver communião, 242 e n. — Se a anterior com a concubina recebida á hora da morte a produz, *ib.*
Corpos de mão morta que são, 73. — Não podem adquirir bens de raiz, 75, 409, 806. — Gozam do beneficio da restituição; 392. — Não tem o direito de opção, mas delle podem usar os membros, de que se compõem, 550. — Não podem receber legados universaes, 689. — Seus bens como podem ser vendidos, 807. — Aforados, 536, Not. Y.
Costumes. V. *Direito consuetudinario.*
Cousas que são, 76. — Sua classificação, 77 e seg. — Quaes não podem ser objecto de direito, 76.
—— sagradas não podem ser alienadas, 88. — Nem se adquirem pela prescripção, 456.
—— *nullius*, *derelictas*, que são, 89 n.
—— incorporeas, contam-se entre as moveis ou immoveis, segundo a natureza do objecto, 80.
—— litigiosas não podem vender-se, 807.
—— perdidas, como, e quando se adquirem pela prescripção, 416.
—— furtadas ou tomadas com violencia, por que tempo prescrevem, 463.
Crédor que é, 112 e n. — Que recusa passar quitação, o despacho do juiz, que a isso o condemna, suppre a falta, 148. — Pena do que pede a divida antes de tempo, 147. — Será obrigado a acceitar a divida de qualquer, que se offerece a pagar em nome do devedor? 152 n. — De herança vaga não é pago sem ordem do thesouro, 346 n. — Póde revogar a doação feita em prejuizo do seu crédito anterior a ella, 762. — Póde oppor-se á renuncia, que faz o devedor, do usufructo, 620. — Não é obrigado a acceitar os bens separados em inventario para pagamento, mesmo com abatimento da quinte parte, 489. — Pessoal dos coherdeiros não póde fazer arrematar bens antes das partilhas, mas póde assistir como oppoente, ou assistente, 491.
—— solidario póde pedir a divida a qualquer dos devedores, 119. — Depois de demandar um, desistir, e demandar outro, *ib.* — Quando se entende haver renunciado á solidariedade, *ib.*
Crédores, como devem habilitar-se para entrar em con-

curso, 662. — Os não habilitados podem protestar; effeitos do protesto, *ib.* — Se por impedimento não concurreram, nem protestaram, ainda têm acção ordinaria de preferencias, *ib.* — Quando podem recurrer ao beneficio da separação, 663.

Crédores como se graduam nas preferencias, 654 e seg.

—— em razão do dominio quaes são, 655.

—— privilegiados sobre todos os bens do devedor, e se os bens não chegam, como preferem entre si, 656. — Sobre certos moveis, 657. — Sobre certos immoveis, 658, 639.

—— que preferem ao thesouro, 664 n., 666, 667.

—— hypothecarios simplices como se graduam, 659. — Com vencimento de juros, se deverão estes ser collocados no mesmo grão do capital, 659 n.

—— chirographarios quaes são, e como se graduam, 660.

—— de rateio quaes são: não preferem, recebem *pro rata*, 661.

—— antichretico, seus direitos e obrigações, 669, 670. V. *Antichrese.*

Criações, que são, 319 n. — De leite deve a mãe prestar, 321. V. *Alimentos.*

Criados não podem ajustar-se por toda a vida, 855. — Em falta de convenção, por que tempo se entende que se ajustaram, e como se arbitram as soldadas, *ib.* — Quando se presume ajuste tacito, e quando acaba, *ib.* — Seus direitos e obrigações, 858. — Quando podem despedir-se, e causas justas para isso, 859.

Crias dos animaes são do dono da mãe, 423.

Culpa que é, e suas especies, 126. — A culpa lata é equiparada ao dolo para o fim da indemnização, *ib.* — Regras á cerca da reparação da leve e levissima, *ib.* — Objecções, e justificação desta graduação, Not. F.

Cultura de bens de prazo se póde ser mudada pelo foreiro, 559. — De bens de vinculo pelo colono de mais de trinta annos, 518. — Pelo usufructuario, 619.

—— (despesas da), que se devem, são privilegiadas, 639, 657, 658.

Curador do menor, que é, e suas attribuições, 378. — Deve registar a hypotheca do tutor em favor do pupillo, 652.

—— ao ventre, nomeia o Conselho de familia, quando a viuva ficou gravida, 361.

—— *ad litem ad hoc*, quando se nomeia, 378.

—— á herança vaga deve nomear o juiz, 346. — Á herança jacente, 425 n.

—— provisorio do ausente, quem o deve ser, e seus direitos e obrigações, 395 e seg. — Se lhe aproveitará a prescripção, 398 e n.

Curadoria dos bens do ausente, ordinaria quando tem logar, 394. — Provisoria quando; a quem compete, e como se processa, 395. — Effeitos da sentença, que a defere, 396. — Particularidades desta curadoria, 397. — Quando termina, 398.

Custas judiciaes feitas para conservação e apuramento dos bens da massa são privilegiadas, 656.

D.

Damno emergente que é, 122. V. *Perdas e interesses.*

—— é mais favorecido quem tracta de o evitar, do que quem tracta de tirar lucro, 49. — Sem culpa nossa repara-se até concurencia do proveito, 20.

—— causado pelo mandatario, quando responde o mandante: causado pelo filho-familias, responde o pae: pelos apprendizes, os mestres: pelos domesticos, feitores ou caixeiros, os amos e patrões, 135. — Feito por animaes irracionaes, por edificio que se arruinou, quem o indemniza, 133. — Por dolo ou culpa lata deve-se completa indemnização de perdas e interesses: por culpa leve e levissima só a das perdas, 136, 137. — Feito por acinte póde-se pedir o preço de affeição, 137.

Decima, se o foreiro a pagou pelo senhorio, abate-se no fôro, 559. — Quem a paga por outro fica subrogado nos direitos do thesouro, 153.

Decreto que é, 27, 36, n.° 4.
Defeitos. V. *Vicios redhibitorios*.
Defesa. V. *Direito de* ...
Deformidade, que resultou de um ferimento, toma-se em conta para a indemnização, 139.
Degradado onde tem domicilio, 68.
Delegação que é, 161. V. *Novação*.
Delegado deve promover o registo das hypothecas dos que são responsaveis ao thesouro, 652.
Delicto que é, 132; por onde se regula a pena, se foi alterada por lei posterior, Not. A.
Demarcação dos predios, como se deve fazer, e quem paga as despesas, 472.
Demonstração falsa, quando annulle a disposição, 703.
Denuncia do vinculo, da capella, quando tem logar, e como deve ser dada, 515, 530 n.
Deponente. V. *Deposito*.
Depositario, que não entrega o deposito, póde ser preso, 170 n., 786. — Tem privilegio sobre o deposito pelas despesas, que fez, 657.
—— judicial de cousa litigiosa, quando póde exonerar-se? 789. V. *Sequestro*.
Deposito em geral, e suas especies, 782. — Propriamente dito, que é, e seus requisitos essenciaes, 783. — Pessoas, que o podem contrahir, 784. — Obrigações do depositario, 785, 786. — Do deponente, 787. — Se algum delles é incapaz? 784.
—— necessario que é, 783. — Suas obrigações, 788.
—— não admitte compensação, 166.
—— requer a mulher de sua pessoa, no caso de separação por sevicias, 238.
Descendentes, quaes são chamados á successão, e como succedem, 338. — Causas, por que podem desherdar os ascendentes, 356.
—— illegitimos, quaes, e quando são chamados á successão, 339 e seg.
Desherdação que é: para sua validade que se requer,

354. — Justas causas para ella, 355, 356. — A simples reconciliação não a invalida, 354.
Desherdado legitimamente, entende-se tambem excluido da successão do prazo, 564; mas não do vinculo, 513.
Designação do successor não póde ser deixada á escolha de um terceiro, 693.
Despejo antes de findar o arrendamento, quando tem logar, 842 a 847.
Despejos por damno causado com elles, quando respondem os amos, 135.
Despesas funerarias, da ultima molestia, da cultura, colheita, para adquisição, concertos ou conservação, são privilegiadas, 656, 657. V. *Bemfeitorias*.
Detentor simples que é, 434. — Seus direitos e obrigações, 447.
Deteriorações que são, 85. — O possuidor de boa fé não é responsavel por ellas, 449. — De má fé pelas de culpa levissima e acaso, *ib.*
Devedor que é, 112 e n. — Da herança satisfaz pagando ao cabeça de casal, 145. — De cousa certa, entregando-a no estado, em que se acha, 146. — Só determinada pela especie, não é obrigado a dar a melhor, *ib.* — Que paga antes de tempo, se póde repetir o que pagou, 147. — Demandado pelo cessionario, como póde satisfazer, 156. — Casos, em que póde ser preso, 170 n. — Não póde fundar-se na prescripção para repetir o que pagou, 455.
—— solidario satisfaz pagando a qualquer dos crédores; mas demandado por um, já não póde pagar aos outros, 118. — Não póde recorrer ao beneficio da divisão, 119. — Póde oppor as excepções da natureza da obrigação, mas não as pessoaes dos outros devedores, *ib.* — Poderá offerecer em compensação o que o crédor deve a outro dos condevedores? *ib.* e n.
Devolução do vinculo ou da capella ao thesouro, quando tem logar, 514, 525.
—— do prazo ao senhorio. V. *Consolidação*.

Dia, differença entre o natural e o civil, 50. — O da assignação do termo não se conta, *ib.*
Direito, suas differentes accepções, 1.
—— civil que é, 30. — Suas differentes accepções, 33 n.
—— consuetudinario, para fazer lei, que requisitos exige, 39. — Se póde antiquar lei escripta, *ib.* n.
—— romano, canonico, em que termos são subsidiarios, 40, 41, Not. B.
—— como faculdade moral, que é, 46. — Seus elementos, 47.
—— singular que é, 48.
Direitos naturaes: de liberdade, 13. — De defesa, e seus limites, 14, 15. — De propriedade, 16. — De igualdade, 18.
—— como se devem exercer, e tempo legal para o seu exercicio, 49, 50. — Como se conservam, 51. — Como se extinguem, 52.
—— politicos, civis, que são, 200. — Quando se suspendem, 202. — Como se perdem, 201.
—— reaes, pessoaes, que são, 47. — Não podem ter por objecto, senão cousas ou factos, 400 n. — Classificam-se como moveis ou immoveis, segundo a natureza do seu objecto, 80. — Para alguns effeitos formam uma terceira especie de bens, *ib.* — Litigiosos não se podem ceder, 155, 807. — Dominicaes. V. *Dominio directo.*
Dispensa dos impedimentos do matrimonio; considerações sobre esta materia, Not. L. V. *Impedimentos.*
Disposição da lei que é, 2. — Das imperativas e prohibitivas não se póde revogar por convenção, 32. — Das facultativas, em que termos, *ib.* — Expressa; segue-se á risca, ainda que pareça opposta á equidade, 45. 4.ª
—— dos bens no testamento, 687 e seg. — Se a sua fórma foi alterada por lei posterior, por qual se regula, Not. A.

Dissenso mutuo que é, e quando tem logar, 170.
Distracte da divida quando deve ser feito por escriptura publica, 148 n.
Distribuição da herança. V. *Herdeiros.*
Dividas quando se presumem pagas, 148. — Em quaes tem logar a compensação, e em quaes não, 165, 166. — Quaes se communicam entre os conjuges. V. *Communião.*
—— a quaes estão sujeitos os bens dotaes, 274, Not. O. — A quaes os prazos, 582. — A quaes os vinculos, 521. — Litigiosas não podem ser objecto de contracto, 155, Not. H.
Divisão. V. *Partilhas*, etc.
Divisivel. V. *Obrigação.*
Divorcio. V. *Separação dos conjuges.*
Doação em geral que é, 750. — Interpreta-se a favor do doador, *ib.*
—— regula-se pela lei, que vigorava ao tempo, em que foi feita, e não pela posterior, que a alterou, Not. A.
—— *inter vivos* que é, 751. — Se a acceitação do tabellião é bastante para que fique perfeita, *ib.* n. — Se o doado ou doador morrerem antes da acceitação, poderão os herdeiros acceital-a ou retractal-a? *ib.* — Que pessoas podem doar, e a quem, 752. — Bens, que podem ser doados, 753. — Os futuros não se comprehendem, se não houve declaração expressa, *ib.* — Sem reserva do necessario para a subsistencia do doador é nulla, *ib.* — Geral com reserva de alguns bens, sem declarar quantos, entende-se reservada a 3.ª, *ib.* — Da 3.ª do pae ou da mãe subentende-se reservada a 3.ª da 3.ª, *ib.* — A quem pertence a reserva, *ib.* — Dos bens futuros com reserva do usu fructo não comprehende os adquiridos com elle, *ib.* e n.
—— como se prova, 754. — Como se revoga, 759. — Por ingratidão; *ob paupertatem*, 760 e n. — Por supervenientia de filhos, 761. — Por inofficiosa: em prejuizo dos crédores anteriores a ella, 762.

Doação quando precise de insinuação. V. *Insinuação.*
—— *mortis causa* que é, 751. — Pessoas, que podem doar, e a quem; requisitos, que exige; quando caduca; e como se revoga, 763. — É *inter vivos*, se o doador promette não a poder revogar, *ib.*
—— para casamento, não se annulla por falta de acceitação, nem se rescinde por ingratidão, e subentende-se a condição tacita, se casarem, 764.
—— *inter vivos* está sujeita ás regras desta, 765. — *Causa mortis* constitue pacto successorio, nem caduca, se do matrimonio ficou posteridade, 765, Not. HH.
—— seus effeitos, sendo *causa mortis*, 766.
—— entre esposos para casamento, quando se revoga e caduca, 767.
—— entre marido e mulher é revogavel até á morte do doador, 768. — Como se annulla e rescinde, *ib.*
—— inofficiosas que são, 353. — Em quaes se desfalca para satisfacção das legitimas, *ib.*
—— gratuitas e immensas de bens moveis póde a mulher imputar na meação do marido, 232. — Annullar a de quaesquer bens, feita á concubina, *ib.*
Doado que é, 750. V. *Doação.*
Doador que é, 750.
Documento que é, 53.
Doença (as despesas da ultima) gozam de privilegio, 656.
Dolo que é, 101, 125. — A lei nunca o auctoriza, 45, 10 n. *a.* — É invalido o pacto de não responder por elle, 125. — não se presume, 101. — Principal annulla o acto, o incidente dá direito á indemnização, *ib.* — De terceiro annullará o pacto? 736. — Seus effeitos nos contractos, *ib.* — Na transacção, 747.
Domicilio que é, 66. — Effeitos, que produz, 68 n.
—— voluntario como se adquire e conserva, 67. — Não têm os estudantes no logar, onde estudam, *ib.* n. — Dois domicilios póde alguem ter? 68.
—— necessario, que pessoas o tem, 68.
Dominio pleno, menos pleno, que é, 401.

Dominio directo, util, em que consiste, 532. V. *Propriedade.*
Donatario de bens da corôa não póde casar sem licença do rei, 222.
Dono do predio. V. *Senhor.*
Dotado, escolha que lhe pertence para salvar a doação de inofficiosa, 353. — Se póde validamente renunciar á successão, Not. HH.
Dotador, suas obrigações, 271. — Quando responde pela evicção, *ib.*
Dotaes (bens) que são, 267. — Quaes se reputam sel-o, 270, 273. — Podem ser dados em dote aos filhos do mesmo, ou de anterior matrimonio, consentindo o marido, 274. — Casos, em que podem ser alienados, trocados, e a quem para isso se deve requerer, *ib.*, Not. O. — Alienados, quando, e como póde a mulher, ou marido reivindical-os, 273. — Não podem ser executados pelas dividas do casal, excepto se foram feitas para alimentos da familia, 274. — E dissolvido o matrimonio, pelas que a mulher assignou? *ib.*, Not. O.
Dote que é, 267. — Requisitos, que exige para sua validade, 268.
—— profecticio, adventicio, estimado, inestimado, *ib.* 269. — Effeitos desta distincção, 272.
—— que póde ser objecto delle, 270. — Desde quando se deve, 271. — Feito pelos paes, á conta de que bens se entende, 271. — Promettido sem declarar quanto, como se liquída, *ib.* — Clausulas dotaes permittidas, 281. — Favores, que lhe são concedidos, 272, Not. O e M. — Direitos e obrigações do marido á cerca delle, 272. — Quando, e como deve ser restituido, 276 e seg.
—— inofficioso, escolha, que tem o dotado, para se calcular se o é, 353.
Doutoramento do filho, as despesas, que os paes fizeram com elle, vêm á collação, 481.

E.

Ecclesiasticos (bens) como podem ser alienados, 88. V. *Corpos de mão morta.*

Edificio, que ameaça ruina, póde seu dono ser obrigado a demolil-o, 404. — E será responsavel pelo damno, que causar? 133. — Construido em terreno alheio com materiaes proprios, a quem pertence, 421. — Se os materiaes eram alheios, não se reivindicam, *ib.* — Feito por quem tem o dominio resoluvel do solo, segue a propriedade, *ib.*

Educação, a despesa, que os paes fazem com a dos filhos, não vem á collação, 481.

Effeito retroactivo. V. *Retroactividade.*

Effeitos moveis (legado dos), que comprehende esta expressão, 78 n.

Egressos são excluidos da successão legitima, 344. — Não da testamentaria, 689. — Podem testar, 676.

Eira não deve ser privada do sol, nem do vento por obra do dono do predio vizinho, 594.

Eirado, que deita sobre predio alheio, em que distancia deva fazer-se, 594.

Elementos dos direitos — dos actos juridicos. V. *Actos.*

Emancipação que é, 313. — Legal, casos, em que se verifica, 314, Not. R. — Solemne, requisitos, que exige, 315. — Para matricula commercial bastam 18 annos, *ib.* — A quem se deve requerer, *ib.* — Direitos de sello, que paga, *ib.* n. — Se a induz a economia do filho em separado do pae; ou o exercicio do emprego publico? Not. R. — Seus effeitos, 316.

Emancipado solemnemente, que actos não poderá practicar, em quanto não tiver 25 annos? 316. — Pela lei, ficará tambem inhibido de alguns, em quanto não tiver aquella idade? *ib.* n. — Pela maioridade, deverá reputar-se socio, se continuar a viver e trabalhar na companhia do pae; tomar conta dos adventicios; e receber o usufructo? Not. R.

Embarcações. V. *Navios.*

Embarcadiço quando se presume morto, 70.

Embargo de obra nova que é, 604. — Quando tem logar, e a quem compete, 605. — Como se processa, 606. — Em prejuizo do publico compete a qualquer pessoa do povo. V. *Arresto.*

Embargos do inquilino contra a ordem de despejo, quando se recebem suspensivamente, 842.

Embrião. V. *Posthumo.*

Emenda das... V. *Partilhas.*

Emphyteuse: emphyteuta. V. *Aforamento*, *Foreiro.*

Emprazamento. V. *Aforamento.*

Empregado vitalicio onde tem o domicilio, 68.

Empreitada, direitos e obrigações dos empreiteiros, e do dono da obra, 852, 853. — Não se rescinde por lesão enorme, 737.

Empreiteiros têm privilegio sobre o objecto da empreitada para se pagarem do ajuste, 639.

Emprestimo de cousas não fungiveis, que é: essenciaes deste contracto, 770. — Obrigações do commodante e commodatario, 771 a 773. — Sendo muitos, são solidarios, *ib.*

—— de cousas fungiveis que é, e sua natureza, 774. — Obrigações do mutuario e do mutuante, 775. — Como se prova, 776. — Contrahido por escriptura, e não recebido, como, e até quando póde reclamar-se, *ib.*

—— de pão, por que tempo dura a obrigação de dar a especie: e o preço, por que depois se paga, 775. — De outros generos, como se satisfaz, *ib.*

—— a filhos-familias é nullo, mas pagando-se, não se póde repetir, 778. — Casos, em que se póde repetir do pae, *ib.*

—— de dinheiro, em que moéda se satisfaz, e alteradas as moédas, sobre quem pesa a differença do cambio, 781.

—— a juros não póde ser por menos de um anno, 775. V. *Juros.*

Encampação da cousa comprada quando é permittida, 816.
Encargos, se os não satisfaz o herdeiro, caduca o testamento, 725.
—— pios. V. *Vinculo*, *Capella*.
Encravado. V. *Predio*.
Engeitar cousa comprada; quando é permittido, 815 e 816.
Enterro. V. *Despesas do...*
Entrega da cousa vendida, onde e como deve ser feita, 809. — Do preço, 817.
Enxame, se o dono da colmeia o não segue, é de quem o apanha, 411.
Enxurros. V. *Aguas*.
Epocha da mora. V. *Mora*.
Equidade que é, 10. — Deve ser accommodada ao systema das leis, e á natureza do negocio, 45 3.ª
Erro ou *ignorancia* que é, e suas especies, 100. — Seus effeitos nos actos juridicos, *ib.* — nos contractos, 736 — nas transacções, 747. — Quem o allega, deve proval-o, 100. — Consideração á cerca delle, Not. D.
—— de contas não induz nullidade, emenda-se, 747.
Esbulho (acção de) quando tem logar, 453.
Escada sobre a rua, como é licito fazel-a, 594.
Escambo. V. *Permutação*.
Escolha a quem pertence, se a obrigação é alternativa, 114. — Se o legado é de especie, ou de uma cousa, de que ha muitas na herança, 708. — Que tem o filho dotado, 353.
Escravos, entre nos, onde se toleram, e seus direitos, 55 n.
Escriptos particulares de pessoas condecoradas, são insufficientes para se constituir hypotheca, 637 n. — Que o inquilino é obrigado a pôr nas casas, 841. V. *Instrumentos*.
Escriptura publica, requisitos geraes, que exige, 188. — É essencial nos esponsaes, 208. — Nos contractos antenupciaes, 256, 268. — Na emphyteuse ecclesiastica, 539. — Nas doações insinuaveis, 754. — Em outros quaesquer contractos, em que se convem fazel-a, ou é de uso, 738. — Como meio de prova, considerações á cerca della, Not. I.
Escrivães são responsaveis ás partes pelos prejuizos, que causaram por dolo, erro, ou culpa, 133. — Não podem comprar, ou arrematar os bens de menores, 375, 806. — Seus salarios por que tempo prescrevem, 465 n.
Especie, em que sentido se toma, ás vezes, em direito esta palavra, 81 n.
Espirito da lei em que consiste, 45 1.ª
Espolio. V. *Esbulho*.
Esponsaes que são, 206. — Quem os póde contrahir, 207. — A escriptura publica é essencial; solemnidades, com que deve ser feita, 208. — Como se dissolvem, 210. — Como podem ser retractados, 211. — Diversidade dos effeitos, que resultam, 212. — Se o menor os pode rescindir pela restituição *in integrum*, 391.
—— (acção do) por que tempo prescreve, e o que se póde pedir, 209 e n.
Espurios (filhos) que são, 60. — A quem succedem *ab intestato*, 340. — Perfilhados por alvará, 341 — e por sentença? 300 n. — Concurrendo, com naturaes, preferem estes, 341. — Quando não poderão ser instituidos? 690.
Essenciaes (elementos). V. *Actos juridicos*.
Estabelecimentos publicos gozam do beneficio da restituição, 392. — Seus bens como devem ser aforados, 536, Not. Y. — Não podem ser vendidos sem auctorização do governo, 807.
Estado natural das pessoas que é, 55. — Suas differentes relações, 56 e seg.
—— civil que é, 55. — Suas differentes relações, 59 e seg. — Qual o effeito da lei posterior, que o altera, Not. A.
Estalajadeiros, suas obrigações, 788. — Têm privilegio sobre os effeitos, que recolhem, para pagamento das despesas do viajante, 657.

Estampas obscenas não podem vender-se, 807.
Esterilidade póde dispensar o foreiro de pagar o foro, 546 — o colono a renda, 845.
Esterqueira não deve prejudicar ao vizinho, 592.
Estimação não póde dar-se em logar da cousa devida, se ella existe, sem consentimento do crédor, 121.
Estradas, para se abrirem, póde qualquer ser expropriado do seu terreno, 404.
Estrangeiros, seus direitos, 203. — Como se naturalizam, 204.
Estudantes, seus paes são obrigados a pagar o dinheiro, que se lhes deu por conta da mezada, 778. — Não têm domicilio no logar, onde estudam, 67 n.
Estudo, os gastos com elle não vem á collação, 481.
Evicção que é, 811. — Quando a presta o vendedor, 812. — Quando cessa esta obrigação, 814. — Quando a presta o dotador, 271. — Não a presta o crédor, que vendeu o penhor, 631. — Tem logar em todos os contractos onerosos, 743. — Nos arrendamentos ou cedencias de rendas, Not. LL. — A acção não começa a prescrever, senão depois que a cousa foi evicta, 457.
Excepção que é, e suas especies, 172.
Executado que obteve embargos depois da arrematação, até que tempo póde repetir os bens arrematados, 408, 827. — Continúa na posse dos bens sequestrados, em quanto se não arrematam, 443. — Não póde vender os bens penhorados sem consentimento do exequente, 805.
Exposto, aquelle que o creou até 7 annos sem paga, póde servir-se delle outros 7 sem soldada, 855 n.
Expromissão que é, 161. V. *Novação*.
Extincção. V. *Perda*.
Extradotaes (bens) que são, 267.
Extravagantes (leis) que são, 36 e seg.

F.

Factos illicitos que são, 132. — V. *Indemnização*.

Fallido não póde vender, 805. — Se o está o comprador, o vendedor póde reter a cousa vendida, até que aquelle preste caução, 809. — E nulla a hypotheca por elle constituida nos vinte dias precedentes á abertura da fallencia, 636.
Familia que é, e suas differentes relações, 60 e seg.
Fazenda nacional, seus privilegios em quanto á cobrança dos impostos, 665: — ás dividas dos contractadores e empregados, 666: — ás custas judiciaes, multas e penas pecuniarias, 667 e n. — Goza da restituição *in integrum*, 392. — Suas dividas por que tempo prescrevem, 465.
Ferido em batalha, quando se presume morto, 70.
Ferimentos como se indemnizam, 139.
Fiador, quem o póde ser, 882. — Quando lhe aproveitará o beneficio da restituição concedida ao devedor, 388. — Se fica alliviado pela transacção, 748.
Fiança que é, e suas especies, 880. — Natureza da convencional, 881. — Effeitos da fiança entre o fiador e crédor, 883 — entre o fiador e devedor, 884 — entre os confiadores, 886. — Quando se extingue, 887. — Do marido, quando é que obriga a meação da mulher, 232.
Fideicommissario que é, 718. — Poderá pedir a herança, se o fiduciario morre antes do testador? 719 n. — Seus direitos e obrigações, 718.
Fideicommisso quando se extingue, 719. — Cessa na parte, em que offender a legitima do fiduciario, *ib.* — Fideicommisso de fideicommisso será licito? *ib.* n. — Deixado a um dos conjuges, mas não recebido na constancia do matrimonio, não se communica, 245.
—— de familia, não se entende estabelecido pela clausula de reversão, 261.
Fiduciario que é, 718. — Seus direitos e obrigações, *ib.* — Poderá alienar? *ib.*
Filhos, suas differentes classificações, 60. — Filhos-familias, quaes o são, 302. — Suas obrigações para com os paes, 311. — De que bens podem testar, 676. —

Presos poderão implorar o officio do juiz, para que o pae lhes assigne por conta da legitima com que se possam livrar? 309 n. — Acções, que tem contra o pae, ou contra terceiros, quando começam a prescrever, 457.

Filhos do 1.° matrimonio que vantagens têm, 295, 245, 576.

—— quando perdem o direito aos alimentos, 329. — Casados ficam legalmente emancipados, 314. — De mulher casada presumem-se do marido, ainda que ella o negue, 289. — De mulher solteira e homem casado succedem á mãe, e aos parentes desta, 340.

—— quando tomam conta dos bens, devem conservar os arrendamentos anteriores, que não excederem a tres annos, 840.

Filiação legitima que é, 289. — Como se prova, 293. V. *Paternidade.*

—— illegitima como se prova, 300.

—— (acção de) compete aos filhos e ás mães, 300 e 301.

Fim. V. *Modo.*

Finium regundorum (acção de). V. *Demarcação.*

Fiscaes das camaras, e outros estabelecimentos, devem promover o registo das hypothecas dos que são responsaveis aos mesmos, 652.

Fonte publica, não é permittido cortar a veia, que a mantem, 592.

Fontes de direito civil com força de lei, 34 e seg. — subsidiarias, 40 e seg., Not. B.

Força nova e velha (acção de), 453. V. *Esbulho.*

—— maior. V. *Acaso.*

Foreiro que é, 532. — Devedor de rações, se não cultiva, indemniza o senhorio, 543. — Livra-se do foro entregando o prazo, 540. — Não o póde dividir sem consentimento expresso ou presumido do senhorio, 560. Seus direitos, 559 e seg. V. *Alienação, Nomeação*, etc.

Formalidades externas, quando é que a falta dellas annulla o acto, 95.

Foro que é, 541. — Qual deve ser a sua qualidade, e se póde ser subrogada por outra, 542. — A sua quantidade como deve regular-se, 543. — Tempo, logar e medida, por que deve ser pago, 544. — Dividindo-se o prazo, como se rateia entre os consortes, 545. — Por equidade, quando se releva o pagamento; e quando se póde requerer a reducção, 546. — Na renovação não se póde augmentar, 570, Not. AA. — O seu pagamento regular, quando géra presumpção de aforamento? 539. — Por que tempo prescreve, Not. Z. — As dividas atrasadas por que tempo deveriam prescrever? 465 n.

Fraude. V. *Dolo.*

Freiras não succedem *ab intestado*, nem em testamento; mas podem receber tenças vitalicias, 689, Not. C.

Frétes, o crédor delles tem privilegio sobre as fazendas transportadas, 657.

Fructos que são, e suas especies, 83. — Quaes deve restituir o possuidor de boa fé, 448. — Quaes o de má fé, *ib.* — Por que preço os deve pagar o rendeiro moroso, 838.

—— do dote como se rateiam no ultimo anno do matrimonio, 278 e n.

—— do predio arrendado, nelles tem o senhorio privilegio para se pagar da renda, 657.

—— posteriores á venda pertencem ao comprador, 809.

Funeral. V. *Despesas.*

Fungiveis, *não fungiveis* (cousas) que são, 81. — Se aquellas poderão reivindicar-se? 408.

Furioso, damno feito por elle, quando se indemniza, 134. — Não póde ser testemunha, nem fazer testamento, senão nos intervallos lucidos, 184, 675. — Não póde ser testemunha do testamento, 686.

G.

Gallinhas alheias, se o dono do predio as póde matar, 411.

Ganhos da sociedade tacita entre pessoas da familia, como se partem, 871 e 872. — Das outras sociedades, 868.

Garantias dos contractos que são, e quando têm logar, 742. — Quando o não têm, 743. — Da obrigação pessoal dos contractantes é essencial, 811 n. — Da compra e venda, em que consistem, 810. V. *Evicção*, *Vicios redhibitorios*.

—— que os coherdeiros se devem, 492 e 493.

Gemeos, como se regulam seus direitos na successão do vinculo, 507.

Genero, que significa em direito esta palavra, 81 n.

Generos, que nas lojas se vendem por miudo, para consumo, a acção de pedir o preço por que tempo deveria prescrever, 465 n.

Gestão de negocios que é, 800. — Direitos e obrigações do gestor, 801 e 802.

Graduação dos crédores. V. *Crédores como se graduam*.

Gráos (de parentesco) que são, 62. — Como se contam, 63 e seg. — Em quaes é prohibido o casamento. V. *Matrimonio*.

Gravado. V. *Fiduciario*.

Guarda da cousa commum, senão houve convenção, a quem pertence, 468. — Da cousa vendida incumbe ao vendedor até á entrega, 809.

H

Habitação (direito de) que é; como se constitue, e extingue, 622.

Herança que é, 333. — Propriamente dita, que bens a constituem, 350. — A propriedade e posse passa *ipso jure*, 424, 698; mas os effeitos da transmissão ficam suspensos, em quanto o herdeiro não delibera, 425 — Deixada a menor, sempre se acceita a beneficio de inventario, 367 — Se é toda exhausta em legados, os instituidos nada recebem, a não serem herdeiros necessarios, 695. — Distribuida em legados particulares, os legatarios satisfazem os encargos *prorata*, 696. — Quando deve o juiz pôl-a em sequestro, 474. — Vaga passa para o thesouro, 346, 429. — Quem a arrecada, e como deve proceder, 346. — Jacente, que é, 425 n.

Herança, qual se póde vender, 807, 826, Not. HH.

Herdades do Alémtejo; favores de que gozam os seus colonos; quando podem ser despedidos, 847.

Herdeiro, que toma conta da herança, entende-se tel-a acceitado, 99. — Que sonega os bens por dolo, perderá o beneficio de inventario? 431 n. — Que não fez inventario, se a herança não chega para os encargos, responde pelos seus proprios bens, 432 n. — Legitimamente desherdado entende-se tambem excluido da successão do prazo, 564. — Quem rejeita a herança do foreiro, não vem *ab intestato* á successão do prazo de livre nomeação, 572. — A beneficio de inventario póde concurrer como crédor, 432. — Do ausente. V. *Curadoria provisoria*.

Herdeiros excluidos da successão legitima, 344.

—— necessarios, quaes são, 347. — Como succedem *ab intestato*, 338 e seg.

—— testamentarios, quaes o são, 687. — Pessoas incapazes de o ser, 689 e 690. — A sua designação não póde ser deixada á escolha de 3.°, 693. — Podem ser ao mesmo tempo legatarios, e receber nestas duas qualidades, 695. — Devedores de legado devem entregar os accessorios e fructos desde o seu vencimento, 710. — Não são obrigados a desempenhar o legado, *ib.* — Quando podem pedir caução ao legatario, *ib.*

—— instituidos na universalidade, como devem distribuir a herança entre si, e concurrendo com legatarios, 694 e 695. — Não podem ser testemunhas no testamento, 686.

—— para succederem é necessario estarem ao menos concebidos ao tempo da morte do defuncto, e nascerem capazes de viver, 344 n.

Homem, seus direitos e obrigações naturaes, 11 e seg.

Homicidio como se indemniza, 138.
Honorarios. V. *Salarios*.
Honra (offensas na) como se indemnizam, 140.
Honras do marido, que pertencem á mulher, 230.
Hospedarias (donos das). V. *Estalajadeiros*.
Hospitaes. V. *Corpos de mão morta*.
Hypotheca que é, 633. — Que bens podem ser objecto della, 634, 643 n.
—— convencional, como, e por quem póde ser constituida, 636. — Solemnidades que exige, 637. — Pelo marido sem outorga da mulher será valida? 234. — Do fallido nos vinte dias precedentes á fallencia é nulla, 636. — Sobre bens de vinculo deve ser consentida pelo successor, 519.
—— legal privilegiada, que é, 638. — A quem compete, e desde quando se deverá contar, 639 e n.
—— legal simples, que é, 638. — A quem compete, e desde quando se deverá contar, 640 e n.
—— judicial, que é, e como póde ser constituida, 641. — Constituida em acto de conciliação será igual á judicial? *ib.* n. — Geral, póde-se requerer, que seja reduzida, 648.
—— seus effeitos, em quanto ao devedor, e seus herdeiros, 642. — Em quanto a terceiros, 643. V. *Preferencias*.
—— como se extingue, 644.
—— sem ser registada, não é efficaz, 645. — Quaes devem sel-o, 646. — Quaes os titulos competentes para isso, 647. — Registada no prazo da lei, conta-se a sua antiguidade desde a data do crédito, 649. — Anteriores á installação do registo, dentro de que tempo deviam ser registadas? 650. V. *Registo*.
Hypothecas, considerações sobre a sua legislação. Not. DD.

I.

Idade como se prova. V. *Nascimento*.
Ignorancia das leis do reino, quando aproveita, 26 e n.

Ignorancia nos actos juridicos. V. *Erro*.
Igrejas, seus bens por que tempo prescrevem, 464. V. *Corpos de mão morta*.
Igualdade (direito de) que é, 18. — Formal, *ib.*
Ilhas, que se formam no meio dos rios navegaveis; não navegaveis; no mar; a quem pertencem? 417.
Illegitimos (filhos) quaes são, 60. V. *Naturaes*, *Espurios*, etc.
Immoveis (bens) que são, 79. — Por que tempo prescrevem, 462 e 463. — Por connexão, 79 n.
Impedimentos para contrahir matrimonio, quaes se dispensam, 219. — Causas mais frequentes para isso, Not. L.
Impostos. V. *Tributos*.
Impuberes que são, 58. — São incapazes de se obrigarem, 308. — Contra elles não corre a prescripção, 457. — Gozam do beneficio da restituição, 386. — Não podem testar, 675.
Imputação do pagamento, em que dividas se deve fazer, 149.
Incapaz de viver, quando se reputa o recem-nascido, 56 n.
Incapazes natural e civilmente de se obrigarem, 97.
—— de serem herdeiros, 344, 689 e 690.
Incendio acontecido em casas arrendadas presume-se por culpa dos inquilinos, 842. — Por imprudencia de uma familia, quem o indemniza, 135.
Incestuosos (filhos) quaes são, 60. V. *Espurios*.
Indebito. V. *Pagamento*, quando se póde repetir.
Incorporeas (cousas) são moveis ou immoveis, segundo a natureza do objecto, 80.
Indemnização que é, 137. — Para ter logar, que requisitos exige, 19. — Por quaes factos illicitos se deve, 133. — Por quaes não, 134. — Como se gradua, segundo os diversos gráos de culpa, 136. — Do queixoso prefere sempre á mulcta, ou pena judicial, 667 n.
Indignidade, por qual se póde rescindir o testamento, 726.
Indignos de succeder, 344. — A herança delles para quem passa, *ib.* n., 726 n. — Restituem os rendi-

mentos, que receberam desde a abertura da successão, *ib.*
Indignos e incapazes, nesta materia, vem a ser o mesmo, 344 n.
Infame quem se reputa ser, 692.
Ingratidão (acção de) não passa aos herdeiros, excepto se ficou começada, 427.
—— quando faz perder o direito aos alimentos, 329.— Rescindir a nomeação do prazo, 566. — Revogar a doação, 760. — Excepto para o casamento, 764.
Inimigo capital é suspeito para testemunha, 184.
Injuria (acção de) não podem os filhos intentar contra os paes, 311. — Não se transmitte aos herdeiros, 427.
Inofficiosa. V. *Doação*, *Dote.*
Inquilino, seus direitos e obrigações, 836 e seg. — *Signanter*, 841 e 842.
Inscripções de divida nacional podem ser vinculadas, 502.
Insinuação que é, e qual o seu fim, 755. — A quem, até que tempo, póde requerer-se; como se processa, 756. — Em que doações é necessaria, 757. — Em quaes dispensada, 268, 758.
Instituição no testamento não é essencial, 693 n.; Not. FF. — Pessoas, que não podem ser instituidas, 689 e 690.
Instrumento que é, e suas differentes especies, 186 e seg.
—— publico, 187. — particular, 189 e seg. — Originaes e traslados, 192: que prova fazem?
Intenção do legislador. V. *Espirito da lei.*
Interdicção, como se processa, 380.
Interdicto quem é, 379. — Quem póde requerer para que alguem seja declarado tal, 380. — Desde quando são nullos os actos por elle praticados, 382 — Póde ser unicamente inhibido de certos actos, 384. V. *Conselho judiciario.*
—— goza do beneficio da restituição, 392. — Tem hypotheca simples sobre os bens do tutor, 640. — Não póde testar, 675. — Ser testemunha do testamento, 686. — Ser testamenteiro, 720. — Acceitar doação sem auctoridade, 752.
Interdictos adipiscendae — retinendae — recuperandae. — A quem e contra quem competem, suas vantagens, e por que tempo prescrevem, 450 e seg.
Interesses. V. *Perdas.*
Interpellação em juizo conciliatorio, se interrompe a prescripção, 458. — Extrajudicial, quando constituirá o devedor em mora, Not. G.
Interpretação das leis, que é, e suas especies, 44. — Suas regras, 45. — Dos actos juridicos, suas regras, 110.
Interrupção da posse e prescripção, como se verifica, 458.
Invenção é um modo de adquirir, 416.
Inventario que é, 476. — Como se processa; tempo de o começar e concluir, 431, 476. — Se o pae o não faz dentro em dous mezes por morte da mulher, que pena tem, 305, 344. — Deve o tutor requerer dentro em tres dias depois de entrar na tutela, 374. — Em que ha ausentes, deve o juiz nomear-lhes curador, 394. — Quando deve fazel-o o usufructuario, 611 — o fiduciario, 718 — o testamenteiro, 722.
Investidura do prazo que é, 532 n.
Irado, que fez testamento, se póde annullar-se, 675 n.
Irmandades. V. *Corpos de mão morta.*
Irmão, quando póde querelar o testamento, em que é desherdado, 692. — Quando perde o direito aos alimentos do irmão, 329.
Irmãos germanos, unilateraes, como e quando succedem *ab intestato*, 343. — Uterinos succedem ao irmão illegitimo, ainda que seja de couto damnado, *ib.*

J.

Janella onde se não pode abrir, 594. — Indevidamente aberta, por que tempo prescreve, 599. — Que visa obliquamente sobre predio alheio, 594.
Jogo que é, 784. — Se delle resulta acção para pedir o

que se deve, ou repetir o que se deu, 875. — De dados é prohibido, 874 n.

Joias. V. *Prendas.*

Jornaes (acção de) é summaria, 860. — Por que tempo deveria prescrever, 465 n.

Jornaleiros e *officiaes*, seus direitos e obrigações, 854.

Juiz não póde recusar-se a julgar com o fundamento de falta, silencio, ou obscuridade da lei, 45, 12.ª — Em regra só responde pelo prejuizo causado por dolo, 133. — Se contra lei ordenou uma prisão, responde por todas as perdas e interesses, 141. — Não póde tomar bens de arrendamento para negociar no districto da sua jurisdicção, 832; nem compral-os ou arrematal-os, 375, 806.

Juntas de parochias, compete-lhes a administração dos bens das mesmas, 87. — Dividir, aforar os baldios como, 471, 536, Not. Y.

Juramento que é, e requisitos, que exige, 179.

—— decisorio que é, e em que causas tem logar; se a parte recusa prestal-o, ou referil-o, dá-se por confessado, 180 e 181.

—— d'alma (acção de) contra quem compete, e effeitos, que resultam, 181. — A sentença condemnatoria não produz hypotheca judicial, 641 e n.

—— suppletorio *in litem* que é; casos, em que tem logar, e quando se póde revogar a sentença dada em virtude delle, 182.

—— promissorio é prohibido nos contractos, 108 n., Not. HH.

Juros que são, 777. — Legaes, sua taxa, 779. — Não se presumem, a não haver lei, ou convenção, *ib.* — Quando se podem estipular mais fortes que a taxa, *ib.* — Que excedam o capital, se podem pedir-se, *ib.* n.

—— legaes não póde o mutuante deduzir do capital, quando empresta, 780. — Pagos por ignorancia não se podem repetir, nem imputar, *ib.* — Quando se presumam pagos, *ib.*

—— das dividas anteriores, vencidos na constancia do matrimonio, são dividas do casal, 246 n. — De uma quantia legada sómente se devem desde a demanda, 710 n. — Vence o alcance do tutor, eis que se fecharam as contas, 377. — Quando os deve o mandatario, 796 — o mandante, 797 — o comprador, 817. — Per que tempo deveriam prescrever? 465 n.

Juros de juros são prohibidas, mas podem ser reduzidos a capital por meio de novo titulo, 780.

L.

Laudemio (direito de) que é, e a que se deve attender na sua liquidação, 552. — Em que alienações é devido, e por quem, 553. — Na renovação não póde ser augmentado, 570; mas sim no sub-emprazamento, 561. — Dos prazos da fazenda nacional foi reduzido á quarentena, 552. — Do censo consignativo imposto sobre o prazo, 553 n.

Legado que é, e suas especies, 687 e seg. — Deixado a pessoas incertas, mas que podem ser depois determinadas, é válido, 689. — Aquelle, que o escreveu no testamento a seus ascendentes ou descendentes, é nullo, 690, Not. FF. — Puramente, passa logo desde a morte do testador para o legatario, se lhe sobreviveu, 698, 710. — Debaixo de condição; a certo termo; para certo fim; por certa causa? 698 e seg., 710.

—— particulares, cousas, que podem ser objecto delles, 705 e n. — De cousa alheia, quando é válido, como se satisfaz, e quando caduca, *ib.* — De crédito activo do testador, como satisfaz o herdeiro, quando se extingue, e entende revogado, 706. — Da propria divida do legatario comprehende o capital e juros accumulados: quando caduca, 707. — Deixado ao crédor não se entende em compensação da divida, se esta não proveio de soldadas, 707, 45, 6.ª n., 860. — De uma especie sem determinação de qualidade, nem quantidade, se comprehende toda a especie, 708. — De objecto, que não ha na herança, quando, e como

é que o herdeiro satisfaz, *ib.* — De dote, como se calcula, *ib.* — De rendas annuaes, ou usufructo, por que tempo dura: e se o legatario for pessoa moral? 709. — Imposto sobre certas rendas, em regra não póde exceder o producto dellas, *ib.* — Deixado a indignos cede em proveito do herdeiro, 726 n. — Quando se vencem, e até então, a quem pertence a administração, 710. — Quando ficam sem effeito, e quando caducam, 712.

Legados pios que são, 704 n. — São válidos, uma vez que não seja cavillada a lei, que prohibe instituir a alma por herdeira, 689. — A quem compete promover o seu cumprimento, e tomar contas aos testamenteiros, 723.

Legatario universal: por titulo universal: particular: quaes são, 688. — Pessoas incapazes de o ser, 689 e 690.

Legatarios por titulo universal estão sujeitos aos encargos da herança *pro rata*: e concurrendo com herdeiros necessarios? 696.

—— particulares satisfazem os encargos *pro rata*, se a herança toda foi distribuida em legados particulares, 696. — Se o não foi, e desempenham o legado, ficam subrogados no direito do crédor, 711. — De crédito activo têm direito aos juros, vencidos desde a morte do testador, 706. — Quando podem pedir o legado, 710. — A quem, 711.

Legitima que é, 347, 349. — Seu fundamento, 348. — Computa-se sobre toda a herança, e collações, 350. — Não póde ser onerada, 351.

Legitimas quando absorvem todos os bens existentes da herança, não ha terça, 352. — Como se satisfazem, *ib.*

Legitimação per subsequens que é: não prejudica os direitos dos mais antigos na legitimidade, 295. — Se a produz o matrimonio putativo, *ib.* n. — A que filhos aproveita, 296, Not. P. V. *Perfilhação.*

Legitimos (filhos) quaes são, 60. — Quaes se presumem, 289.

289. — Suas vantagens a respeito dos legitimados; 295, 513.

Legitimados per subsequens (filhos) ficam equiparados aos legitimos, 295. — Sem prejuizo do direito dos mais antigos na legitimidade succedem no vinculo, 513.

Lei em geral que é, e seus essenciaes, 2. — Sua razão que é, e onde deve procurar-se, 45 1.ª — Propriamente dita, formalidades que exige, 24.

Leis naturaes que são, 4. — Seu fundamento, 11. — Necessidade do seu exame, 10.

—— sua classificação, 3, 30 e seg.

—— positivas que são, 4. — Tem o seu fundamento nas naturaes, 45 2.ª — Sem publicação não obrigam, 7. — Quando podem ter effeito retroactivo. V. *Retroactividade.*

—— como podem ser abrogadas, 9, 45 11.ª — Em que relação obrigam os estrangeiros dentro, e os cidadãos fora do reino, 31. — Pessoaes: reaes que são, *ib.* — Imperativas: prohibitivas não podem ser derogadas por convenção; e as permissivas em que termos, 32. — Subsidiarias quaes são, e sua força obligatoria, 40 e seg., Not. B. — Das nações modernas, em que casos o são, 43. V. *Codigos.*

—— contradictorias; odiosas quaes são, e como se devem entender, 45 11.ª, 12.ª e n. V. *Interpretação.*

Lesão enorme que é, 737. — Não se póde renunciar nos contractos, *ib.* — Para se dizer que a ha na compra e venda, como se faz a avaliação, 808.

—— (acção de) é alternativa, e tem logar em todos os contractos commutativos, mesmo na transacção, 737, 747. — Casos, em que o não tem, 737, 827. — Quando prescreve, 495, 737.

—— enormissima que é, 737 n. — Produz nullidade *ipso jure*, *ib.* — A acção prescreve por 30 annos, *ib.*

—— na 6.ª parte dá logar a requerer emenda das partilhas, 495.

—— considerações a este respeito, Not. H.

Levada, que represando as aguas prejudique, não póde fazer-se, 413.
Liberdade natural que é, 13. — Pessoal, o que della privou outro, responde por perdas e interesses, 141.
Licitação que é, quando deve ser feita, e em que termos admittida, 485. — Se a um estranho é tambem permittida, *ib.* n. — Da cousa commum, 484.
Lições de mestres de artes e officios (dividas de) por que tempo deveriam prescrever, 465 n.
Lingua no inventario é o depositario da herança, 474.
Linha que é, e suas especies, 62.
Liquidação de perdas e interesses, como deve fazer-se, 129 e 130. — Póde cumular-se com a acção principal, 131.
Litigio pendente ao tempo da lei revocatoria, ou declaratoria, e já sentenciado na 1.ª instancia, por qual se deve julgar na segunda, 8 n.
Litigiosos (bens, direitos e acções) não podem ceder-se, 155. — Nem vender-se, 807. — Podem entrar em dote, 270.
Livramento do filho (nos crimes) a despesa, que o pae faz, vem á collação, 481.
Livres se presumem os bens de qualquer, 404.
Livros das repartições publicas, de nascimento, de casamento, de obito; as certidões extrahidas, que prova fazem, 188. — De negociantes, 190: de razão, 191: que prova fazem? — Obscenos não podem vender-se, 807.
Locação e conducção em geral que é, e se a escriptura publica será essencial, 830.
—— de cousas em geral que é, e suas especies, 831. — Pessoas, que podem dar, ou tomar de arrendato, 832.
—— Obrigações do locador, em quanto á entrega e conservação, 834: á garantia, 835. — Obrigações do conductor em quanto ao uso, 836: á restituição, 837: ao pagamento do aluguel, ou renda, 838.

Locação quando termina, 839 e 840. — Quando se presume continuar, 839. — Se acaba pela morte dos contractantes; — pela alienação dos bens arrendados, 840 e n.
—— de casas; particularidades sobre a duração do arrendamento no caso de silencio das partes, 841. — Quando póde o inquilino ser obrigado a despejar antes de tempo, 842.
—— de predios frugiferos: direitos e obrigações do conductor, em relação ao predio, 843: — ao termo do arrendamento, 844: — á renda, e quando fique desobrigado de a pagar, 845.
—— das herdades do Alemtejo, favores concedidos aos colonos, 847.
—— de foros, rendas, ou prestações: direitos e obrigações do senhorio, e do rendeiro, 848, Not. LL.
Locador que é, 831. — De casas tem privilegio sobre os trastes: — de predios sobre os fructos do mesmo, para pagamento do aluguel e renda, 657. V. *Locação*, *Senhorio*.
Locupletar-se ninguem deve com jactura de outrem, 18.
Loteria que é, 874.
Lotes das partilhas, como devem ser feitos, 490. — Sua garantia, 492. V. *Partilhas*.
Louvados que qualidades devem ter, e como escolhidos, 91. — De bens moveis de menos de 15$000 rs. chama o escrivão, *ib.* — Se discordam, o terceiro, que se nomeia, não póde abrir novo laudo, *ib.* — De inventario de menores nomeia o Conselho de familia, *ib.*
Lucro é menos favorecido em collisão com o damno de outro, 49.
—— cessante que é, 122. — Não se conta, quando provém de culpa leve e levissima, 129.
—— e perdas da sociedade, como se dividem, 868.
Luctuosa que é: — deve interpretar-se a favor do foreiro: — quando se deve: — de prazos da fazenda nacional foi abolida, 547 e n.

Luvas: provando-se que as recebeu o administrador do vinculo, ou bens da corôa, o aforamento é nullo, 536.

M.

Má fé em que consiste, 437. — Na posse, quando se presume, 438.
—— de quem adquiriu cousas furtadas, quando se presume, 407.
Magistrados temporarios, e seus officiaes, não podem comprar objectos para negocio no districto da sua jurisdicção, nem bens de raiz a pessoas da mesma, 806.
Mãe, seus direitos, 310. — Se tem *patrio poder*, 303, 310. — É obrigada a criar os filhos de leite, 310. — É tutora necessaria, até que o Conselho a excuse, ou confirme, *ib.* — Se passa a 2.as nupcias, o Conselho póde continuar-lhe a tutela, se o marido se responsabiliza, 361. — Por quaes despesas, feitas com os filhos, póde demandar o pae, e aquelles, 322. — Póde substituil-os exemplarmente, 716. — Se pelo fallecimento do marido, dentro em 2 mezes deixou de fazer inventario, fica inhibida de succeder aos filhos, 344.
Maior quem é, 58.
Mandato que é, 792. — Seus essenciaes, 793. — Suas especies e objecto, 794. — Sua fórma, 795. — Como acaba, 798.
—— obrigações do mandatario, 796, 135: — dos seus herdeiros, 798. — Obrigações do mandante, 797. V. *Procurador.*
Maninhos. V. *Baldios.*
Mão de obra empregada em cousa alheia, quando se considera accessão da mesma, 420.
Mar contiguo ás praias, até onde se considera propriedade das nações, 76 n.
Marachão em predio alheio para utilidade commum, ou mesmo particular, 591.
Marcos. V. *Demarcação.*

Marido, compete-lhe a administração dos bens, 231, 248. — Não póde alienar bens de raiz, nem estar em juizo á cerca delles, sem outorga da mulher, 233, 248. — Não assim a respeito dos moveis, mas são-lhe imputaveis as doações gratuitas e immensas, *ib.* — Não póde renunciar a herança de bens de raiz sem outorga, 428. — Nem constituir servidão, 598. — E hypotheca? 234. — Se elle reconhece o filho, ninguem mais póde impugnar a legitimidade, 291. — E tutor natural da mulher interdicta, 381. V. *Pae.*
Matador, que indemnização deve aos herdeiros do morto, 138.
Maternidade como se prova, 301.
Matrimonio que é, 213. — Quem o póde contrahir, 214. — Validamente contrahido não se dissolve, senão pela morte, 237. — Nem a convivencia por auctoridade propria, 229, 238. — Solemnidades essenciaes, que exige, 220. — Não essenciaes, que costumam dispensar-se, 221. — Seus effeitos civis, 224. — Como se prova, 226.
—— seus impedimentos, 214 e seg. — Quaes se dispensam, 219. — Causas mais frequentes para isso, Not. L.
—— clandestino que é: é nullo e punivel, 220.
—— putativo que é — seus effeitos civis, 225, 254.
—— (acção de nullidade de) a quem compete: a sentença, que a declara, nunca passa em julgado, 227.
—— considerações sobre a legislação, que o regula, Not. K.
Medico, a divida de visitas por que tempo deveria prescrever, 465 n.
Medida, por qual se deve fazer o pagamento, 146.
Medo que é, e seus effeitos nos actos juridicos, 102, 736.
Menor quem é, 58. — Seus bens de raiz como, e quando podem ser vendidos, 367, 807. — E elle vendel-os, mesmo sendo emancipado? 805. — Quem os não póde comprar e arrematar, 375, 806. — Por que

tempo prescrevem, 463. — Os contractos feitos com elle sem auctorização são válidos, se lhe forem proveitosos, 109 n., 373. — Tem hypotheca simples nos bens do tutor, 377, 640. — Goza do beneficio da restituição, 386. — Não póde ser testamenteiro, 720. — acceitar doação validamente sem auctorização, 752 — assoldadar-se, 855. — Quando toma conta dos bens, se deverá conservar os arrendamentos anteriores, 840.

Mentecapta quem é, 379. V. *Interdicto.*

Mercês regias dadas pelos serviços dos paes não vêm á collação, 481.

Metaes. V. *Minas.*

Mezadas não vêm á collação, 481. — Os paes são obrigados a pagar o dinheiro, que se emprestou por conta dellas, 778.

Minas em terrenos publicos é permittido abrir; mas não se póde cortar a veia já occupada, 414.

—— metallicas póde qualquer explorar com licença do governo, 415. — Se não se começam os trabalhos da mineração, quando se reputam abandonadas? *ib.* — Não póde o usufructuario abrir, 612.

Minutas dos contractos accordadas e assignadas são obrigatorias entre as partes, 738.

Misericordias têm hypotheca simples nos bens dos seus administradores, 640. V. *Corpos de mão morta.*

Missa nova: as despesas, que os paes fazem com ella, não vêm á collação, 481.

Mistura de cousas de diversos donos, 419.

Mobilia (legado da), que se comprehende nesta expressão, 78 n.

Modalidade que é, 104. V. *Condição, Termo, Fim, Causa.*

Moderamen inculpatae tutelae que é, 15.

Modo que é, 107. — Impossivel, ou enunciado em fórma de conselho, não ha obrigação de o cumprir, *ib.* — Seus effeitos nos testamentos, 702.

Modos naturaes de adquirir quaes são, 17. — Requisitos, que exigem, 409.

Moéda, em qual se deve fazer o pagamento, 781. — E se foi introduzido papel com gyro forçado, por conta de quem é o desconto? *ib.*

Molestia. V. *Despesas.*

Mora que é, e seus effeitos, 127. — Desde quando se deve contar, 128. — Em que dividas bastará a interpellação extrajudicial, Not. G.

Morgado que é, 498. — Seu principio justificativo, 499. — É reputado instituição odiosa, *ib.*

—— (instituição do) que é, e requisitos, que exige, 500. — Clausulas válidas e reprovadas, 503 e n. — Pessoas, que a podem fazer, 501. — Valor e qualidade dos bens, em que póde consistir, 502. — Como se prova, 504, 464 n.

—— (encargos pios do) quando se póde requerer a reducção, 498. — A quem compete fazel-a, 530. — Quem vigia pelo cumprimento delles, *ib.*

—— (abolição do) quando tem logar, 505. — Quem a póde requerer; como se processa; effeitos, que produz, 506.

—— fórma da successão, 507 e seg. — Pessoas excluidas della, 513.

—— (denuncia do) quando tem logar, e como deve ser dada, 515.

—— (bens do) por que tempo prescrevem, 464. V. *Administrador do vinculo.*

Morgados, sua origem historica, e legislação antiga e moderna, Not. V.

Morte natural como se prova, 70. — De muitas pessoas no mesmo desastre, presumpções á cerca della, 72. — Do conjuge, não se prova por presumpção, para dissolver o matrimonio, 70 n. — Causada por outrem, que indemnização é devida, 138.

—— civil (pena de) se entre nós é admittida, e que direitos extingue, Not. C. — Faz cessar o patrio poder, 312.

Morto civilmente é excluido da successão legitima, 344;

— da testamentaria; mas póde receber legados de alimentos, 689: — e da dos vinculos, 513.
Mosteiros gozam do beneficio da restituição, 392. — Seus bens, como devem ser aforados, 536, Not. Y.
Mouxões, que se formam nos rios, a quem pertencem, 417.
Moveis (bens) quaes são, 78. — Quaes são immoveis por connexão e destino, 79 e n. — Por que tempo prescrevem, 462 e 463.
Movel (legado de) que se comprehende nesta expressão, 78 n.
Mudos são equiparados aos interdictos, 349 n. — Não podem ser testemunhas no testamento, 686.
Mulher casada, seus direitos em quanto aos bens do casal, 235. — Quando póde tomar a administração delles, 231. — Prefere na tutoria do marido, *ib.* — Póde imputar na meação do mesmo as doações gratuitas e immensas de bens moveis, e annullar a doação ou alienação de quaesquer bens feita pelo marido á concubina, 232. — Não póde contractar, nem requerer em juizo, sem outorga do marido, 235 e 236. — Casos, em que o póde fazer, ou ser obrigada a isso, *ib.*, 239. — Quando póde reivindicar os bens dotaes alienados pelo marido, 273. — Que hypotheca tem nos bens do mesmo pelo dote, 275, 639 e 640. — Não póde adir, nem repudiar a herança sem outorga, 428. — Nem ser testamenteira, 720. — Nem acceitar doação, 752. — Se o marido renova o prazo, fica sendo vida necessaria, ainda que não seja mencionada, 568. — De que honras e privilegios do marido goza, 230. — Por morte delle continua na posse do casal, 249. V. *Mãe*, *Viuva*.
Mulheres não podem ser testemunhas nos testamentos, excepto nos nuncupativos, 686. — Quando podem desobrigar-se das fianças pelo beneficio de SCto Velleano, 882.
Multa, que o pae pagou pelo filho, vem á collação, 481.

Municipaes (bens) quaes são, 87. V. *Camaras municipaes*.
Muros de separação, especialidades a este respeito, 595.
Mutuante de dinheiro para compra tem privilegio sobre os bens comprados, 639, 657.
—— de dinheiro sobre cereaes do terreiro publico de Lisboa, póde fazel-os vender sem audiencia do devedor, 631.
Mutuario, *Mutuo*. V. *Emprestimo*.
Mutuo dissenso que é, e quando tem logar, 170.

N.

Nacionaes (bens) quaes são, 86. — Como podem ser aforados, 538. — Quem os não póde comprar, 806. — Por que tempo prescrevem, 464.
Nascente. V. *Aguas*.
Nascimento como se prova, 57. — De filho legitimo depois de feito o testamento annulla-o? 691. V. *Registo*.
Nascituros são equiparados aos nascidos em tudo o que é do seu interesse, 56. — Quando poderão ser instituidos? 689.
Naturaes (elementos). V. *Actos juridicos*.
—— do reino quaes são, 59.
—— (filhos) quaes são, 60. — Como, e quando succedem *ab intestato*, 339. — Não succedem ao pae nobre, *ib.* — E sendo perfilhados? 341 n.
—— preferem aos espurios, ainda que perfilhados, 341. — Não succedem no vinculo, ainda que perfilhados, 513. — Mas succedem no prazo de vidas, ainda que o não sejam, e o pae fosse nobre, 576.
—— de plebeu succederão aos collateraes paternos? 343 n. — Pela superveniencia revogarão a doação feita? 761 n.
Naturalização quando póde ter logar, 204.
Naufragio, como se deve proceder relativamente aos despojos, 496.

Navios são considerados moveis para todos os effeitos, que a lei não exceptua, 78.
—— que naufragaram, providencias á cerca delles, 416.
Negatoria (acção) quando tem logar, 603.
Negotiorum gestão. V. *Gestão*.
Nomeação do prazo (direito de) que é, e quando tem logar, 562. — Como se regula, 563. — Como deve ser feita, e como se prova, 564.
—— Se os herdeiros necessarios pódem ser preteridos, 563. — Feita a muitos conjunctamente, não sendo herdeiros necessarios, entendem-se todos nomeados, 564. — De prazo livre do marido, ou da mulher, se póde fazel-a um sem outorga do outro, 562. — Pode ser feita com imposição de encargos, 564.
—— quando póde ser revogada, e quando caduca, 565. — Annullando-se o acto, em que foi feita, quando poderá salvar-se, 566. — Causas, por que póde rescindir-se, *ib.* — E sendo para casamento? 764 n.
—— de prazos de vidas com reserva do usufructo não precisa de insinuação, 758.
—— do direito de pedir a renovação, 568. V. *Renovação*.
Novação que é, e requisitos, que exige, 160. — Suas especies, 161. — Seus effeitos, 162.
Nullidade dos actos juridicos que é, 109 n. — Póde resultar *ipso jure*, ou a requerimento das partes, *ib.* — Em que differe da rescissão, *ib.* — Por falta de solemnidade externa não se póde repetir o que se deu, 158.
—— (acção de) podem pedir-se os fructos desde a celebração do acto, 109 n. — Prescreve por 30 annos, *ib.*
Nunciação de obra nova. V. *Embargo*.
Nupcias. V. *Matrimonio*.

O.

Obito. V. *Morte*, *Registo*.
Obra feita em terreno, ou com materiaes alheios, 421.
—— nova. V. *Embargo*.
Obreiros têm privilegio na obra pelos jornaes em divida, 639.
Obrigação correlativa ao direito que é, 46. — Pessoal que é, 112. — Sua classificação, 113, 114, 116, 120.
—— conjunctiva que é, e como se satisfaz, 114.
—— alternativa que é, e a quem pertence a escolha, 114. — Como se extingue, e em que differe da facultativa, 115 n.
—— de objecto absolutamente indeterminado é nulla: — determinado pela especie ou quantidade, como se satisfaz, 115 n.
—— solidaria que é, 116. — Seu fundamento, 117. — Seus effeitos, em que relação se consideram, 116 n. — Não se presume, 117. — Como se extingue, 118 e 119. — Se o ficará pelo perdão de um dos concredores, 118 n. — Em que differe da indivisivel, Not. E.
—— divisivel que é, 120. — Produz os effeitos da solidaria, *ib.* — Em que differe della, Not. E. — Parte-se entre os coherdeiros, ainda que fosse solidaria por convenção: quaes se não partem, 120. — Hypothecaria não se parte, *ib.*, 642. — De fazer ou não fazer, em que termos se resolve em perdas e interesses, 121 n.
—— com tracto successivo, quando se presumem pagas as prestações anteriores, 148. — Quando prescreve, Not. Z.
Obrigações, seus effeitos em geral, 121. — Como se extinguem, 142 e seg.
—— naturaes, absolutas do homem quaes são, 11. —

Naturaes correlativas, 19 e seg. — Meramente naturaes, que effeitos ainda produzem, 113 n.
Occupação que é, e suas especies, 410.
Offensas na honra, na liberdade, como se indemnizam, 140 e 141.
Offerta do pagamento. V. *Consignação.*
Officiaes do exercito quando ficam legalmente emancipados, 314.
—— publicos respondem pelo prejuizo, que causaram ás partes por dolo, erro ou culpa, 133.
—— de justiça, seus salarios, por que tempo prescrevem, 465 n.
—— e jornaleiros, seus direitos e obrigações, 854. — Seus jornaes, por que tempo deveriam prescrever, 465 n.
Opção (direito de) que é, 549. — Em que alienações compete ao senhorio, 550. — Não deliberando, quando prescreve, 551. — Quando compete ao cabecel, 545. — Não pertence aos corpos de mão morta, mas aos individuos, de que se compõe, 550.
Opere demoliendo (de). V. *Caução.*
Opiniões dos JCtos, qual o seu uso, 42.
Oppoentes, como taes podem figurar nas partilhas os crédores, 491.
Ordenações do reino, quaes as suas fontes, e quando foram publicadas, 35.
Orphãos; aquelle que os criou, sem receber paga, póde servir-se delles sete annos sem soldada, 855 n. V. *Menor.*
Outorga da mulher. V. *Marido*, etc.

P.

Pacto de nunca partir a cousa commum é nullo, 467.
Pactos antenupciaes; sua natureza, quaes as clausulas válidas e prohibidas, 255 n. — Solemnidades, que exigem, 256. — Não podem ser alterados depois do matrimonio, *ib.* — Não os póde rescindir o menor pelo beneficio da restituição, 391.
Pactos antenupciaes com a clausula de que a mulher não terá parte nem nas perdas, nem nas dividas, que o marido contrahir, 257. — Effeitos, que produz, 258.
—— com a clausula de separação de bens, como se entendem, 259.
—— com a clausula do usufructo, o que indicam, 260.
—— com a clausula de reversão, seus effeitos, 261.
—— com a clausula de arrhas, 262.
—— dotaes. V. *Dote.*
—— successorios que são, e quando válidos, 730 e 731, Not. HH. V. *Doações para casamento.*
Padeiros, as dividas do pão, que fiam, por que tempo deveriam prescrever, 465 n.
Padrões da divida publica podem ser vinculados, 502.
Pae quem se presume, 289 e seg. — Seus direitos e obrigações, em quanto á pessoa dos filhos, 304. — Em quanto aos bens e sua administração, 305 e seg. — Em quanto aos actos licitos, 308: — aos illicitos, 309. — Que deixou de fazer inventario em dois mezes por morte da mulher, perde o usufructo dos bens dos filhos, 505. — E fica inhibido de lhes succeder, 344. — Se dissipa os bens dos filhos, póde ser privado da administração, 306. — E perderá o usufructo? *ib.* n. — Como, e quando póde alienar os bens dos filhos, 306. — E vender os seus aos descendentes? 805.
Paes, em que termos são obrigados a dar estabelecimento aos filhos, quando se casam, 323 e n. — Têm obrigação de deixar aos filhos do 1.° matrimonio os bens, que herdarem dos irmãos destes, 45 9.ª e n., 245.
Pagamento que é, e suas especies, 143. — Quem póde válidamente pagar, 144. — A quem se deve fazer, 145. — Feito a terceiro, quando extinguirá a obrigação, *ib.* — Feito com cousa alheia fungivel é válido depois de consumida, 144. — Como deve ser feito, e

por que medida, 146. — Logar e tempo, 147. — Provas e presumpções, 148. — Em que dividas se deve imputar, 149.

Pagamento por consignação que é; quando tem logar, e como deve ser feito, 150, 161.

—— por subrogação que é, e suas especies, 152 e seg.

—— casos, em que se póde repetir o que se deu, 157 e seg.

Palavras ociosas não se presumem nas leis, 45 6.ª

Pão, como deve pagal-o o mutuario, 775. — Vendido a crédito, por que preço deve ser pago, 808. — Cultivado de parceria não se deve levantar da eira, sem o participar ao senhorio, 846.

Papeis domesticos, que prova fazem, 191.

Paraphernaes (bens) que são, 267. — Direitos do marido é da mulher á cerca delles, 280.

Parceria que é; quando passa aos herdeiros; direitos e obrigações do colono, 846.

—— de animaes a ganho, regras a este respeito, 849.

Paredes divisorias presumem-se communs: especialidades a respeito dellas, 595 e 596.

Parentes, seus principaes direitos uns para com os outros, e seu fundamento, 317. — Quaes os excluidos da successão legitima, 344.

Parentesco que é, e suas especies, 61.

Parocho não póde constituir servidão nos bens da igreja, 598.

Partilhas que são, 486. — Dos bens na communião legal: — dos adquiridos nos outros casamentos, como se fazem, 250 e seg., 266. — Modelo das mesmas, Not. N.

—— judiciaes, quem as póde e deve promover: como se processam, 488 e seg. — Seus effeitos, 491. — Quando se podem rescindir, 494. — Não se rescindem, ainda que as legitimas ficassem offendidas, 352. — Quando se póde requerer a emenda, 495. — Supplemento dos bens, que se não partiram, *ib.*

Partilhas amigaveis quando têm logar, e fórma, em que podem ser feitas, 487. — Por escripto particular poderão rescindir-se? *ib.* n. — Reguladas pelo pae no testamento, em que termos devem respeitar-se, 487.

—— da *compropriedade*, das *aguas*, da *sociedade*, etc. V. nos respectivos logares.

Passadiço por cima da rua, como é licito fazel-o, 594. — A obrigação de o desfazer nunca prescreve, 456, 599.

Passaes da igreja, como devem ser aforados, 536, Not. Y.

Pastos communs (servidão de) não obsta a que se possa tapar até uma courella, 591 n.

Paternidade legitima que é, 289. — Presumpções legaes a este respeito, 290. — Quando póde ser elidida, 291.

—— do posthumo, quando a viuva passou a 2.as nupcias, 292. — No caso de separação dos conjuges, *ib.* n. — Como se prova, 293.

—— dos illegitimos, differentes modos, por que se verifica. V. *Legitimação*, *Perfilhação*.

Patrio poder que é, e seu fundamento, 302. — A quem compete, e sobre quaes filhos, 303. — Direitos e obrigações, que delle resultam, 304 e seg. — Quando cessa, e quando delle se póde ser privado, 312.

Peculio castrense, quasi castrense, profecticio, adventicio que são: — direitos dos paes e dos filhos sobre os bens, que os constituem, Not. Q.

—— (acção de) contra o pae, por quaes bens se dá, 308 n.

Pedreiras em terreno publico póde qualquer abrir: e excluir os outros, por que tempo? 415.

—— novas não póde abrir o usufructuario, mas só laborar as já abertas, 612.

Peixes são pertenças do tanque, 79 n. — Que fugiram para viveiro alheio, a quem pertencem, 417.

Pena convencional que é: — regras a respeito della, 739.

Pena do delicto alterada por lei posterior, por qual se regula, Not. A.
Penhor, sua noção e especies, 625. — Propriamente dito que é? requisitos, que exige: como póde ser constituido, 226 n. — Clausulas reprovadas, 631. — Bens, que podem ser objecto delle, 627. — De bens alheios, se o dono póde reivindical-o, *ib.* — Direitos e obrigações do credor, em quanto á conservação e entrega, 628 e seg. — Do devedor, 630 e 631. — Quando póde ser vendido, e como, 631. — Como se extingue, 632. — Penhor de penhor será licito? 628 n.
Penhores vende o Banco de Lisboa sem audiencia dos devedores, 631 n.
Penhora, já feita em bens de prazo, se póde rescindir-se, 582 n. — Injusta deve indemnizar-se, 141.
Pensão. V. *Foro*.
Perda da cousa devida, quando se extingue a obrigação, 169. — Em parte, deve-se o resto, *ib.*
—— da cousa vendida, quando é por conta do comprador, e quando pela do vendedor, 816, 818 e 819.
Perdão da divida expresso extingue a obrigação: tacito induz presumpção, 163. — A entrega do penhor não o faz presumir, *ib.* — excepto nos legados, 707.
—— feito sem reserva a um dos crédores solidarios, a todos aproveita, 163.,
Perdas e *interesses* que são, 122. — A sua indemnização varia segundo as causas, que as produzem, 123. — Se por conta dellas se estipulou uma somma, não se póde exigir mais, 129. — Nas dividas de dinheiro reduzem-se aos juros, excepto no commercio, 130. — De bens rendosos, ordinariamente, não passam dos fructos e rendimentos, 129. — Procedentes de culpa leve e levissima não se contam lucros cessantes, *ib.* — Sómente se attende aos prejuizos immediatos, e não aos remotos, *ib.* — Podem ser pedidas juntamente com a obrigação principal, ou em separado, 131. V. *Indemnização*.

Perecimento

Perecimento da cousa. V. *Perda*.
Perfilhação solemne que é, como póde ser feita, e solemnidades que exige, e a quem se requer, 297 e n. — Não confere patrio poder: é antes dispensa para succeder *ab intestato*, nem se entende concedida em prejuizo de terceiro, 299, 347. — Quaesquer que sejam as clausulas, não dá nem tira direitos aos perfilhados, 341 n. — Do filho natural do pae nobre, que effeitos produz? *ib.*
—— por sentença produzirá os mesmos effeitos da voluntaria, e habilitará o filho natural para a successão do pae nobre? 300 n.
Perfilhado fica vizinho no logar do perfilhante, 69.
Perfilhados, quaes filhos o podem ser, 297. — Nesta qualidade sómente, não podem querelar o testamento, em que foram preteridos, 347. — Como, e quando succedem *ab intestato*, 339 e seg.
Perigo e *Commodo*. V. *Commodo* e *Risco*.
Permutação que é, 828. — Quando se deve pagar siza, *ib.*, 553 n. — Póde ser rescindida por lesão enorme, excepto no commercio, 829.
—— de bens dotaes como deve ser feita, 274. — De bens vinculados, 529.
Permutantes, seus direitos e obrigações, 829.
Pertenças que são, 82. — As da cousa vendida devem entregar-se com ella, 809. — Quaes se entendem vendidas, legadas, 78 n.
Pesca onde e como é permittida, 412.
Pessoa que é, e suas differentes especies, 54. — Para se obrigar, deve ter capacidade natural e civil, 97. — Quaes se não podem obrigar, *ib.*
Pintura em taboa alheia a quem pertence, 420.
Plantação. V. *Arvores*.
Pobreza livra o foreiro da pena de commisso, 557.
Poço em que distancia do predio alheio se deve abrir, 592.
Poder marital que é, 228. — Paternal. V. *Patrio poder*.
Pollicitação não produz obrigação, 733 e n.

Pombas são pertenças do pombal, 79 n. — Que fugiram para pombal alheio, 411. — Alheias, se o dono da seara as póde matar, *ib.*
Portarias do governo que são, e qual a sua força obrigatoria, 28, 36 n. 7. — Dos tribunaes, 29.
Portuguez quem é, 199. — Em que differe do cidadão portuguez, 200. — Seus direitos, 59, 200. — Como se perdem, 201. V. *Cidadão.*
Posse que é, 434. — Natural: — civil: — civilissima que é, 435 e n. — Justa: — injusta, 436. — De boa fé: — de má fé, 437. — Ficta, 445.
—— para se adquirir, o que é necessario, 439.
—— judicial, extrajudicial, differentes modos de a tomar, 440 e seg. — A judicial não deve ser dada sem citação do antigo possuidor, 442.
—— dos direitos (quasi posse) como se toma, 441. — E a dos empregos publicos? 442.
—— como se conserva, 443. — De bens sequestrados continúa n'aquelle, a quem foram tirados, em quanto se não arrematam, *ib.* — Como se perde, 444.
—— para a prescripção adquisitiva, que requisitos exige, 459 e seg.
Possessorias (acções), de que póde usar o possuidor para pedir, reter e recuperar a posse e suas vantagens, 450 e seg.
Possuidor, seus direitos em geral, 447. — Acções, que lhe competem, 450.
—— *perfeito* quem é, 434. — Sómente cede ao proprietario, 447.
—— *imperfeito* quem é, 434. — Seus direitos e obrigações, 447. — Não póde adquirir pela prescripção, 460. — E seus successores, *ib.* n.
—— (simples detentor) quem é, 434. — Seus direitos e obrigações, 447.
—— de boa fé, em regra sempre se presume, 438. — Quaes fructos e rendimentos faz seus, e quaes restitue, 448. — Encargos, que deve satisfazer, *ib.* — Quaes bemfeitorias póde pedir, 407, 449. — Não responde pelas deteriorações, *ib.* — De cousa movel furtada por titulo gratuito deve restituil-a sem indemnização, 407. — Por titulo oneroso não, *ib.*
Possuidor de má fé quando se presume, 407, 438. — Restitue fructos perceptos e percipiendos, 448. — Só póde pedir indemnização das despesas, ou bemfeitorias necessarias, *ib.*, 449. — As uteis pode levantal-as, sendo possivel, 407. — Até responde pelas deteriorações filhas do acaso; e incumbem-lhe as despesas da entrega, 449.
—— injusto quem é, e direitos, de que goza, 436.
—— ficto em pena do dolo quem é, 445.
—— da hypotheca, seus direitos e obrigações, 642 e 643. — Por que tempo póde prescrevel-a, 644.
Posthumo (filho) que é, 60. — Se foi preterido no testamento, que o pae fez, annulla-o *in totum*, 691.
Prazo perpetuo ou fateuzim que é, 534 e 535 n. — Sempre se communica, em quanto á estimação, 244, 574: — excepto sendo familiar, na especie da Nota ao §. 535.
—— de vidas de livre nomeação que é, 534 e 535. — De nomeação restricta — familiar puro — e mixto que é, *ib.* — Comprado na constancia do matrimonio, communica-se o preço, e as bemfeitorias sempre, 244, 581. — Se a mulher figurou tambem na compra, em regra succede nelle por morte do marido, 575, 579, 563.
—— ecclesiastico qual se diz ser, 535 n. — N'este é essencial a escriptura publica, 539. V. *Aforamento*, *Successão* de...
Precario que é, 771.
Preço que é, 90. — Commum: de affeição, *ib.* — Na indemnização qual se pode exigir, 137. — Justo qual se diz, e que requisitos deve ter na compra, 808. — Onde e quando deve ser pago, 809. — De pão emprestado, 775. — De cereaes vendidos a credito, 808. — De fructos, que o rendeiro não pagou, 838.
Predio que é — urbano — rustico, 79 n. — Quando se

póde tirar por encravado: — por contiguo, 405. — Para obra publica, 404.
Predio dominante: — serviente que é, 587.
Preferencias (direito de) que é, e quando tem logar, 653, Considerações sobre a legislação a este respeito, Not. DD. V. *Crédores como se graduam.*
Prejuizo. V. *Damno.*
Prelação. V. *Opção.*
Prendas, que o esposo dá á esposa, que valor não podem exceder, 212 n. — Não se communicam, 245. — A acção de as pedir por que tempo prescreve, 212.
Prescripção que é, 454. — Seu fundamento, 455. — Não póde o juiz applicar, se a parte a não allega; nem renunciar-se anticipadamente, *ib.* — Cousas, que por ella se podem adquirir: direitos e acções, que se extinguem, 456. — Desde quando começa a currer, 457. — Quando e como se interrompe, 458. — Interrompida, o tempo anterior fica perdido, *ib.*
—— adquisitiva, requisitos especiaes, que exige, 459 e seg.
—— extinctiva, requisitos especiaes, que exige, 459, 465 e seg.
—— immemorial é um meio de provar as servidões descontinuas, 599 e n.: — e que os bens são de vinculo, 464 n., 504.
—— Desde quando começa a currer contra a mulher a respeito dos bens dotaes, 273. — Se aproveitará ao usufructuario, 621. — Se o devedor póde prescrever contra o seu proprio titulo, Not. T.
—— considerações sobre a sua theoria e legislação, Not. S. — Z.
Preso por dividas, casos, em que se póde ser, 170 n. — se alguem o foi injustamente, como deve ser indemnizado, 141. — Não póde contractar com a parte, que o fez prender, sem assistencia do juiz, 736. — Quando o póde ser o depositario, 786, 791. — O colono de herdades do Alémtejo, 847.

Prestação nos actos juridicos deve ser possivel, determinada e util, 98. — Da evicção. V. *Evicção.*
Prestações com tracto successivo por que tempo prescrevem, Not. Z. — As dividas em atraso por que tempo deveriam prescrever? 465 n.
Presumpção que é, e suas especies, 193. — Legal exime de outra prova, 194. — *Juris et de jure* não a admitte em contrario, *ib.* — Simples em que termos deve ser attendida pelo juiz, 195.
Presumpções bastam para provar o dolo, 101.
Principal (cousa) que é, 82. — Na accessão, em caso de duvida, qual se presume, 420.
Prisão injusta como se indemniza, 141.
Privilegios que são; suas especies, e por que tempo duram, 48. — Quaes estão abolidos, *ib.* — V. *Crédores, Dote*, etc.
Proclamas costumam dispensar-se, e a sua omissão não induz nullidade, 221.
Procuração. V. *Procurador, Mandato.*
Procurador geral, que actos póde practicar, Not. U.
—— deve juros, eis que empregou em seu proveito os capitaes do constituinte, 128. — Não póde representar mais que um membro do Conselho de familia, 364. — Não póde transigir sem poderes especiaes, 745. — Não póde arrematar os bens, cuja venda lhe foi encarregada, 806. V. *Mandato.*
—— *in rem propriam* é cessionario: seus direitos, 799.
Prodigo que é, 379. V. *Interdicto.*
Profissão religiosa importa uma especie de morte civil, Not. C.
Promulgação. V. *Publicação.*
Propriedade (direito de) que é, 16. — Modos naturaes de o adquirir, 17.
—— que é, 401. — Sempre se presume livre, 404. — Restricções legaes, e seu fundamento, *ib.* — Modos de se adquirir, 409. — Revogavel: irrevogavel que é, 402. — Literaria que é: pela sua transmissão não se pagam direitos, 401 n.

Propriedade commum. V. *Compropriedade.*
Proprietario seus direitos, e actos, que póde practicar no que é seu, 403. — Restricções legaes dos mesmos, e seu fundamento, 404 e 405. — Está sujeito aos regulamentos de policia, 404. — Eis que adquiriu a posse imperfeita da cousa, que era sua, interrompeu a prescripção, 458 n. — Não é obrigado a conservar o arrendamento no fim do usufructo, 840.
Protesto que é, 51. — Do crédor no concurso, quaes os seus effeitos, 662.
Protimeseos. V. *Opção.*
Prova que é, 173. — Quando se diz plena, e quando semiplena, 174. — Ordinaria, extraordinaria, por que meios se faz, 175.
Provisões dos tribunaes que são, 36 6.°
Pubere quem é, 58. — Não se obriga válidamente sem auctorização, 308. — Mas póde testar sem ella, 675. — Goza do beneficio da restituição, 386. — Seus bens por que tempo prescrevem, 463. — Como e quando podem ser vendidos, 367, 805. — Não pode ser testamenteiro, 720.
Publicação da lei, para ser obligatoria, como deve ser feita, 25. — dos Decretos, 27. — das Portarias, 28. — das Cartas de Lei antigas, 36. — das Cartas Regias, dos Alvarás como era feita, 36.
Putativo. V. *Matrimonio.*

Q.

Quanti minoris (acção de) quando tem logar, 742, 816.
Quasi posse. V. *Posse.*
Quasi usufructo em que differe do mutuo, 608 n. V. *Usufructo.*
Querela do testamento quando póde ter logar, 692. — Não podem intentar os herdeiros do irmão, *ib.* — Por que tempo prescreve, *ib.*
Quitação, declarações, que deve conter, 148. — Por mão do crédor no verso da escriptura apaga a divida, *ib.* n. — Do capital, sem resalva do juros, presumem-se pagos, 149. — Dos tres annos ultimos faz presumpção de estarem pagas as pensões antecedentes, 148.

R.

Ração que é, 541. — Se o foreiro deixou de cultivar por dolo, 543.
Raizes } V. *Arvores.*
Ramos }
Raptador não póde casar com a raptada, em quanto ella não consentir, livre do seu poder, 218.
Ratificação que é, e seus effeitos, 99.
Razão da lei onde deve procurar-se, 45 1.ª
Recebedores, em quaes de seus bens tem privilegio o Thesouro, 666.
—— fiscaes, que não satisfazem, podem ser presos, 170 n.
Receitas. V. *Boticarios.*
Recibo. V. *Quitação.*
Reclamação se póde fazer da confissão por erro de facto, 177. V. *Confissão.*
Reconciliação se invalida a desherdação, 354.
Reconducção tacita que é, e quando tem logar, 841, 844.
Recoveiro, seus direitos e obrigações, 851. — Tem privilegio sobre as fazendas, que transporta, para se pagar do frete, *ib.*, 657.
Redhibição (acção de) a quem compete: quando não tem logar, e por que tempo prescreve, 816.
Redhibitorios (vicios) quaes são, 742. — Nasce delles acção alternativa, *ib.*, 816.
Reducção. V. *Testamento*, *Capella*, *Morgado*, *Foro.*
Regimen dos bens matrimoniaes: considerações sobre a variedade da sua legislação, Not. M.
Registo civil como deve ser feito, 57, 71, 226. — A quem compete fazel-o, 57 n.
—— das hypothecas que é, e qual o seu fim, 645. — A vista de que titulos se deve fazer, 647. — Modo

como deve ser tomado, 648. — Logar e tempo, em que deve ser feito, 649. — Seus effeitos a respeito de terceiros, 651. — A quem compete promovel-o, 652. — Deve ser renovado no ultimo anno de cada decennio, *ib.*

Registo, suas vantagens; comparação do systema allemão e francez, necessidade da reforma entre nós, Not. EE.

Reivindicação (acção de) que é, 406. — Seu objecto, 407. — A quem, e contra quem compete, 406. — Casos, em que nao tem logar, 408.

Religiosos professos são excluidos da successão legitima e testamentaria, 344, 689; — mas podem receber tenças vitalicias, 689. — São excluidos dos vinculos, 513. — Não podem fazer testamento, mas val o que fizeram antes da profissão, nem o podem revogar, 676 e n.

Remir. V. *Compra com a clausula de retro.*

Remissão da divida. V. *Perdão.*

—— a entrega do penhor não a faz presumir, 163. — excepto nos legados, 707.

Renda que é, e em que póde consistir, 833. — Se é lesiva, rescinde-se o contracto, *ib.* — Em que tempo, e como deve ser paga, 838. — De casas por que tempo deveria prescrever, 465 n.

—— vitalicia que é, 876 — Natureza deste contracto, 877. — Obrigações, que delle resultam, e em que differe do censo, 878 e n.

Rendas, que pagou anticipadamente o colono, não abona o successor do vinculo, 518.

Rendeiro. V. *Locação.*

Rendeiros publicos, sobre quaes de seus bens tem o Thesouro privilegio, 666.

Rendimentos. V. *Fructos.*

Renovação do prazo (direito de a pedir) que é, 567. — A quem compete, e como se regula, 568. — Quando tem logar, e como se contam as vidas, 569. — Como deve ser feita, 570. — Sem accordo reciproco não se alteram as clausulas antigas, *ib.* e n. — Quando se

faz, a mulher do foreiro fica sendo vida necessaria, 568. — As despesas costumam ser pagas pelo foreiro, 571. — Considerações a este respeito, Not. AA.

Renovação (acção de a pedir) compete tanto ao foreiro, como ao senhorio, 571. — Feita indevidamente, o successor do prazo tem acção para a reclamar, 568.

—— dos prazos de bens nacionaes póde ser feita pelo Governador Civil, 538.

Renovar (a) o arrendamento feito pelo administrador do vinculo não é obrigado o successor, findo o primeiro contracto, 518.

Renuncia da herança (tacita) quando se dá, 426. — Retrotrahe-se ao tempo da abertura da successão, 425. — Uma vez feita, se póde revogar-se, 427. — Tempo de renunciar, 429. — Deve ser feita antes das partilhas, 431.

—— dos direitos que é, 52. — A manifestação da vontade deve ser clara e positiva, 110. — Que o direito seja unicamente do renunciante, e que a lei a não proiba, 32 n.

—— da solidariedade da obrigação, como póde ter logar, 119.

—— da communião, quando tem logar, e requisitos, que exige, 252. — Seus effeitos, 253. — Dos adquiridos, 266. V. *Communião.*

—— anticipada da prescripção não se póde fazer, 455. — Dos riscos solitos e insolitos é permittida ao conductor, 845. — Da obrigação de prestar a evicção, em que termos é permittida, 811 e n. — Da legitima, quando seja valida, Not. HH.

Réo de lesa majestade é inhabil para a successão, 513 n. V. *Condemnados.*

Reparos simplices quaes são, e quaes se não podem pedir, 84 n. — Da casa alugada a quem incumbe, 834. — Que o dono do predio deve consentir por utilidade commum, ou de outrem, 591.

Repetição do que se deu por causa torpe: para fim, que se não effectuou: sem causa: do que se pagou por igno-

rancia; quando tem logar, e o que se deve restituir, 157 e seg.
Representação (direito de) que é, 336. — Na linha dos descendentes: na dos transversaes, quando tem logar, *ib.* e nota. — Não depende da qualidade de herdeiro, *ib.* — Não tem logar na successão legal dos prazos, 576, 578.
Repudiação. V. *Renuncia*.
Rescissão das partilhas. V. *Partilhas*, *Lesão*.
Reserva de direitos que é, 51. — Para validade da doação quanta seja necessaria. V. *Doação*.
Reservativo. V. *Censo*.
Resoluções de consulta que são, 36 5.°
Restituição in integrum que é, e seu fundamento, 335. — Em que negocios tem e não tem logar, 386, 391. — Tempo, em que deve ser implorada, 387, 392. — A quem aproveita, 388, 392 e n. — Seus effeitos em quanto pende, e depois de obtida sentença, 390. — Requer-se por acção, ou excepção, 389. — Não póde o juiz applicar, se o interessado a não requer, *ib.*
—— Concedida aos ausentes, e outros, 392 n.
—— dos bens paraphernaes como se faz, 280. V. *Dote*.
Retenção (direito de) que é, 51. — Do penhor quando é permittida, 629. — Da cousa vendida, 809. — Da cousa arrendada, 837. — Da cousa possuida por bemfeitorias, *ib.* 4.°
Retractação dos esposados. V. *Esponsaes*.
Retrovendendo (clausula de). V. *Compra*.
Reversão (clausula de). V. *Pactos antenupciaes*.
Ribeira, *Rio...* V. *Aguas*.
Risco em direito commercial que é, 124 n. — Da cousa depositada judicialmente para pagamento, por conta de quem corre, 151.
—— e commodo. V. *Commodo* e *Risco*.

S.

Sacrilegos (filhos) que são, 60. — Não succedem a pae nem mãe, 340 n.
Sagradas (cousas) não se adquirem pela prescripção, 456.
Salarios dos advogados, procuradores, escrivães e officiaes de justiça, por que tempo prescrevem, 465 n.
—— dos criados. V. *Soldadas*.
Salvados do naufragio, quem os arrecada, e como se deve proceder a respeito delles, 416.
Sancção que é, 2. — Não sendo explicita na lei, que se subentende, *ib.*
Sebes de arbustos, a que distancia devem ficar da extrema, 593.
Sécca póde desobrigar o colono do pagamento da renda, 845.
Secularizado (religioso) é excluido da successão legitima, 344; mas não da testamentaria, 688.
Sementeira em terreno alheio a quem pertence, 423.
Sementes (crédores de) tem privilegio sobre os fructos, que dellas nasceram, 657.
Senhor do predio, o seu direito abrange o ar perpendicular, e o centro da terra, 76 n., 592.
—— directo, ou senhorio que é, 532. — Seus direitos, 541 e seg. — Quaes bemfeitorias restitue, usando do direito de consolidação, 558. — Se o prazo se divide, póde requerer, que se eleja cabecel, 545. — Se não consente, deve encabeçar-se, 564. V. *Aforamento*.
—— de casas, casos, em que póde fazer despejar o inquilino, 842. — Seus direitos e obrigações, *ib.*, 841. V. *Locação de casas*.
—— de predios frugiferos, seus direitos e obrigações, 843 e seg. V. *Locação*.
Sentença, que passou em julgado contra a lei interpretativa publicada depois, terá vigor? 8 n.
Separação dos conjuges, temporaria ou perpetua, por que causas póde ter logar, 237 e n. — Effeitos, que produz, 239.

Separação (acção de) como se processa, e a quem se requer, 238. — Por sevicias póde começar por deposito da mulher, *ib.*
—— perpetua revoga o testamento de mão commum, 728. — Se annulla a doação para o casamento, que fizeram como esposos, 767.
—— simples de bens entre os conjuges quando tem logar, 240.
—— de bens para crédores, despesas do funeral, etc., em que termos se faz, 489.
—— entre crédores V. *Beneficio* da ...
Sequestro que é, 789. — Suas especies, e quando tem logar *ex officio*, e a requerimento da parte, 790, 447, 474. — Aquelle, que injustamente o requereu, deve indemnização, 141. — Direitos e obrigações do depositario judicial, 791.
Serviços pessoaes o que eram, 542 n. — Estão abolidos, *ib.*
Servidão que é, 587. — Sua natureza, 588. — Real, pessoal, 587 e n. — Affirmativa, negativa, continua, descontinua, apparente, não apparente, rustica, urbana, quaes são? 589 e n.
—— natural dos predios inferiores, 590. — De aqueducto; de valla para dar escoante; para obras e reparos; para cultura; de pastagem commum, 591.
—— como se constituem, 590, 591, 597, 598, 599. — Pessoas, que as podem constituir, 598. — Por quem se podem adquirir e conservar, 600. — Quaes se podem provar pela prescripção, 599.
—— direitos e obrigações, que della resultam, e como se regula o seu exercicio, 588, 601. — Como se extinguem, e quando revivem, 602.
—— acções, que lhe são proprias, 603 e seg.
Servos da pena ficam os condemnados á morte, Not. C.
Séteiras para receber luz são licitas, mas o vizinho, querendo levantar a casa, póde fazel-as tapar, 594.
Sevicias dão logar á separação dos conjuges, 237.
Signal que é, e seus effeitos nos contractos, 740. —

Quando é que se entende dado em principio de paga? *ib.* e n. — Contém effeito suspensivo ou resolutivo? *ib.*
Silencio quando é indicio de consentimento, 99.
Simulação que é, 101 n.
Siza, o seu pagamento é essencial na compra de bens de raiz, 804. — Quando se deve das permutações, 553 n., 828. — Paga-se do censo perpetuo, 585.
Sobrinhos, que vem pelo direito de representação, como succedem, 343.
Sociedade em geral que é; sua classificação em quanto ao fim; sua administração como se regula: como se conserva e dissolve, 74.
—— em especial que é, 861. — Carece de convenção expressa, *ib.* — Sua classificação em quanto ao objecto, 862. — Sua administração como se regula, 863.
—— direitos e obrigações dos socios, em quanto ás entradas, 864. — Ao uso dos fundos da sociedade, 865. — Ás contas da mesma, 866. — Ás obrigações para com terceiro, 867.
—— seus lucros e perdas como se distribuem, 868. — Como se dissolve pela sua natureza, 869. — Pela renuncia, 870.
—— tacita entre pessoas da mesma familia, para se dar, que é necessario, e quaes factos se presumem sociaes, 871. — Como se partem os fructos e lucros ao tempo da dissolução, 872.
Socios nos arrendamentos do estado, e no commercio, são solidarios, 867. — Quando lhe aproveitará o beneficio da restituição do socio menor, 388. — Não póde constituir servidão, 598. V. *Sociedade*.
Soldadas, se as deve o pae ao filho, 304. — Que ficou devendo aos criados o administrador do vinculo, em que termos as paga o successor, 521. — Do ultimo anno e do corrente têm privilegio, 656. — Não havendo convenção, como se arbitram, 855.
—— (acção de) como se elide, e por que tempo prescreve, 860, 465 n.

Solidariedade de direitos e obrigações, 116 e seg.
Solidarios, se o são os coemphyteutas, 548. — Em regra não o são os procuradores, sendo muitos, 796. — Se o são os socios, 867. — Os fiadores, 886. — Os commodatarios, 772. — Os testamenteiros, 720.
Sombra das arvores, se o prejuizo, que causa, póde exigir-se, ou que se cortem os ramos, 593 n.
Sonegados (acção de) a quem, e contra quem compete: pena do que encobre bens com dolo ao inventario, ou á collação, 431, 496. — Se a pena passa aos herdeiros, e se tem logar somente nos inventarios de menores, 496 e n.
Stellionato (crime de), quem nelle incorre, 627.
Stupro (filhos de) são equiparados aos naturaes, não tendo outro defeito, 60.
Subemprazamento (direito de) pertence ao foreiro com as clausulas, que lhe convier, 561.
Sublocação póde fazer o conductor, 832.
Subrogação que é, e suas especies, 152 e seg. — Legal, casos, em que se verifica, 153 — Convencional, requisitos, que exige, 154. V. *Pagamento* por...
Substabelecido, quando deve o procurador responder pelos factos delle, 796.
Substituição de herdeiro, em geral, que é, 713.
—— vulgar quando tem logar, e quando caduca, 714. — Com ella se póde fazer nomeação do prazo, 564.
—— pupillar quando fique sem effeito, 715. — Se do pupillo ficam herdeiros necessarios, sómente se verifica na terça, *ib.* — Exemplar, 716. — Reciproca, 717. — Fideicommissaria, 718. V. *Fideicommisso.*
—— de substituição directa será permittida? 714 n.
Substituto da herança, se morre depois do testador, mas antes da renuncia do herdeiro, transmitte-a aos seus, 714.
Sub-tutor, suas obrigações, e quando terminam, 368. — Deve registar a hypotheca do tutor em favor do pupillo, 652.
Successão legitima que é, 333. — Seu fundamento, 334.

— *In capita; in stirpes;* por linhas que é, 337. — Dos descendentes legitimos, 338. — Dos filhos naturaes, 339. — Dos espurios, 340 e 341. — Concurrendo naturaes com espurios, 341. — Dos ascendentes, 342. — Dos collateraes, 343. — Dos conjuges, 345. — Do Thesouro, 346. — Pessoas excluidas della, 344. — E da testamentaria? 689 e 690. — Em duvida qual deve ser mais favorecida? Not. FF.
Successão legal dos prazos, quando tem logar, 572. — Seu fundamento, 573. — Dos fateusins, 574. — Dos de vidas, 575 e seg. — Dos de geração, e de successão restricta, 579.
—— dos vinculos. V. *Morgado.*
Successor em geral que é, 53 n., 333 n.
—— do vinculo é admittido a lançar no aforamento dos bens, e prefere tanto por tanto, 517. — Não é obrigado a renovar a locação, findo o primeiro contracto, 518. — E a conservar a que achar feita, em que termos, 840. — Por que dividas do administrador defuncto é obrigado, 521. — Das que pagou, quaes póde repetir, 522. — Que deteriorações tem direito a pedir, e que bemfeitorias repõe, *ib.* — Quaes fructos lhe pertencem; e os civis como se rateiam, 523.
—— acções, que póde intentar contra o administrador, 523 n.
—— do prazo de vidas, que reposições é obrigado a fazer á herança por conta delle, ou seja herdeiro necessario ou collateral: quaes se não repetem nas seguintes successões, 580 e 581. — A que dividas do antecessor fica obrigado, 582. — Como deve partir os fructos, *ib.*
—— legitimo dos prazos não é obrigado a conservar o arrendamento, que achou feito, 840.
Supervenience de filhos póde fazer rescindir a nomeação do prazo, 566. — Annulla as doações, 761, 768.
Supplemento de idade, e carta de emancipação hoje importam o mesmo, 315 n.
—— de partilhas. V. *Partilhas.*

Supprimento do consentimento dos superiores para casar; causas, por que o juiz deveria negal-o, 223 e n. V. *Consentimento.*

—— das legitimas offendidas podem os herdeiros necessarios requerer, 352.

Surdos e mudos são equiparados aos interdictos, 379 n. — Não podem testar, a não saberem escrever, 675. Nem ser testemunhas do testamento, 686.

Suspensão dos direitos politicos, 202. — Da prescripção quando se verifica, 457.

T.

Taberneiros, as dividas de generos, que fiam, por que tempo deveriam prescrever, 465 n.

Tabellião, se é válida a doação por elle acceita em nome dos ausentes, 751 n., 764. — Póde escrever o testamento cerrado, e approval-o depois, 679.

Tapumes, que o dono do predio deve consentir em utilidade de outrem, ou commum, 591. — De arbustos em que distancia devem ficar da extrema, 593.

Telhado. V. *Beiraes.*

Temor reverencial que é, 102 e n. — Não annulla o acto, a não ser acompanhado de violencia do superior, *ib.*

Tempo continuo; util; natural; civil que é, e como se conta, 50.

Tenças podem as freiras receber a titulo de alimentos, 689. — Annuaes não vêm á collação, em quanto não excedem os alimentos, 481.

Terça que é, 349. — Computa-se unicamente sobre o valor dos bens existentes no casal ao tempo do fallecimento; e se estes foram absorvidos pelas dividas ou pelas legitimas, não se aparta, 350. — Separa-se, depois de deduzir todas as dividas e despesas, 490. — Com escolha de bens será permittida? 487 n.

—— da terça sempre se entende reservada nas doações, que os paes fazem da mesma, 753.

Terceiro quando ficará obrigado pelos contractos feitos por outrem, 741. — Que possue a hypotheca, quando póde o crédor demandar, para que lhe pague, ou lh'a entregue, 643.

Termo que é, 106. — Incerto, em regra, e equiparado a uma condição, *ib.* — Seus effeitos nos testamentos, 701.

Testador deve ter capacidade natural e civil, 675, 676. — E em que tempo se requer? 676 n. — Que tem herdeiros necessarios, só póde dispor da 3.ª; e ainda que os não institua, nem desherde, 691. — Se os preteriu. V. *Testamento.*

Testamenteiro que é, 720. — Nomeado se póde ser obrigado a acceitar, *ib.* — Em falta de nomeação, a quem pertence sel-o, *ib.* — Se o não ha capaz, quem o nomeia, *ib.* — Quem o não póde ser, *ib.* — Quando póde ser removido, *ib.* — Sendo muitos, são solidarios, *ib.* — Seus direitos e obrigações em geral, 721. — E quando lhe foi encarregada a administração da herança, 722, 723. — Não póde comprar os bens da herança, *ib.*, 806.

Testamento que é, e seus requisitos essenciaes, 673. — Seu principio justificativo, 674. — Sua classificação, 677. — Pessoas, que não podem testar, 675, 676:

—— publico nas notas, requisitos, que exige, 678:

—— cerrado, seus requisitos essenciaes, 679 e n. — Se não chegou a ser approvado, como póde valer como nuncupativo, 682.

—— aberto feito por escripto particular, requisitos, que exige, quando é feito, 680: — e na sua reducção, 681. — Tera esta logar, faltando alguma das testemunhas? *ib.* n.

—— escripto, nullo por falta de solemnidades, se poderá salvar-se como nuncupativo? 683 n.

—— nuncupativo, requisitos, que exige, quando é feito, 682: — e na sua reducção, 683. — Fica nullo, se o testador convalesceu, 682.

Testamento militar, requisitos, que exige, e quem o póde fazer, 684.
—— maritimo, requisitos, que exige, e quem o póde fazer, 685.
—— dos doentes do hospital de S. José de Lisboa feito pelo Cura do mesmo, requisitos, que exige, 685 n.
—— *ad pias causas*, e outras especies caidas em desuso, 685 n.
—— as testemunhas que qualidades devem ter, 686.
—— cerrado do ausente quando se abre, 396. — Inofficioso só deixa de ter effeito desde a sentença, que o rescindiu, 724 n. — Viciado, sera a presumpção a favor ou contra a sua validade? 724 n. — Feito por um irado, se poderá annullar-se, 675 n.
—— é válido, ou nelle se disponha de toda, ou sómente de parte da herança, 693. — Em que os herdeiros necessarios não foram instituidos, nem desherdados, é valido só até onde chegar a terça, 691. — Em que foram preteridos, por se ignorar, que existiam, ou terem nascido depois, é nullo *in totum*, *ib.* — Em que o irmão foi preterido por pessoa torpe, póde annullar-se, mas cumprem-se os legados, 692 e n. — Em que ha disposição a favor de um incapaz, tem-se por não escripta, e cumpre-se no mais, 690 e n.
—— como se revoga, e quando se presume revogado, 724. — Se o segundo caduca, revalidar-se-ha o primeiro? *ib.* — Se caduca por defeito do herdeiro, subsistem os legados, 725. — Quando se rescinde em pena ou por indignidade, 726. — Effeitos das condições nos testamentos, 698 e seg., 725.
—— de mão commum exige as mesmas solemnidades, mas algumas devem ser repetidas, 727. — Será permittido aos irmãos, que vivem em sociedade? *ib.* n. — Como se revoga, 728. — Escripto por um dos conjuges, será válido no que o outro dispozer a seu favor? *ib.* n.
—— a sua execução a quem pertence. V. *Testamenteiro.*

Testamentos, as suas solemnidades não servem só para prova, 45 4.ª n., 673. — Regulam-se pela lei, que vigora ao tempo da morte do testador, e não pela anterior. Not. A. — Considerações ácerca da sua legislação. Not. FF.
Testemunhas que são, e como devem ser juradas e inquiridas, 183. — Que pessoas o não podem ser, e quaes as repellidas e suspeitas, 184, 185. — Quantas bastem para fazer prova plena e semiplena, 174. — Qualidades, que devem ter nos testamentos, 686. — Abonatorias, que se exigem ás vezes, na fiança, 882.
Thesouro achado que é, e a quem pertence, 416. — Não pertence ao usufructuario, 612.
—— quando é chamado á successão *ab intestato*, 346. — As suas dividas não admittem compensação sem lei, que a auctorize, 166. V. *Fazenda Nacional.*
Thios na successão legitima são excluidos pelos sobrinhos, 343.
Titulo de adquisição que é, 409 n. — Justo não se presume na prescripção, excepto na de 30 annos, 460. — Para o ser, que requisitos deve ter, *ib.*
—— de direito e suas especies, 53.
Titulos de divida do Estado são equiparados aos immoveis, e podem ser vinculados, 80 n., 502.
Tornas de partilhas gozam de privilegio, 639.
Torpe quem se reputa ser, 692.
Trabalhadores, seus direitos e obrigações, 854.
Tradição, differentes modos, por que se póde fazer, 440. — Da cousa vendida quando é necessaria para adquirir a propriedade della, 409 n. Not. KK. — É essencial no penhor, 626. — No emprestimo, 770, 774.
Transacção que é, 744. — Quem póde transigir, 745. — Seu objecto, 746. — Quando se póde rescindir, 747. — Seus effeitos, 748. — Sobre alimentos futuros sem auctorização do juiz é nulla, 746. — Sobre bens vinculados como deve ser feita, 519.
Transmissão (imposto de) paga-se nas doações, 756.

Traslado que é, e requisitos, que exige para fazer prova, 192.
——— de traslado sómente gera presumpção, *ib.*
Trastes (legado dos), que comprehende esta expressão, 78 n.
——— do inquilino, tem nelles privilegio o senhorio, para se pagar do aluguel, 657.
Travejar em parede commum como é licito, 595.
Tributos, que o foreiro deve pagar, 559. — O usufructuario, 614. — Quando póde pedir os que pagou, o successor do vinculo, 522.
Troca. V. *Permutação*.
Tronco que é, 62.
Tutela dos menores que é, e seu fundamento, 358. — Testamentaria quando precisa de ser confirmada pelo Conselho de familia, 359. — Legitima, pessoas, que devem ser chamadas a ella, 360. — Dativa quando tem logar, 362. — Quando termina, 376.
——— dos interdictos a quem compete, 381. — Quando, e como termina, 383. — Obrigações, que passam aos herdeiros do tutor, 376.
Tutor que é, 358. — Desde quando começa a sua responsabilidade, 360. — Quem é incapaz de o ser, 369. — Quem póde excusar-se, 370. — Quando deve allegar a excusa, 371. — Quando póde ser excluso, removido, e por que causas, 372. — Suas funcções, 373, 374. — Actos relativos aos bens do pupillo, que não póde practicar, 375, 806. — Para quaes precise auctorização do Conselho, 366. — Quando deve prestar contas, e a quem, 376, 377. — Salario, que vence, *ib.* n. — Póde ser preso pelo alcance da tutela, 170 n., 377. — Deve juros, eis que se fecharam as contas, senão entrou com o saldo, 128. — Se o cabeça de casal é menor, serve de lingua, 476. — Deve acceitar a herança a beneficio de inventario, 367. — Deve registar os créditos registaveis do tutelado, 652. — Não póde transigir sem auctorização do Conselho, e despacho do juiz, 745.

Tutor dativo depois de 2 annos, não pode ser obrigado a continuar, 376.
——— do interdicto, suas funcções, 382. — Quem o deve ser, 381.

U

Uso (direito de) que é, como se constitue, e extingue, 622. — Direitos e obrigações do usuario, 623.
Usufructo que é, 607. — Seu objecto, 608. — Como se constitue, 609. — Como se extingue, 620. — Em que bens do filho tem o pae, 305. — Usufructo de usufructo não póde haver, *ib.*
Usufructuario, que é, 607. — Seus direitos e obrigações, em quanto a fazer inventario e prestar caução, 611. — Em quanto aos fructos, 612. — Ás arvores, 613. — Aos tributos e encargos, 614. — Aos reparos e bemfeitorias, 615. — Ás dividas anteriores, 616. — Ao usufructo dos capitaes, 617. — Aos litigios, 618 — Ao exercicio do usufructo, 619. — Como e quando deve restituir os bens usufruidos, e por que damnos responde, 621. — Não póde constituir servidão, 598.
Usuario. V. *Uso*.
Usura, meios de a cohibir nas cessões, 156. Not. H. V. *Juros*.
Uterinos parentes quaes são, 64. V. *Irmãos*.

V

Vagabundos, quaes são, e onde podem ser demandados, 68 e n.
Valor das medidas como deve computar-se no censo consignativo, 585. V. *Preço*.
Valla de escoadouro de aguas póde o senhor do predio ser obrigado a dar, 591.
Varanda sobre predio alheio, como póde fazer-se, 594.
Védoria. V. *Apegação*.

Veeiros de metaes. V. *Minas.*
Velleano, SCto, em que termos desobriga as mulheres da fiança, 882.
Venda da herança quando é válida, 731, 826. — De pessoas vivas, *ib.* Not. HH. — Direitos e obrigações do comprador e vendedor, 826.
—— judicial não dá logar aos vicios redhibitorios, 816, 827. — Não se rescinde por lesão, 827. — Se a cousa foi evicta, contra quem vai o comprador, *ib.*
—— feita a dous, qual prefere, Not. KK.
Vendedor quando póde reter a cousa vendida, 809. — Tem privilegio, sobre os bens moveis e de raiz vendidos, pelo preço, 639, 657. V. *Compra.*
Venenos não podem vender-se, 807.
Venia, que pessoas não se podem demandar sem ella, 311.
Ventre. V. *Curador ao...*
Vereador. V. *Camara Municipal.*
Vestidos do uso de cada um dos conjuges não se communicam, 245.
Vicios redhibitorios que são, 815. — Nasce delles acção alternativa, 816. — Quando não têm logar, e quando prescreve, *ib.*
Vinculo que é, e requisitos, que exige, 497. V. *Morgado, Capella.*
Vinho cultivado de parceria não deve levantar o colono do lagar, sem dar parte ao senhorio, 846. — Que se estragou depois de justo, quem soffre a perda, 819.
Violencia que é, 102. — Para annullar o acto, que circumstancias deve ter, *ib.* — Sempre o annulla, ainda que fosse empregada por terceiro, se teve por fim practicar o acto, ou fazer contrahir a obrigação, *ib.* e n. — Seus effeitos nos contractos, 736. — Nas transacções, 747.
Visitas de medicos e cirurgiões, a importancia dellas por que tempo deveria prescrever, 465 n.
Vistoria que é, e quando tem logar, 197. — A ella deve sempre assistir o juiz, *ib.* n.

Vitalicia (renda). V. *Renda.*
Viuva de que honras e privilegios do marido goza, em quanto não passa a segundas nupcias, 230. — De mais de 50 annos, se casou e tinha filhos, não communica as duas partes de seus bens com o marido, 245. — Se ficou gravida, o Conselho nomeia-lhe curador ao ventre, 361. — Póde conservar-se na posse de toda a casa, em quanto os apanagios lhe não forem adjudicados, 286. — Continúa a posse antiga, em quanto não se ultimam as partilhas, 249. — Excepto casando por carta de arrhas, 257 n. — Não goza do beneficio da restituição, 392 n. — É tutora necessaria dos filhos, ate que o Conselho a excuse ou confirme, 361. — E passando a segundas nupcias? *ib.* — Poderá em testamento nomear tutor aos filhos? 359. — E cabeça de casal no inventario do marido, 474. V. *Mãe, Mulher casada.*
Viuvo. V. *Marido, Pae.*
Vizinhança como se adquire, 69.
Vodas, as despesas, que o pae fez nas dos filhos, não vêm á collação, 481.
Vulgo quesitos (filhos) são equiparados aos naturaes a respeito das mães, 60.

FIM.