GUILHERME ALVES MOREIRA

Professor de Direito

INSTITUIÇÕES

DO

DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

VOLUME SEGUNDO

DAS OBRIGAÇÕES

2.ª EDIÇÃO

COIMBRA EDITORA, L.DA

(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÉNIO)

LIVRARIA
R. Ferreira Borges, 73

OFICINAS
Avenida do Arnado

COIMBRA — 1925

A reimpressão do volume segundo das INSTITUIÇÕES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS *vem satisfazer reiteradas instâncias que me têm sido feitas.*

É meu intento editar seguidamente, além do tomo primeiro desta obra, separatas de estudos de vulto pelo Autor publicados na benemérita REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDÊNCIA *e reünir em volume alguns dos seus artigos dispersos nesta e noutras publicações de direito.*

Certo estou de que prestarei assim bom serviço a quantos se dedicam ao estudo do direito português.

Sucumbiu meu Pai a uma longa e dolorosa enfermidade quando ainda era lícito esperar muito do seu poderoso espírito e vastíssimo saber. É, porém, importantíssima e talvez em parte relativamente pouco conhecida, a obra que deixou.

Ao editá-la de novo sinto a satisfação íntima de cumprir um gratíssimo dever e de prestar à memória querida de meu Pai a homenagem do mais puro afecto e viva admiração.

Aqui consigno o meu agradecimento àqueles que, comungando nos mesmos sentimentos, me têm mani-

festado o empenho de ver realizado êste trabalho, sendo de justiça que destaque o nome do ilustre professor da Universidade doutor Manuel Rodrigues Júnior que, com o seu autorizado parecer, me facilitou a rápida publicação dêste volume.

As poucas modificações que fiz no texto das OBRIGAÇÕES *provém das* CORRECÇÕES *e* ADITAMENTOS *que acompanham a primeira edição e de algumas anotações escritas pelo Autor à margem do seu livro, tendo-me limitado a dar-lhes forma quando êle as apontou apenas.*

Inseri também algumas notas mencionando a legislação que revogou uma ou outra disposição legal citada ou que introduziu qualquer alteração de interesse nas matérias versadas.

DOMINGOS LUISELLO ALVES MOREIRA.

LIVRO II

DAS OBRIGAÇÕES

TÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

CAPÍTULO I

CONTEÚDO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

§ 1 — *Conceito de obrigação.*

COELHO DA ROCHA, *Instituïções de direito civil português*, tomo 1.º, § 112; CLOVIS BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, cap. 1.º; MELUCCI, *Istituzioni di diritto civile*, págg. 121-132; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. 1.º, n.ºs 1-13, e vol. 6.º, n.ºs 1-8; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, n.ºs 1-12; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA E BENSA, vol. 1.º, §§ 41-43, e vol. 2.º, §§ 250 e 251; DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, trad. CICALA, §§ 1-3; RAVÀ, *I diritti sula propria persona*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 32, pág. 37; CICALA, *Il rapporto giuridico*; SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 2.ª ediç., introd.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civile*, vol. 1.º, 2.ª ediç., n.ºs 719-735.

1. *Direitos absolutos e relativos.* Como norma de finalidade coordenadora das actividades sociais, o direito regula sempre relações entre pessoas, correspondendo aos poderes ou faculdades, que por êles são atribuídos, a necessidade moral, imposta a todos ou a determinados sujeitos de direito,

de praticar ou deixar de praticar certos factos. Para se determinar a natureza das relações sociais que assim se formam, é necessário atender, por um lado, aos factos cuja prática o direito subjectivo faculta, e, por outro lado, aos factos cuja prática é imposta pelo reconhecimento daquele direito, pois é pela combinação dêstes elementos que se forma o conteúdo da relação jurídica.

Êste conteúdo pode ter como elemento dominante, central, uma série mais ou menos indeterminada de factos que o titular do direito subjectivo pode realizar em relação a cousas e a pessoas, correspondendo a prática dêsses factos a um poder cuja efectivação o direito objectivo garante impondo a todos a obrigação de o respeitar, e, conseqüentemente, a abstenção de qualquer acto por que se lese êsse poder; e pode ter como elemento essencial uma prestação, facto ou série de factos, cujo cumprimento pode ser exigido de determinadas pessoas pelo titular do direito subjectivo, sendo os factos cuja prática a êstes é facultada tendentes apenas a tornar efectiva essa prestação. No primeiro caso há um *direito absoluto;* no segundo um *direito relativo*.

Assim, a lei, atribuindo a qualquer pessoa os direitos de liberdade e de apropriação, faculta factos por que êstes direitos se tornam efectivos, factos que se praticam perante todos e não em relação a pessoas determinadas, sendo sòmente pela violação dêsses direitos que a obrigação a êstes correlativa se concretiza e individualiza no autor dessa violação; o direito de propriedade compreende uma série de poderes, mais ou menos indeterminados, que se exercem sôbre cousas do mundo externo e se podem tornar efectivos contra todos, constituindo-se apenas uma relação jurídica entre pessoas determinadas no momento em que é lesado êsse direito; o direito de crédito representa a faculdade de exigir dum devedor, e portanto duma pessoa determinada, uma prestação; os direitos de marido e mulher, de pai e de filho, são poderes que se exercem sôbre determinadas pessoas ou em relação a determinadas pessoas, que assim ficam adstritas a proceder de certo modo.

O direito subjectivo, considerado em relação às pessoas

que, em virtude dêle, ficam constituídas na necessidade de praticar ou deixar de praticar certos factos, desenvolve-se numa *pretensão*. Esta pretensão será, nos direitos absolutos, o respeito pelo exercício de todos os poderes, pela prática de quaisquer factos, que êsses direitos legitimam; nos direitos relativos, a pretensão respeitará à prestação a que uma pessoa está adstrita. No direito relativo não há, porém, só esta pretensão; também há a pretensão, quanto às pessoas que não se acham directamente vinculadas pela relação jurídica, de não embaraçarem o livre exercício das faculdades ou poderes que dessa relação jurídica derivam. Por outro lado, o direito absoluto pode condicionar a existência de obrigações.

Para definir e caracterizar os direitos subjectivos não basta, pois, considerá-los em relação a um determinado modo de proceder, acções ou omissões, das pessoas perante as quais ou para com quem o direito se exerce; é necessário determinar o seu conteúdo, e, para êste efeito, atender à natureza dos poderes que o direito subjectivo abrange e às pretensões que legitima.

2. *Noção de obrigação.* A palavra *obrigação* significa, em geral, qualquer restrição ou limitação da liberdade imposta pela ordem jurídica, e, neste sentido, em que é tomada no art. 2.° do código civil, a qualquer direito, seja absoluto ou relativo, correspondem obrigações.

Desde o direito romano (1), porém, a palavra obrigação tem uma significação técnica, e nós exprimimos por ela um vínculo de carácter patrimonial que se constitue por um facto voluntário e em virtude do qual uma ou mais pessoas ficam adstritas a uma prestação para com outra ou outras.

Nesta acepção, a obrigação é uma relação jurídica em que há um sujeito activo, *credor,* a quem pertence o direito de exigir uma *prestação* de um sujeito passivo, *devedor* (2).

(1) *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura. I. 3,* 14 *pr.*

(2) Considerada a obrigação quanto ao sujeito activo, tem o nome de *crédito,* palavra por que alguns jurisconsultos exprimem a relação jurídica

Havendo necessàriamente na obrigação duas ou mais pessoas entre as quais se dá o vínculo jurídico, a determinação delas pode dar-se, como veremos, num momento posterior àquele em que êsse vínculo se forma, constituindo-se o devedor em obrigação para com pessoas indeterminadas.

A prestação é sempre um facto, acção ou omissão, a que a pessoa não estaria adstrita se não fôra a obrigação que assumiu voluntàriamente, facto que constitue o objecto imediato da pretensão do credor. Também se chama, porém, objecto desta pretensão o objecto da acção que tem de ser realizada pelo devedor. Assim, quem tenha o direito de crédito de mil réis, tanto pode dizer que tem direito a que lhe seja paga esta quantia, como a esta quantia.

A prestação, cujo objecto também pode ser mais ou menos indeterminado no momento em que a obrigação se constitue, representa um interesse de qualquer natureza para o credor, mas é necessário que essa prestação tenha de per si, ou em virtude duma cláusula da obrigação, carácter patrimonial ou valor pecuniário.

Ficam assim excluídas do domínio objectivo da teoria das obrigações as relações jurídicas, que se dão ou podem dar-se entre pessoas determinadas, resultantes dos direitos reais, dos direitos de família e dos direitos de sucessão. Essas relações, que também podem ter carácter patrimonial, são o resultado duma situação subjectiva em que uma pessoa se acha constituída e que, até no caso em que esta situação represente um produto da sua vontade, derivam, por fôrça da lei, dessa mesma situação e não directamente da vontade, subsistindo assim a obrigação, emquanto a vontade ou a actividade jurídica fôr condicionada pela situação subjectiva.

no seu conjunto, denominando assim, como Windscheid, *direitos de crédito*, os que respeitam às obrigações; considerada a obrigação em relação ao sujeito passivo, chama-se *dívida*, aplicando-se todavia êste têrmo quási exclusivamente às obrigações em que a prestação é pecuniária, e também se chama *obrigação*. Pela palavra *obrigação* designa-se ainda o facto ou título em virtude do qual se constitue ou prova a relação jurídica.

3. *Confronto entre os direitos de obrigação, os direitos reais, os direitos de família e os de sucessão.* Os direitos reais têm, como os direitos de família, carácter patrimonial. São todavia fundamentais as diferenças que existem entre estes dois grupos de relações jurídicas.

O titular do direito real tem sôbre as cousas do mundo externo um conjunto de poderes, que se revelam pela prática de actos que recaem sôbre essas cousas, e as pretensões consistem no seu livre exercício perante todos. O objecto imediato dos direitos reais são os factos que o sujeito activo dêstes direitos pode praticar, e, como esses factos incidem sôbre as cousas, estas constituem o objecto mediato do direito real, sendo êste o seu elemento característico. As pretensões, em relação a todos, de respeitarem o direito real, derivam da própria natureza dos poderes que há sôbre as cousas, da *facultas*, e não determinam portanto o conteúdo do direito real, ao contrário do que sucede nas obrigações.

Nestas não há um poder sôbre uma cousa determinada, mas o de exigir de pessoa determinada uma prestação, a prática dum facto; o poder que tem o sujeito activo da obrigação não representa a idea de domínio, pois que êste não pode exercer-se, na esfera dos interesses de carácter privado, em que há o princípio da igualdade, sôbre as pessoas, e são estas que têm de efeituar a prestação. Há direito *à* prestação, mas não *sôbre* a prestação (1). No direito real há a idea de domínio, dando-se poderes *sôbre* a cousa.

Sendo os direitos reais um conjunto de poderes sôbre cousas determinadas, tornando-se esses poderes efectivos sôbre as próprias cousas e valendo em relação a todos, segue-se que o titular dêstes direitos pode, quanto às utilidades da cousa a que o direito respeita, exercer o seu direito com exclusão de qualquer outra pessoa, e, quanto a determinados direitos reais, reivindicar a cousa de qualquer possuïdor ou detentor. Nas obrigações, como há direito a uma prestação, mas não

(1) *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* D. 44, 7, 3 pr.

sôbre cousas determinadas, o credor, sempre que a obrigação não seja voluntàriamente cumprida, terá de tornar efectivo o seu direito, pelo valor pecuniário que êste representa, contra o património do devedor, até no caso em que seja autorizado a fazer prestar por outrem o facto a que êle estava obrigado (art. 712.°), sem que tenha em relação aos bens do devedor, considerados individualmente, direito algum que derive da própria relação de crédito, e não podendo portanto invalidar quaisquer direitos que sôbre esses bens hajam sido adquiridos por terceiros.

Há relações jurídicas em que existe conjuntamente o direito real e o vínculo de obrigação, e aquele pode estar directamente relacionado com esta, já pela causa, já como garantia. Assim, realizando-se a venda duma cousa determinada, a transferência da propriedade dessa cousa para o comprador dá-se só por efeito do contrato, sem dependência da tradição (art. 715.°). Não havendo a tradição, o vendedor fica, em virtude do contrato, obrigado a entregar a cousa vendida, sôbre a qual o comprador já tem o direito de propriedade, que poderá exercer contra terceiros, reivindicando dêstes a cousa, se foram cumpridas as formalidades necessárias para que o contrato produzisse efeitos em relação a eles. Efeituando-se um contrato de empréstimo, pode o devedor ou um terceiro garantir o seu cumprimento por meio de hipoteca, e, em virtude desta garantia, o credor fica tendo o direito de se pagar pelo valor dos bens sôbre os quais se constituiu a hipoteca. Êste direito é real, acompanhando os bens, desde que esteja registado, em poder de qualquer possuïdor, e dando ao credor preferência sôbre os outros credores, quer do devedor, quer de terceiros que hajam adquirido os bens hipotecados.

Os efeitos que derivam, nestes casos, do direito real e do direito de obrigação são diversos. O devedor, estando pessoalmente obrigado, responde pelo cumprimento integral da prestação por todos os bens do seu património; em relação a terceiros, só pode tornar-se efectivo o direito real, sendo êste direito e não o de obrigação que o credor pode exercer contra eles.

Os direitos reais podem condicionar, em harmonia com a organização da propriedade, a existência de obrigações que consistam até em prestações positivas. Assim, há para os proprietários as obrigações resultantes da propriedade comum e das relações de vizinhança; há servidões estabelecidas por lei e por vontade do proprietário. De prestações de factos positivos nestas obrigações temos exemplos nos artt. 2178.° e 2277.° (1).

Estas obrigações resultam, porém, da própria situação jurídica em que se constituiu o possuïdor ou proprietário como tal, e acompanham o prédio, de forma que, abandonando o possuïdor ou proprietário o prédio, não se podem tornar efectivas contra êle, como resulta das disposições citadas, em que se lhe atribui o direito de abandonar o prédio. Não se trata, pois, de obrigações autónomas, mas condicionadas pelo direito de propriedade.

Os direitos de família são faculdades que se exercem sôbre pessoas ou em relação a pessoas determinadas, que ficam adstritas a certas prestações, e sôbre bens; pelas relações de família fixam-se também condições que determinam a susceptibilidade de direitos e obrigações, podendo exercer-se contra quaisquer pessoas as faculdades que derivam do estado civil assim constituído. Parece, assim, que as relações de família participam dos caracteres do direito real e do direito das obrigações; mas a verdade é que o direito de família é informado por princípios peculiares.

Nas faculdades que se exercem sôbre as pessoas e que representam uma forma de organização social, não há actualmente a idea de domínio, que o próprio conceito de personalidade exclui; as obrigações que resultam dos vínculos de família, ainda no caso em que tenham carácter patrimonial, filiam-se na própria organização da família e são dominadas

(1) No código civil espanhol chama-se *servidão positiva* à que obriga à prática de actos pelo dono do prédio serviente ou a sofrer que o dono do prédio dominante os pratique (art. 533.°).

pelos princípios de ordem pública em que assenta êste instituto; e também nele se inspiram os direitos dos cônjuges sôbre os bens. A organização da propriedade e a teoria das obrigações têm de ser portanto modificadas em harmonia com os interesses da família.

Do direito sucessório, caracterizado pelo modo especial por que se regula a transmissão do património do autor da herança, resultam direitos e obrigações tanto para os sucessores a título universal como a título singular; mas estes direitos e obrigações, que estão directamente relacionados com a transmissão dos bens do autor da herança para os herdeiros e legatários, constituindo parte integrante do instituto sucessório, estão sujeitos ao regimen especial para êste estabelecido, que se fundamenta principalmente no instituto da família.

4. *Carácter do direito das obrigações.* Do que acabamos de dizer resulta já que os princípios que dominam a teoria das obrigações não podem aplicar-se, em todo o rigor, aos vínculos que se formam em virtude da organização da propriedade, do instituto da família e do direito sucessório. Êste assunto merece, porém, pela sua importância, que lhe dêmos algum desenvolvimento.

A obrigação é um vínculo em que uma pessoa se constitue voluntàriamente por um negócio jurídico ou por um facto lícito ou ilícito. A prestação a que fica adstrita, e que representa uma limitação ou restrição da sua liberdade, não se vai filiar numa situação subjectiva, que preexista ao facto gerador da obrigação, sendo esta um produto imediato ou mediato da sua vontade. E como nas obrigações só há interesses patrimoniais de carácter privado e se não condiciona por elas de modo permanente e coactivo a actividade jurídica, os efeitos da obrigação assim constituida ficam dependentes da vontade dos interessados, podendo modificar-se livremente o conteúdo das obrigações.

É êste o princípio dominante em matéria de obrigações. Dentro do âmbito em que, segundo os limites fixados pela ordem jurídica, as pessoas, singulares ou colectivas, se podem desenvolver livremente na realização dos seus interesses de carácter privado, o direito garante as relações em que elas se constituam, e estabelece disposições, ordinàriamente de carácter supletivo, por que procura normalizar essas relações.

E assim se explica que seja o instituto das obrigações aquele em que, quer na parte regulada pelo direito civil, quer pelo direito comercial, mais se aproximam as legislações dos diversos países, que têm tido como principal fonte o direito romano. Como produtos da vontade, as obrigações podem ser reguladas pelo direito independentemente das condições peculiares que se dão em cada Estado, e que tão directamente actuam na organização da propriedade, da família e das sucessões.

Por onde se vê que o instituto das obrigações é de carácter menos complexo que os outros institutos regulados pelo direito civil.

No conteúdo das relações jurídicas que estes institutos disciplinam, dominam princípios de interesse e ordem pública em virtude dos quais, limitando-se a liberdade das pessoas que por elas ficam vinculadas, se estabelecem excepções ao princípio da liberdade que domina em matéria de obrigações. Pela teoria geral das obrigações não pode portanto explicar-se completamente o regimen especial que, em virtude da organização da propriedade, da família e das sucessões, se estabelece para as relações entre pessoas. Estas relações não podem considerar-se dum modo autónomo, sendo, como são, o resultado duma situação jurídica preexistente, que as condiciona.

Há sem dúvida na teoria geral das obrigações princípios que se aplicam às relações que se constituem em virtude do direito de propriedade, de família e de sucessão. Não podem, porém, esses princípios aplicar-se em todo o seu rigor.

A teoria geral das obrigações penetra em todos os institutos do direito civil, mas há nestes institutos normas especiais que não podem deixar de tomar-se em consideração, sempre que se procuram determinar os efeitos das obrigações que assim se estabelecem.

Na teoria das obrigações consideramos estas dum modo autónomo, como constituindo na necessidade de realizar certas prestações pessoas que, anteriormente ao facto de que a prestação resulta, não se achavam directamente vinculadas com o sujeito activo das obrigações. Quando as obrigações se filiem num vínculo preexistente, terão o seu lugar adequado nos institutos jurídicos em que, regulando-se esses vínculos, se determinam e disciplinam essas obrigações.

§ 2 — *Natureza do vínculo obrigatório*

COELHO DA ROCHA, *Instituïções*, tomo 1.º, § 113; BAUDRY-LACANTINERIE, *Des obligations*, tomo 2.º, 3.ª ediç., págg. 737-786; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 1.º, §§ 38, 39 e 45, e pagg. 1144 a 1151, e vol. 2.º, §§ 287-289; POLACCO, *Le obbligazioni*, n.os 14-29; DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 3-5; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 1.º, n.os 32-67; MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno*; DORVILLE, *De l'interêt moral dans les obligations*; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. 17, n.os 1 e segg.; PLANIOL, *Traité élémentaire*, vol. 2.º, 2.ª ediç., n.os 337-346; FISICHELLA, *Delle obbligazioni naturali*.

5. *O vínculo obrigatório é pessoal e patrimonial.* Em virtude do vínculo obrigatório uma pessoa fica adstrita a uma prestação. No momento pelo menos em que se exige o cumprimento da prestação essa pessoa tem de ser determinada, e a prestação é sempre um facto, quer seja positivo, quer negativo.

O direito à prestação não dá, porém, ao credor um poder directo sôbre a pessoa do devedor, não podendo êste ser compelido coactivamente à prática dêsse facto: *nemo potest precise cogi ad factum*. A sujeição do devedor ao credor, tendo êste o direito de o tornar escravo, quando não cumprisse a obrigação, ou de o reter como prisioneiro até que a cumprisse, foi substituida pelo conceito de que a garantia do cumprimento da obrigação é o património do devedor. É êste o princípio dominante no direito moderno e que tende pronunciadamente a tornar-se exclusivo, sendo raros os casos em que, como meio de coagir o devedor ao cumprimento da prestação, por si ou por outrem, se admite a prisão.

Quando se declara que a obrigação é *pessoal*, significa-se não só que o vínculo respeita a uma determinada pessoa, mas que o seu património responde pelo cumprimento da prestação.

É neste sentido que se diz que o direito de obrigação é *pessoal*, e que se chamam *pessoais* as acções que têm por objecto o cumprimento de obrigações (cód. de proc. civ., art. 2.º § 2.º), devendo notar-se que, não podendo exercer-se o poder do credor sôbre a pessoa do devedor, o direito vai sempre tornar-se efectivo, na fase executiva, sôbre os bens que constituem o património do devedor (1).

Estas ideas elementares resolvem, a nosso vêr, as dúvidas que se têm suscitado sôbre se o conteúdo da obrigação pode ser constituido por interêsses que não tenham carácter patrimonial.

Como já notámos, a prestação a que se obriga o devedor pode ter por objecto quaisquer interesses do credor, tanto os de ordem patrimonial, como os de ordem moral. Um indivíduo pode obrigar-se a não tocar piano durante certas horas do dia ou da noite, para não incomodar um vizinho. O interêsse que êste pode ter em que se não toque piano não tem carácter patrimonial; e, como êle não pode coagir o vizinho a não tocar piano, se a obrigação não fôr constituida de modo

(1) A expressão *direito e obrigação pessoal* é, além do sentido em que a tomamos no texto, usada na nossa legislação em outras acepções. Assim, chamam-se *direitos e obrigações meramente pessoais* (art. 1737.º) e *puramente pessoais* (art. 2014.º) os que se extinguem com o autor da herança, não se transmitindo aos herdeiros, como são os direitos de usufruto, as obrigações alimentícias; dá-se a designação de *direitos exclusivamente pessoais* (art. 1038.º) àqueles a que o devedor pode renunciar, sem que a renúncia possa ser anulada pelos credores; diz-se também que um direito é *pessoal*, quando só pode ser exercido pela pessoa em favor de quem foi estabelecido, como sucede com o direito de uso e habitação (art. 2254); *pessoais* são ainda os direitos chamados originários e os de família puros ou que não respeitam a bens. Veja-se WINDSCHEID, *obr. cit.*, tomo 1.º, págg. 597 e segg.

que, deixando de ser cumprida, o credor tenha direito a outra prestação, a prestação a que o sujeito passivo da obrigação ficou adstrito não terá valor exigível (art. 671.º n.º 2.º) e a obrigação não produzirá conseqüentemente efeitos jurídicos.

Sempre que o conteúdo da obrigação sejam interêsses de carácter moral, é necessário que, por vontade das partes ou por disposição da lei, se fixe ou possa fixar a indemnização a que o credor fica tendo direito, no caso de não ser cumprida a prestação. Se assim não suceder, o credor só poderá tornar efectivo o seu direito, no caso de a obrigação não ser voluntàriamente cumprida, contra os bens do devedor, e, como o interêsse do credor é de carácter moral e não pode determinar-se a prestação pecuniária que corresponde a êsse interêsse, segue-se que o credor ficará sem acção contra o devedor, pois que esta só podia recair sôbre o seu património.

No código civil alemão declara-se (art. 241.º) que em virtude da obrigação o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação, sendo intencionalmente que se não fez referência ao valor pecuniário da prestação, para significar que a obrigação se constituia vàlidamente sempre que houvesse um interêsse legítimo para o credor, embora êste fôsse de carácter exclusivamente moral. No mesmo código preceitua-se (art. 253.º), porém, que em relação a um dano que não tenha carácter patrimonial a reparação só pode ser exigida nos casos fixados na lei. Vê-se, pois, que a disposição consignada neste artigo restringe o princípio formulado no art. 241.º, porquanto, no caso de inexecução duma obrigação que não tenha de per si valor pecuniário, o credor não poderá exigir a indemnização, ficando assim sem acção contra o devedor.

Embora a prestação represente para o credor um interêsse moral ou afectivo, há de haver sempre uma prestação pecuniária que, por vontade das partes ou disposição da lei, lhe corresponda.

6. *O vínculo obrigatório tem sempre carácter jurídico.* No sentido em que acabamos de o definir, pelo vínculo obrigatório constitue-se o devedor na necessidade de efeituar uma prestação, a que pode ser compelido coactivamente. Tendo-se constituido voluntàriamente uma obrigação, a lei, uma vez estabelecido o vínculo entre o devedor e o credor, faculta a êste uma acção, em virtude da qual o devedor pode ser coagido ao seu cumprimento.

Não envolvendo um poder sôbre a pessoa do devedor, não significando assim uma limitação directa da liberdade, a obrigação, pela qual se estabelece, em última análise, uma relação entre dois patrimónios, pode ter para o devedor graves conseqüências de carácter patrimonial, pela indemnização a que fica adstrito no caso de inexecução.

Em determinadas circunstâncias o legislador, embora não se verifiquem todas as condições exigidas por lei para que uma relação da vida real forme um vínculo obrigatório, e não atribuindo conseqüentemente a essa relação carácter jurídico, reconhece no cumprimento voluntário da prestação que nela se filia efeitos que correspondem, em parte, ao cumprimento duma obrigação vàlidamente constituida, em que o credor tenha o direito de acção. Assim, preceituando-se (art. 1541.º) que o contrato de jôgo não é permitido como meio de adquirir e que (art. 1542.º) as dívidas de jôgo não podem ser pedidas judicialmente, embora se disfarcem com as aparências de qualquer outro contrato ou novação, estabelece-se que, se o jogador tiver pago o que perdera, não poderá tornar a pedir o que assim pagou, quando se não verifiquem as condições previstas nos n.ºs 1.º e 2.º do art. 1542.º.

Estabelece-se assim neste artigo uma excepção ao princípio formulado no art. 758.º em virtude do qual se alguém, por êrro de facto ou de direito, paga o que realmente não deve, pode recobrar o que houver dado. Nem pode dizer-se que êste artigo é aplicável por fôrça do disposto no n.º 1.º do art. 1542.º, pois que o dolo ou fraude a que êste n.º se refere e as circunstâncias a que nele se alude são os que podem invalidar o próprio contrato de jôgo e não o facto do pagamento.

Temos portanto uma relação entre o jogador que ganhou

e o que perdeu em virtude da qual, não tendo aquele um direito de crédito contra êste que seja directamente garantido pela lei, pois que esta lhe não dá o direito de acção, se atribue ao pagamento, pelo facto de não se poder repetir o que voluntàriamente tenha sido pago, embora êsse pagamento fôsse efeituado na convicção de que podia ser exigido, um efeito correspondente ao do pagamento duma dívida exigível. Acresce ainda que a prestação efeituada não é considerada como um negócio jurídico a título gratuito, não podendo dar-se conseqüentemente a redução ou revogação dessa prestação nos casos em que podem ser revogadas ou reduzidas as doações ou cessões gratuitas. O código diz «se o jogador tiver *pago*», e a idea de pagamento exclue a de liberalidade.

Situação idêntica à criada pelo contrato de jôgo é a que se constitue pelo contrato de mútuo feito a menores, quando esses contratos se não efeituem nas condições previstas no art. 1536.º. Assim, preceituando-se (art. 1535.º) que o empréstimo feito a um menor sem a devida autorização não pode ser exigido, nem do mutuário, nem do fiador, se o houver, e não se formando assim, em virtude dêsse contrato, um vínculo jurídico entre o mutuante e o mutuário, declara-se (art. 1535.º § único) que, se o menor tiver pago a cousa pedida ou parte dela, não terá direito de pedir a sua restituïção. Existe também aqui a idea de pagamento, não correspondendo êste a uma prestação a que o menor estivesse coactivamente adstrito, e os efeitos que dêsse pagamento derivam são não só o de se não poder repetir o que se pagou, mas também o de não se poder considerar êsse pagamento como um acto de liberalidade.

Como devem, perante a técnica jurídica, classificar-se estas relações? Em que casos são admissíveis?

7. *As denominadas obrigações naturais consistem numa situação de facto a que o legislador reconhece determinados efeitos.* Vamos responder às perguntas que acabamos de formular em face das disposições consignadas no nosso código civil. Para que se compreenda, porém, o sistema por êle adoptado necessário é que exponhamos sucintamente a doutrina relativa às chamadas *obrigações naturais*, que eram admitidas pela nossa jurisprudência anterior ao código civil.

A *obrigação natural*, contrapondo-se à *civil*, distingue-se desta em ser desprovida de acção, não podendo assim o devedor ser compelido directamente ao cumprimento da prestação. A *obrigação natural* não representava, porém, no direito romano, como não representa também nos modernos códigos civis, que ainda admitem, como o francês (art. 1235.º) e o italiano (art. 1237.º), a terminologia do direito romano, apenas um mero dever comum de moral, pressupondo uma relação concreta entre as pessoas vinculadas pela obrigação, de que derivavam certos efeitos reconhecidos pelo direito, sendo estes uma sanção indirecta dessas obrigações.

No direito romano, em que as obrigações naturais exerceram uma função importante como meio de conciliação entre o direito positivo e a equidade, quem se achava constituído numa obrigação natural não só estava inibido de pedir ao credor a restituïção do que lhe houvesse pago, tendo êste a *soluti retentio*, quer o devedor tivesse pago com conhecimento de causa, quer em virtude de êrro, mas derivavam ainda dessa obrigação outros efeitos: era susceptível de compensação e de novação, e podia ser garantida mediante negócios jurídicos acessórios, como a fiança, o penhor e a hipoteca.

Estas obrigações ou tinham o carácter de naturais desde que se constituiam, como as obrigações contratuais dos escravos, os quais *civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter et obligantur, et obligant* (D. 44, 7, 14); ou eram obrigações originàriamente civis que, *sublata actione*, ficavam naturais, como as obrigações que, não se achando extintas pelo seu cumprimento, não podiam reconhecer-se em juízo por falta de provas, ou em virtude duma excepção que o devedor alegasse em sua defêsa, como a prescrição.

Quanto ao fundamento das obrigações naturais, tem havido largas divergências entre os romanistas, vendo uns a sua origem no direito natural e no *jus gentium*, e filiando-as

outros numa causa civil, que, por circunstâncias especiais, não produzia todos os seus efeitos.

Havendo no moderno direito civil relações análogas às que no direito romano se denominavam *obrigações naturais*, as dúvidas quanto à natureza e fundamento dessas relações subsistem. Alguns jurisconsultos afirmam que tais obrigações correspondem aos deveres impostos pela moral, e a maioria atribue-lhes carácter jurídico, pela eficácia, embora indirecta, que o legislador lhes reconhece.

Nos casos que expusemos de tais obrigações, as relativas ao jôgo e ao mútuo feito a menores, vê-se que se trata de situações concretas, constituídas entre determinadas pessoas, que não podem de modo algum confundir-se com os deveres comuns impostos pela moral, que não têm carácter concreto e cujos efeitos não se acham especificados em fórmulas legais. E o cumprimento dêsses deveres nunca poderia ser considerado pelo legislador como um pagamento, não se atribuindo até no nosso código civil tal carácter às doações que sejam feitas em atenção a serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de dívida exigível (art. 1454.° § 4.°).

Não sendo as obrigações naturais meros deveres de moral, também nelas se não pode descobrir um vínculo de carácter jurídico.

O sujeito activo de tais obrigações não tem acção contra o devedor, não estando êste portanto adstrito à prestação; e, quando a cumpra voluntàriamente, o facto de não poder repetir o que haja pago não se explica por um vínculo obrigatório que se extinguisse pelo pagamento, pois que êsse vínculo não existia, visto que a lei não reconhecia a obrigação, antes de efeituado o pagamento.

Daqui resulta que a *soluti retentio*, sendo uma garantia dada pela lei a quem recebe prestações a que não tenha direito, se funda na própria lei, que, tendo em consideração determinadas situações de facto, reconhecendo os graves inconvenientes de atribuir a tais situações de facto carácter jurídico e não lhes atribuindo portanto a fôrça de vínculos jurídicos, recusando-lha até expressamente, como nos exemplos referidos, reconhece também inconvenientes graves em

que, sendo cumpridas voluntàriamente as prestações que derivam dessas situações, se possa exigir a restituïção do que espontâneamente se prestou, e considera assim como sendo um verdadeiro pagamento o cumprimento dessas prestações.

O que se nos afigura, portanto, é que as denominadas *obrigações naturais* são, em matéria de obrigações, como a posse em matéria de direitos reais, relações de facto de que derivam certos efeitos jurídicos e designadamente o de que, sendo voluntàriamente cumpridas, não se pode pedir a restituïção do que se haja pago, produzindo assim essas relações de facto efeitos correspondentes em parte aos que resultam das obrigações.

As disposições consignadas nos artt. 1535.° e 1542.° do nosso código não podem, a nosso ver, ter outra explicação.

Da doutrina que acabamos de expôr, conclue-se que as obrigações constituídas por um negócio jurídico em que haja um vício que o torna anulável não são obrigações naturais. Tais obrigações têm eficácia jurídica, emquanto não fôr declarada a nulidade do negócio jurídico de que representam um efeito, tendo assim o credor direito de acção contra o devedor. Existe em tal caso um vínculo jurídico obrigatório, e não uma mera situação de facto.

Anulado o negócio jurídico, a obrigação deixa de existir, e a situação de facto que se haja constituído pelo negócio jurídico será resolvida em harmonia com as disposições consignadas na lei, revestindo essa situação carácter jurídico para certos e determinados efeitos. É assim que nos artt. 697.° e segg. do código civil se determinam os direitos que derivam da rescisão dos contratos para cada uma das partes, sendo-lhes reconhecidas implìcitamente as acções por que esses direitos se hão de tornar efectivos.

Também não pode considerar-se obrigação natural aquela em que o devedor tenha direito adquirido à prescrição, podendo eximir-se, alegando-a, ao cumprimento da prestação. Em tal caso, emquanto a prescrição não é invocada pelo devedor, o credor tem o direito de acção; se o devedor alega a prescrição, não fica existindo obrigação alguma, e não

poderá conseqüentemente considerar-se pagamento, porque a lei a não declara tal, a prestação voluntária efeituada pelo devedor. A própria renúncia à prescrição é considerada pelo legislador como um acto de liberalidade, dando aos interessados o direito de fazerem valer a prescrição e invalidando assim a renúncia (art. 509.º).

Neste caso existe, portanto, um dever de carácter moral, uma mera obrigação de consciência, por parte da pessoa que, tendo renunciado à prescrição, cumpre a obrigação, sendo essa renúncia considerada como liberalidade, sempre que por ela sejam prejudicados quaisquer direitos de terceiros sôbre o património do devedor.

A êste respeito deve ter-se em consideração que o legislador não deixou a rescisão dos actos por que sejam lesados tais direitos dependente de eles serem ou não praticados em virtude dum dever de moral, de honra ou de conveniência social, e que a indeterminação dêstes deveres tornaria perigosa, na sua aplicação, a fórmula legal em que se sancionasse a doutrina de que o cumprimento deles equivalia ao cumprimento duma obrigação.

Temos, pois, de verificar, em cada caso concreto, se duma relação de facto a que o legislador, por considerações especiais, não atribue carácter jurídico, podem derivar efeitos jurídicos que correspondam ao pagamento duma obrigação vàlidamente constituída. Estes efeitos são, em nosso parecer, excepcionais.

§ 3 — *Sistema do código civil em matéria de obrigações. Crítica.*

8. *Lugar que as obrigações ocupam no código.* O autor do código civil, em harmonia com o sistema de codificação que adoptou, e que já criticámos dum modo geral (1), fracc-

(1) Veja-se o 1.º vol. destas *Instituições*, § 13.

cionou a matéria das obrigações, regulando-a na parte 2.ª, liv. 2.º e 3.º, e na parte 4.ª, liv. 1.º.

No livro 2.º da parte 2.ª ocupa-se, tít. 1.º, *dos contratos e obrigações em geral*, e, tít. 2.º, dos *contratos em especial*; no livro 3.º da mesma parte das obrigações que resultam da *gestão de negócios*, e na parte 4.ª, liv. 1.º, da *responsabilidade civil*.

Na expressão *contratos* e *obrigações em geral*, compreende-se: 1) a teoria dos negócios jurídicos bilaterais, objecto dos capítulos 1-8, em que se trata da noção, divisão e condições de validade dos contratos pelo que respeita à capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objecto ou conteúdo, das condições e cláusulas dos contratos, da sua interpretação, forma externa e rescisão; 2) dos efeitos e cumprimento das obrigações, sob a designação *efeitos e cumprimento dos contratos*, assunto do cap. 9; 3) das garantias das obrigações, sob as epígrafes *da caução ou garantia dos contratos, dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros* e *da evicção*, que são as dos capítulos 10-12.

Nos *contratos em especial* são reguladas, determinando-se as suas condições e conteúdo próprio, as obrigações que têm como fonte determinados contratos, devendo notar-se desde já que o contrato de casamento, pelo qual se constitue a sociedade conjugal, e o de enfiteuse, por que se estabelece uma forma de propriedade imperfeita, foram colocados entre os contratos geradores de obrigações.

Regula também o código civil em matéria de obrigações vários negócios jurídicos unilaterais, designadamente nos títt. 1.º e 2.º do livro 2.º.

Além da gestão de negócios há outros factos voluntários lícitos, simples acções ou omissões, que no sistema do código são fontes de obrigações.

Quanto à *responsabilidade civil*, acham-se formuladas no tít. 1.º normas relativas à teoria geral dos factos ilícitos, e nos títt. 2.º a 5.º regula-se especialmente a responsabilidade proveniente de determinadas categorias de factos ilícitos.

9. *Crítica do sistema do código.* Em virtude do sistema que adoptou, o autor do código civil confundiu relações jurídicas de natureza completamente diversa, tornando-se assim impossível uma exposição doutrinal que se funde na sistematização do código e, em parte, na terminologia de que êle usou.

Notaremos, em primeiro lugar, que no título em que trata dos *contratos e obrigações em geral* há por vezes o emprêgo da palavra *contrato* como sinónima de *obrigação*, como sucede nas expressões *cumprimento dos contratos*, *garantia dos contratos*, que se lêem nas epígrafes dos capp. 9 e 10. As disposições nestes consignadas, que, segundo a terminologia do código, parece respeitarem só ao cumprimento e às garantias das obrigações que tenham como causa jurídica um contrato, são comuns a qualquer outra categoria de obrigações, sendo exactamente nos capítulos referidos que se encontra a teoria geral das obrigações em relação aos assuntos indicados.

Conseqüências mais graves, sob o ponto de vista da técnica jurídica, são as que resultam de se confundir o contrato fonte de direitos reais com o contrato fonte de obrigações.

Lendo-se o art. 714.° n.° 1.°, em que se declara que a *prestação* de cousas por efeito do contrato pode consistir na *alienação da propriedade de certa cousa*, somos levados a concluir que no direito português ainda vigora o princípio do direito romano em virtude do qual o contrato só era fonte de obrigações, tornando-se necessárias, para a transferência de direitos reais, outras formalidades. Logo no artigo imediato se declara, porém, que nas alienações de cousas certas e determinadas a transferência da propriedade opera-se entre os contraentes *por mero efeito do contrato, sem dependência de tradição ou de posse, quer material, quer simbólica*, salvo havendo convenção das partes em contrário. A *prestação*, objecto da obrigação nos contratos que têm por conteúdo a alienação de cousas determinadas, não consiste pois na *alienação*, mas na *entrega*, visto que a cousa já é alheia no momento em que se efeitua a prestação.

Resulta daqui, dum modo evidente, que o contrato tanto pode ser fonte de direitos reais, como fonte de obrigações: e, sendo diversa a natureza das relações jurídicas que assim se constituem, necessário é, para se determinarem precisasamente os efeitos que derivam dos contratos, fixar prèviamente o seu objecto. É assim que, sendo objecto dum contrato um direito real, realizadas que sejam as formalidades que se requerem nesse negócio jurídico não só para que produza efeitos entre as partes mas estenda êstes a terceiros, o adquirente por êsse título do direito real fica exercendo o poder para êle transferido pelo vendedor não só contra êste mas contra todos. Se o vendedor não entrega imediatamente a cousa, fica com a obrigação de a entregar e não com a de alienar a sua propriedade.

Obrigações há cujo fim é a transferência ou constituïção de direitos reais. É o que sucede nas obrigações que tenham por objecto a prestação dum facto respeitante a uma cousa, sôbre a qual o sujeito activo da obrigação ficará tendo, efeituada que seja a prestação, um direito real. Assim, na promessa recíproca de compra e venda, o objecto do contrato promessa é o próprio contrato de compra e venda, ficando uma das partes obrigada a transferir a propriedade da cousa especificada e a outra a adquiri-la pelo preço estipulado. O contrato promessa de compra e venda produz assim uma obrigação, que fica sujeita às regras gerais, pois tem por objecto um facto (art. 1548.°) e não a transferência dum direito real. Dá-se o mesmo nas obrigações que tenham por objecto a alienação de cousas indeterminadas ou de género, pois que se torna necessária, para a transferência da propriedade, a determinação das cousas objecto da prestação, e esta determinação é que fica sendo o objecto imediato da obrigação, representando a transferência da propriedade a finalidade da obrigação (art. 716.°).

A confusão entre actos de alienação e actos de obrigação, entre direitos reais e direitos de crédito, tem feito com que na nossa legislação e na jurisprudência se atribuam direitos ao credor que só pertencem ao proprietário ou possuïdor, e não seja raro o uso do têrmo *propriedade* para exprimir uma relação de crédito. Esta confusão deriva não só de haver

relações de obrigação que, dando direito à fruïção de determinadas cousas, parece serem da mesma natureza que os direitos reais resultantes duma propriedade imperfeita, ou da posse em nome próprio, como sucede no contrato de arrendamento, mas também do facto de haver créditos em que o direito à prestação não pertence a um sujeito individualmente determinado no próprio momento em que a obrigação se constitue, podendo verificar-se esta constituïção de forma que o devedor tenha de efeituar a prestação a quem venha a possuir o título que representa a obrigação, sendo esta posse o fundamento do exercício do crédito e tendo êste a sua razão de existência no próprio título, independentemente de quaisquer negócios jurídicos de que êsse título tenha sido objecto entre o momento da sua emissão e aquele em que o crédito é exigido. Vê-se assim a relação directa com o título e não com a prestação que êle representa. Desta confusão têm resultado êrros graves, designadamente em matéria de prescrição, a que em lugar oportuno nos referiremos; e o sistema do nosso código não pouco tem contribuído para êsses erros.

Tendo sido formulada no tít. 1.º do liv. 2.º da parte 2.ª a teoria geral das obrigações, e sendo os contratos fontes não só de obrigações, mas também de direitos reais e de família, as disposições relativas aos contratos em geral não tinham o seu lugar adequado na teoria geral das obrigações, mas na parte geral, sendo êste o método que seguimos (1). Quanto às obrigações provenientes dos contratos, sòmente teremos de determinar as modalidades que elas revestem, o que faremos, dum modo geral, na determinação das fontes das obrigações, e, especialmente, no estudo de cada uma das obrigações que pelos contratos se podem constituir.

Contendo, por outro lado, as disposições sôbre obrigações em geral normas que, designadamente no tocante ao seu objecto, aos factos de que resulta a sua extinção e às suas

(1) Veja-se estas *Instituïções*, vol. 1.º, §§ 33-43.

garantias, são comuns a todas as obrigações, qualquer que seja a sua fonte, em seguida à teoria geral das obrigações dever-se-ia tratar das normas reguladoras das obrigações em especial, não fraccionando esta matéria por diferentes partes e livros do código.

Quanto às obrigações que resultam dum facto ilícito, como por êstes factos se pode violar qualquer direito subjectivo, a teoria geral sôbre a responsabilidade civil, que representa uma garantia dêsses direitos, não tem cabimento na teoria das obrigações, deve precedê-la, expondo-se na parte geral (1). Só com essa teoria poderá compreender-se nìtidamente a responsabilidade em que se constitue o devedor que não executa a obrigação, lesando assim o direito do credor. Na parte em que se trata das obrigações em especial é que, tendo em consideração a natureza especial de determinados factos ilícitos, se podem estabelecer normas adequadas para regular a responsabilidade civil que deles deriva.

Os negócios jurídicos unilaterais, que representam uma fonte importantíssima em matéria de obrigações, não têm um regimen adequado no código civil, nem no código comercial. Alguns deles, sob a designação de *contratos*, acham-se especialmente regulados neste código, mas não se formulou no código civil, onde tinha o seu lugar próprio, a teoria geral acêrca das obrigações que por êsses actos se constituem, achando-se nele e no código comercial, apenas disposições fragmentárias, sôbre as quais difícil se torna à jurisprudência construir a teoria das obrigações que têm essa fonte.

10. *O nosso plano.* Pela crítica que acabamos de fazer, fácil é de ver qual o plano que seguimos.

Estudaremos primeiramente a obrigação considerada em si, isto é, nos seus elementos, efeitos, transmissão e modos de extinção. Trataremos em seguida das garantias das obrigações, em que incluiremos as que tenham o carácter de direitos reais, já para não alterar a ordem do código, já porque essas

(1) *Obr. cit.*, vol. 1.º, §§ 45 e 46.

garantias, embora constituam direitos reais, representam um acessório da obrigação e fazem conseqüentemente parte da teoria das obrigações, já, finalmente, porque os direitos reais de garantia não entram pròpriamente na organização da propriedade, não se tornando assim necessário o estudo dêste instituto para se determinar o alcance dêsses direitos reais. Referir-nos hemos finalmente às fontes das obrigações, sendo êste estudo como que uma introdução às normas reguladoras das obrigações em especial, que formarão objecto do tít. 2.°.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO

§ 4 — *Dos sujeitos da obrigação.*

BARBOSA DE MAGALHÃES, *Dás obrigações solidárias em direito civil português;* COELHO DA ROCHA, *Instituições,* tomo 1.°, §§ 116-119; GIORGI, *Obbligazioni,* tomo 1.°, n.°s 96-107; POLACCO, *Obbligazioni,* n.°s 31 e 32; MAZZONI, *Istituzioni de diritto civile italiano,* vol. 4.°, 3.ª ediç., n.°s 9-23; BAUDRY-LACANTINERIE, *obr. cit.,* tomo 2.°, págg. 244 e segg.; PLANIOL, *obr. cit.,* tomo 2.°, n.°s 722 e segg.; BEVILAQUA, *Obrigações,* §§ 23 e 24; WINDSCHEID, *Pandette,* 2.° vol., §§ 290-298; DERNBURG, *Obbligazioni,* §§ 70-75; SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation,* págg. 108-130, 147-150 e 297-334.

11. *Modalidades da obrigação em relação aos sujeitos.* Numa relação de obrigação há sempre um ou mais credores e um ou mais devedores, e, quando o vínculo obrigatório se forma em virtude dum contrato bilateral (art. 642.°), o credor é simultâneamente devedor e êste credor.

Em regra, o vínculo obrigatório constitue-se entre pessoas determinadas, o que se dá necessàriamente nas obrigações provenientes de contrato, quanto às relações que se estabelecem entre as partes contratantes, pois que estas nunca podem ser pessoas indeterminadas. O contrato pode respeitar, porém a uma prestação que tenha de ser efeituada por uma das partes para com um terceiro, como sucede nos seguros de vida (cód. com., art. 455.°), e o terceiro em benefício de quem se constitue a obrigação pode ser uma pessoa indeterminada no momento em que o promitente a assume. Há ainda muitas outras obrigações em que o devedor fica

adstrito ao cumprimento de prestações para com pessoas indeterminadas (1).

Nas obrigações em que haja pluralidade de devedores ou credores, e de devedores e credores juntamente, o que pode dar-se no próprio momento em que se constitue o vínculo obrigatório ou posteriormente em virtude de sucessão nos direitos do credor ou nas obrigações do devedor, pode haver obrigações simplesmente conjuntas pela sua origem, ou relações especiais entre as pessoas vinculadas pela obrigação, relações que podem resultar da solidariedade ou da indivisibilidade.

Há, pois, em relação aos sujeitos, obrigações com *sujeito activo indeterminado*, obrigações *conjuntas* e *obrigações solidárias*, que neste lugar procuraremos caracterizar, para, nos lugares oportunos, determinarmos as conseqüências que delas derivam ou o regimen a que ficam sujeitas. A indivisibilidade respeita ao objecto da prestação, e dela trataremos a propósito dêle.

Quanto às obrigações *alternativas* em que a qualidade de credor ou de devedor seja disjuntivamente atribuída a uma ou outra pessoa, a importância que haveria em precisar a sua natureza seria meramente teórica.

Como a qualidade da pessoa pode influir na natureza e conseqüentemente no regimen jurídico da obrigação, referir-nos hemos também, mas sucintamente, à distinção, sob o ponto de vista subjectivo, entre obrigações *civis* e *comerciais*, para assim determinarmos as obrigações que são reguladas pelo código civil.

(1) A indeterminação pode também dar-se em relação ao devedor, mas dentro de limites muito restritos no domínio do direito das obrigações. Assim há essa indeterminação, relativamente à pessoa a quem pode ser exigido o cumprimento da prestação, nas obrigações em que haja pluralidade de devedores vinculados pela solidariedade e nas obrigações alternativas em que os devedores estejam disjuntivamente adstritos à prestação.

Nas obrigações condicionadas pelos direitos reais, como elas derivam duma determinada situação subjectiva constituída pela propriedade ou posse, a substituïção do titular dessa situação por outro tem como conseqüência a substituïção do devedor, havendo portanto indeterminação em relação a êste.

12. *Obrigações com sujeito activo indeterminado.* Actualmente é no código comercial que se acham principalmente reguladas as obrigações em que há a indeterminação do sujeito activo, o que se dá especialmente nas obrigações representadas por títulos de crédito que, como as letras, as acções e obrigações de bancos e companhias, os cheques, as notas de banco, os bilhetes de teatros e de caminhos de ferro, dão à pessoa que satisfaça às condições mencionadas no título ou dependentes da natureza dêste, direito à prestação que nele está especificada. Assim, quem aceita uma letra constitue-se na obrigação de pagar ao sacador ou *à sua ordem*, podendo portanto exigir o cumprimento da obrigação qualquer pessoa a favor de quem a letra venha a ser endossada; nas acções e obrigações de bancos e companhias, que podem ser *nominativas* ou ao *portador* (cód. com., artt. 166.º § 2.º e 196.º), exercerá os direitos de accionista e obrigacionista, neste último caso, quem apresentar o título; tem direito a receber a quantia especificada numa nota de banco ou num cheque ao portador o possuïdor da nota ou do cheque; tem direito a entrar num teatro ou a viajar num comboio quem apresente os respectivos bilhetes se estes não forem pessoais e intransmissíveis.

Estes exemplos são já suficientes para se vêr a importância que têm as obrigações em que há a indeterminação do sujeito activo, e, como esta indeterminação não pode deixar de influir no regimen jurídico dessas obrigações, a necessidade urgente de se formular a respectiva teoria. No nosso direito nem sequer existem, porém, disposições gerais relativas a títulos de crédito, que permitam construir com segurança uma teoria geral dêsses títulos; e, sendo certo que as obrigações constantes de títulos de crédito, com autonomia mais ou menos completa na sua circulação, tanto podem ser de natureza civil, como de natureza mercantil, as disposições gerais relativas a esses títulos têm o seu assento próprio no código civil.

Tentaremos, pois, expôr a teoria geral das obrigações em que há a indeterminação do sujeito activo, devendo essa

teoria abranger não só os títulos de crédito, mas outras obrigações que, como as representadas pelos títulos de crédito, se constituem por negócios jurídicos unilaterais, quando tratarmos desta fonte das obrigações.

Aí determinaremos também a responsabilidade a que fica adstrito quem prometa uma recompensa ou prémio a pessoas que realizem determinados factos, como, exemplificando, a quem entregar a seu dono um objecto que êle perdeu, ou prenda um criminoso, ou faça uma descoberta, e ainda quem dirija propostas a pessoas indeterminadas, como, por exemplo, quem anuncie a venda duma mercadoria por determinado preço.

13. *Obrigações conjuntas.* Nas obrigações em que haja, pela sua origem, simples conjunção de devedores ou de credores, ou de credores e de devedores simultâneamente, a prestação, objecto da obrigação, sendo devida a uma só pessoa por várias pessoas, ou a várias pessoas por uma pessoa só, ou a muitas pessoas e por muitas pessoas, fracciona-se de forma que há, quer objectivamente, quer subjectivamente, tantos vínculos de obrigação, quantos são os sujeitos activos e passivos. Assim, sendo Pedro devedor a Joaquim e António de três contos de réis, haverá duas obrigações; sucedendo a Pedro três filhos e sendo na partilha a dívida atribuída a todos eles, haverá seis obrigações (art. 2115.º).

Estas obrigações dividem-se, pois, ou fraccionam-se, e as partes dos credores e dos devedores devem considerar-se como outros tantos créditos ou débitos distintos e independentes uns dos outros. É assim que o código preceitua (art. 731.º) que, sendo vários os obrigados a prestar a mesma cousa, responderá cada um deles proporcionalmente, sendo os termos da proporção o número dos devedores e o dos credores e o quantitativo da dívida.

Nestas obrigações, cada credor não pode exigir mais do que a sua parte no crédito e cada devedor só fica adstrito ao pagamento da sua parte na dívida, sendo completamente autónoma cada uma das obrigações em que a obrigação conjunta se desdobra. Assim a interrupção da prescrição que se dá em favor dum dos credores, não aproveita aos outros credores, e, para que produza efeito quanto a todos os devedores, é necessário que a causa de que essa interrupção deriva se dê em relação a todos eles (art. 557.º). Se algum dos devedores se tornar insolvente, é o credor quem sofre o prejuízo que dessa insolvência resulta, e não os outros devedores.

Atenta a comunidade de origem da obrigação, pode o credor demandar diferentes devedores e podem vários credores demandar o mesmo devedor para o cumprimento da prestação (cód. de proc. civ., art. 6.º); mas esta coligação de réus ou de autores no mesmo processo envolve pedidos diversos, e cada um dos autores ou dos réus pode fazer valer direitos ou meios de defêsa que, embora respeitem à obrigação conjunta considerada objectivamente, só a eles aproveitem.

14. *Obrigação solidária; noções gerais.* Na obrigação solidária há, ao contrário do que sucede na obrigação conjunta, ao lado da multiplicidade de vínculos que se formam em virtude da pluralidade de sujeitos activos ou passivos, ou activos e passivos, a unidade da prestação, cujo cumprimento pode ser integralmente exigido, havendo diferentes credores, por cada um deles *(solidariedade activa);* sendo vários os devedores, de cada um deles *(solidariedade passiva),* e, sendo juntamente múltiplos os credores e os devedores, por cada um deles e de cada um deles *(solidariedade activa e passiva).* A obrigação solidária não se fracciona portanto em tantas obrigações autónomas, quantos são os credores e os devedores; essa obrigação forma, sob certos aspectos, em virtude de relações especiais que ficam existindo entre os credores e o devedor, ou entre os devedores e o credor, ou entre devedores e credores, uma obrigação única, não dependendo esta unidade da obrigação da indivisibilidade da prestação em virtude da própria natureza do seu objecto, mas resultando da vontade das partes ou de disposição da lei, pelas relações especiais que assim se estabelecem.

Na solidariedade activa, cada um dos credores pode apre-

sentar-se perante o devedor, como se fôra credor único; na solidariedade passiva, cada um dos devedores fica adstrito ao cumprimento da obrigação, como se fôra devedor único; na solidariedade activa e passiva, qualquer dos credores pode exercer contra qualquer dos devedores todos os direitos que resultam da obrigação solidária.

Parece, portanto, haver entre os credores, do mesmo modo que entre os devedores, em virtude dos direitos que cada um daqueles fica tendo em relação ao devedor, e da obrigação a que cada um dêstes fica adstrito para com o credor um vínculo de mútua representação, e que é em virtude dêste vínculo que se dá a unidade objectiva da obrigação, sendo esta assim constituída pela vontade ou pela lei.

A aplicação rigorosa, porém, do princípio da representação e do da unidade objectiva da obrigação pode conduzir a conseqüências completamente erróneas, pois que não só está no arbítrio das partes, quanto à solidariedade que se forma em virtude dum negócio jurídico, determinar os efeitos que dela derivam, e que podem ser mais ou menos amplos, mas os legisladores nem sempre se têm orientado pelos referidos princípios nos efeitos que atribuem à solidariedade, já, quando esta é imposta por lei, em normas coactivas, já, quando as partes se limitam a estabelecê-la, em normas de carácter supletivo.

Não há, em matéria de solidariedade, um sistema definido, formulado pela sciência e sancionado pelos diferentes legisladores. Entre os jurisconsultos existem graves divergências sôbre o próprio fundamento da solidariedade; nos códigos existem sistemas diversos, quanto à determinação das obrigações solidárias e aos efeitos que delas derivam.

Cumpre portanto ter sempre em vista, quando se trata de determinar os casos em que existe uma obrigação solidária e as conseqüências que emanam desta modalidade nas obrigações:

1.° Que a solidariedade constitue nas obrigações civis uma excepção. É o que se declara expressamente no art. 731.° n.° 1.° pelo que respeita à solidariedade passiva, e o que resulta do disposto nos artigos 750.° e 751.° quanto à solidariedade activa. Para que o devedor possa satisfazer a prestação por inteiro, quando sejam diversos os credores, a cada um deles, é necessário que todos eles tenham igual direito a receber a prestação por inteiro, o que só se verifica, salva a hipótese de ser indivisível a prestação, quando sejam credores solidários; e só ao credor solidário se atribue o direito de livrar o devedor da responsabilidade que haja assumido para com outros credores.

2.° Que a solidariedade, constituindo uma excepção ao princípio de que a obrigação conjunta se fracciona em tantas obrigações autónomas quantos são os devedores e os credores, só determina relações especiais entre eles, quando estas se achem estabelecidas por lei ou por vontade das partes, sendo assim de interpretação restrita as disposições legislativas em que se declaram os efeitos da solidariedade e as respectivas cláusulas dos negócios jurídicos, e não se podendo conseqüentemente, para determinar os efeitos da solidariedade, argumentar com o princípio da mútua representação, quando êste se não ache sancionado na lei ou não seja estabelecido pelo negócio jurídico.

Dos critérios expostos deriva que, tendo-se pactuado num contrato bilateral, em que outorgaram, dum e doutro lado, várias pessoas, que ficariam solidàriamente responsáveis os devedores dum dos lados, os outros devedores não contraem uma obrigação solidária, mas uma obrigação conjunta. Assim, se A. e B. assumirem solidàriamente a obrigação de entregar cinqüenta moios de trigo a C. e D., e não se declarar no respectivo contrato que C. e D. ficarão solidàriamente responsáveis pelo preço, só existe a solidariedade na obrigação que A. e B. contrairam, podendo ser exigida a prestação por inteiro de qualquer deles por C. e D., que ficam sendo credores conjuntos e não solidários, se no contrato se não declarar que cada um deles tem direito à prestação por inteiro, ao passo que A. e B. só podem exigir de C. e D. a quota parte do preço a que ficou adstrito cada um deles.

Se se tratasse duma obrigação mercantil em relação a C. e D., dar-se-ia o contrário.

Nas obrigações civis, a solidariedade representa uma exce-

pção; nas comerciais, a solidariedade é a regra (cód. com., art. 100.º), sendo necessária estipulação em contrário para que os coobrigados não fiquem solidàriamente responsáveis.

A solidariedade activa sò existe em virtude da vontade; a solidariedade passiva constitue-se por negócio jurídico ou por lei. Nos casos em que há relações jurídicas em virtude das quais, como nas sociedades, várias pessoas podem exigir a prestação por inteiro dum devedor, não se aplicam os princípios que regulam a solidariedade activa, mas os que disciplinam essas relações. Assim, qualquer sócio, que seja administrador, pode exigir dos devedores da sociedade o cumprimento integral das obrigações de que ela seja credora, mas não tem êsse direito como credor solidário, tem-no como administrador.

A lei não exige formalidades especiais para que se constitua por negócio jurídico a solidariedade, quer activa, quer passiva. Representando a solidariedade uma modalidade da obrigação, a vontade deve manifestar-se, para que vàlidamente se estabeleça a solidariedade, pela mesma forma que é exigida para a obrigação. Assim, contraindo-se um empréstimo de quantia superior a 400$000 réis, a solidariedade só poderá provar-se por escritura pública. É esta a forma exigida para êste contrato, não se admitindo, para a determinação do conteúdo dessa obrigação, prova por testemunhas em contrário ou além do que consta da escritura (art. 2507.º); e, como a lei presume a obrigação conjunta e não solidária, segue-se que, para se considerar solidária, é necessário que as partes assim o declarem e que esta declaração se faça autenticamente.

As partes podem exprimir por quaisquer palavras o conceito da solidariedade, não se tornando necessário usar dêste termo, que poderá ser substituido por fórmulas equivalentes, como *um por todos, todos por um; cada um dos devedores fica obrigado ao cumprimento integral da obrigação; cada um dos credores fica com o direito de exigir a prestação por inteiro.*

Havendo na obrigação solidária, ao lado da unidade da prestação, obrigações múltiplas, e sendo estas obrigações respectivamente independentes umas das outras, segue-se que podem ser constituídas de modo diverso, sendo uma condicional ou a termo e outra pura ou simples. Do mesmo princípio deriva que o facto de se declarar, em virtude duma nulidade relativa, insubsistente uma das obrigações, não tem influência quanto às outras.

Cumpre-nos notar que o vínculo da solidariedade passiva se pode dar havendo uma obrigação principal, a cujo cumprimento ficam adstritas outras pessoas além do devedor. Teremos assim obrigações principais e obrigações acessórias, como na fiança, e os princípios a aplicar não são, como veremos, os mesmos que nas obrigações solidárias. A solidariedade pode representar portanto para o credor o direito de exigir a prestação de várias pessoas, sem que, em relação a estas, haja obrigações múltiplas, ficando apenas adstritas a uma obrigação (1).

15. *Solidariedade activa.* Na solidariedade activa há entre os credores um vínculo de mútua representação em virtude do qual cada um deles é, relativamente aos outros credores, credor só pela sua parte, e, relativamente ao devedor comum, pela prestação por inteiro.

Daqui deriva que qualquer credor solidário, pelo direito que tem de exigir a prestação por inteiro, pode livrar o devedor, tanto pelo pagamento que êste lhe faça, como por qualquer meio que determine a extinção do vínculo obrigatório (art. 751.º); e que o devedor pode efeituar o pagamento a qualquer dos credores, excepto se êste já houver sido requerido judicialmente por outro (art. 750.º), não bastando portanto, para que o devedor fique sem o direito de satisfazer

(1) No estudo que fez sôbre *Il regresso nella solidarietá passiva* não teve L. ABELLO em vista o diverso carácter da solidariedade, o que o levou a fazer uma crítica acêrca do fundamento da solidariedade nas obrigações solidárias que é em parte improcedente. Veja-se a *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 33, pág. 165 e segg.

a prestação a qualquer dos credores, que um dêstes o notifique de que a quer receber. É necessário, para êsse efeito, que o devedor seja citado para efeituar o pagamento em qualquer acção ou execução.

Vantajosa para os credores, porque lhes facilita a exigência do cumprimento da obrigação, não se tornando para êsse efeito necessária a coligação de autores, a solidariedade activa também o é para o devedor, libertando-o do incómodo de efeituar o pagamento por fracções a diversos credores. Donde resulta que devedor pode opor-se ao pagamento parcial do crédito que lhe seja pedido por um dos credores. E como a solidariedade activa envolve um mandato para os credores quanto ao direito de exigir o cumprimento da obrigação, e pode resultar prejuízo para eles do facto de se não exigir o cumprimento integral, parece-nos que, pedindo um dos credores o pagamento parcial, os outros se podem opor, e que, tendo sido efeituado o pagamento nessas condicões e resultando prejuízo dêsse facto, os outros credores têm direito a indemnização de perdas e danos, quando haja culpa por parte do credor.

Os actos realizados pelo credor solidário que tenham por fim assegurar o cumprimento da obrigação, ou torná-la mais lucrativa, aproveitam aos outros credores. É assim que a interrupção da prescrição, em favor de algum dos credores, produz os mesmos efeitos em relação a todos (art. 558.°); que, não vencendo a obrigação juros, mas começando a vencê-los em virtude da interpelação (art. 732.°), todos os credores solidários têm direito aos juros que se vencerem; que, estabelecendo-se uma hipoteca para garantia da obrigação, essa hipoteca se intende constituida em proveito de todos os credores. O credor procede em todos êstes casos como se fôra único, respeitando os actos que pratica à obrigação considerada objectivamente e produzindo conseqüentemente efeitos em relação aos concredores, efeitos que derivam da unidade objectiva da obrigação.

O credor solidário não se considera, porém, sempre mandatário dos concredores, quando pratique qualquer acto relativo à obrigação. Assim, preceitua-se (art. 2530.° e decr. de 18 de outubro de 1910, art. 8.°) que a declaração sob palavra de honra deferida por um dos credores solidários ao devedor, não livra êste senão pelo que respeita à parte do dito credor. Ora, se o credor solidário fosse representante em juízo dos outros credores, o efeito da declaração sob palavra de honra decisória, que põe termo ao pleito, devia dar-se em relação a todos os credores (art. 2529.°), embora fosse prejudicial para estes.

Entendeu o legislador, porém, que a atribuïção de efeitos, quanto a todos os credores, à declaração sob palavra de honra decisória deferida por um deles, poderia ser muito prejudicial para os credores, como fàcilmente se vê quando se atenda ao carácter dessa prova e aos conluios que podiam dar-se entre o credor solidário e o devedor.

Não sendo o credor solidário representante dos outros credores em matéria de declaração sob palavra de honra, poderá entender-se que também assim não deve ser considerado, e que não há portanto a identidade de pessoas, em matéria de caso julgado, de forma que o caso julgado, pelo qual se declare a não existência da obrigação solidária, só produza efeitos em relação ao credor ou credores que estiverem em juízo.

Tendo, porém, o credor solidário o direito de demandar o devedor pelo cumprimento integral da obrigação; respeitando o caso julgado à obrigação e não à quota parte que na prestação pertence ao credor que está em juízo, parece poder afirmar-se que o caso julgado constitue, sendo favoravel ao devedor, e não se fundando em motivos pessoais do credor autor, um meio de defesa que pode ser apresentado contra todos os credores; e que, sendo favoravel aos credores, pode ser invocado por qualquer deles. Doutrina diversa daria lugar a casos julgados contraditórios.

Nas relações dos credores solidários entre si, há tantos créditos quantos são os credores, aplicando-se, na determinação do direito de cada um deles, o princípio da proporcionalidade, de fórma que cada um deles tem o mesmo direito, quando do título constitutivo da obrigação não resulte o contrário. Sendo assim, quando um dos credores solidários

exerça o direito de crédito, libertando o devedor do cumprimento da obrigação, fica constituido em obrigação para com os outros credores pela parte que a estes pertencia (art. 751.°), sendo esta obrigação conjunta.

Quando o credor liberte o devedor do cumprimento da obrigação por qualquer acto pessoal, como pela declaração sob palavra de honra que lhe seja referida, pela renúncia, por uma transacção, fica constituido em responsabilidade para com os outros credores, como se fôra efeituado o pagamento; e, quando esses actos representem uma fraude em prejuízo deles, podem ser anuladas em harmonia com os princípios gerais.

16. *Solidariedade passiva.* Na solidariedade passiva cada um dos devedores fica adstrito ao cumprimento integral da prestação, o qual pode ser exigido de todos conjuntamente ou só de algum deles, sem que o demandado possa opor o benefício da divisão (art. 752.°), que é o direito de um condevedor fazer citar os outros para com êle se defenderem ou serem conjuntamente condenados, cada um na sua parte (art. 835.°) (1).

Da noção de solidariedade passiva vêem-se as vantagens que ela dá ao credor. Em virtude da solidariedade, ficam tantas pessoas adstritas ao cumprimento integral da obrigação quantos são os devedores, sendo essa obrigação conseguintemente garantida por outros tantos patrimónios.

Nas relações entre credor e devedores o princípio que domina a solidariedade passiva é que os actos realizados por um devedor, que influam directamente sôbre o objecto da obrigação, produzem efeitos relativamente aos outros devedores, sendo que cada devedor representa a êsse respeito os outros na obrigação solidária, como se o devedor fôra um só.

(1) O código de processo civil dá ao devedor solidário, que fôr demandado pela totalidade da dívida, o direito de fazer citar os condevedores, e preceitua que aquele que não comparecer ou deixar de defender-se será condenado juntamente com o demandado (art. 327.°). O chamamento à demanda não tem, porém, por efeito a divisão da prestação, não revogando êste artigo do código de processo civil o art. 752.° do código civil, que não permite invocar o benefício da divisão.

É assim que: 1) o credor pode exigir de qualquer dos devedores solidários o pagamento da totalidade da dívida, não sendo portanto susceptíveis de solidariedade as obrigações que tenham por objecto um facto pessoal duma pessoa determinada, quando a solidariedade não recaia sôbre a responsabilidade proveniente da inexecução da obrigação.

O credor pode prescindir da faculdade que tem de exigir a prestação por inteiro dum só devedor, pois a solidariedade é constituida em seu benefício, e o próprio código o reconheceu (art. 753.°), apesar de parecer depreender-se o contrário da redacção, que é defeituosa, do art. 752.° (1).

Extrajudicialmente, o credor pode pedir sucessivamente a cada um dos devedores solidários o cumprimento parcial ou total da obrigação, sem que o pedido anterior, quando não haja sido satisfeito, possa ser invocado pelos devedores para se eximirem ao pagamento. Judicialmente, porém, o credor que haja pedido a um devedor solidário a totalidade ou parte da dívida, só poderá proceder contra os outros, pelo que ao primeiro demandado haja exigido, no caso de insolvência dêste (art. 753.°).

Sendo certo que o facto de se haver demandado um devedor não equivale ao pagamento, parece que não devia extinguir-se ou restringir-se em virtude dêle o direito que o credor tem de exigir a dívida a qualquer dos devedores solidários. A disposição consignada no artigo 753.° pode, porém, justificar-se por motivos de equidade, não sendo admissível que o credor agrave a situação dos devedores sem razão alguma plausível.

O direito que o credor tem de exigir a dívida de qualquer dos devedores pode ser limitado pelo acôrdo feito entre êle e os devedores, em virtude do qual se determine a ordem por que deve ser feito o pedido ou se estabeleça o benefício da divisão.

(1) Neste artigo diz-se *ou só de alguns deles* em vez de *ou só de algum deles*. O defeito de redacção torna-se óbvio figurando-se o caso de dois devedores solidários.

2) Os actos que interrompam a prescrição relativamente a um dos devedores solidários, interrompem-na igualmente quanto aos outros devedores (art. 554.°). Se o credor, porém, consentindo na divisão da dívida em relação a um dos devedores solidários, exigir dêle só a parte que lhe toca, não se haverá a prescrição por interrompida em relação aos outros condevedores (art. 554.° § único), porque neste caso deixou de existir, pela renúncia do credor, o vínculo da solidariedade entre êle e o devedor relativamente ao qual se deu a divisão da dívida.

3) A declaração sob palavra de honra deferida a um dos devedores solidários aproveita aos seus condevedores, quando seja deferida sôbre a dívida ou a obrigação considerada em si, e não sôbre o facto da solidariedade (artt. 2531.° n.° 2.° e 2532.° e decr. de 18 de outubro de 1910, art. 8.°), ou sôbre a situação especial do devedor quanto à obrigação, factos em que, como é óbvio, os condevedores não podem fundamentar a sua defêsa.

Se o devedor solidário declarar que a dívida existe, não torna por êste facto responsáveis os seus condevedores. A declaração sob palavra de honra recai sôbre factos pessoais do devedor, o qual pode desconhecer se os seus condevedores já pagaram ou não a dívida, sendo ainda de notar que a eficácia dessa prova em relação a estes podia dar lugar a fraudes.

Entendemos também que a declaração sob palavra de honra deferida ou referida ao credor por um devedor solidário não prejudica os outros condevedores. A disposição consignada no artigo 2530.° e as excepções formuladas no artigo 2531.° ao princípio exarado no artigo 2529.° evidenciam que as relações que derivam da solidariedade só são admitidas ou produzem efeitos, relativamente à declaração sob palavra de honra, nos casos especificados na lei. Se a declaração feita pelo credor fôr, porém, favorável aos devedores, estes poderão invocá-la, desde que ela seja relativa à obrigação considerada objectivamente, ou a modalidades comuns, pois que tal declaração produzirá o mesmo efeito que o caso julgado.

4) O devedor solidário demandado pode defender-se por

todos os meios que são comuns a todos os condevedores (art. 756.°). Assim, pode contestar o pedido do credor, baseando-se em que a obrigação é nula em virtude da falta dalguma formalidade, de não ser possível o seu objecto ou de êste estar fora do comércio; pode invocar a prescrição, etc. A êste respeito cumpre notar que a prescrição adquirida por um condevedor solidário aproveita aos outros, excepto àqueles a respeito dos quais se não derem, em virtude da suspensão da prescrição, todas as condições necessárias para a prescrição. Dêstes, porém, o credor só pode exigir a prestação da obrigação com exclusão da parte que caberia ao devedor desonerado, se a dívida fosse rateada (art. 513.°). Se, depois de adquirido o direito à prescrição, um dos devedores renuncia ao direito assim adquirido, essa renúncia, que equivale a uma doação, não pode prejudicar os outros.

Constituïrá o caso julgado, que respeite à obrigação objectivamente considerada, um meio de defêsa comum aos devedores?

A resposta não pode deixar de ser afirmativa.

Tendo o credor pedido o cumprimento integral da obrigação a um dos devedores, o caso julgado respeita à própria obrigação e fica portanto sendo uma excepção que pode ser invocada por todos os devedores. Leva-nos à mesma conclusão a disposição consignada no art. 2531.° n.° 2.° (1).

(1) A sentença que o credor obtenha contra um dos devedores não ficará também sendo, em relação aos outros, caso julgado?

Pela negativa pode afirmar-se que êste efeito da solidariedade só poderia dar-se pelo princípio da mútua representação (art. 2503.°, condição 3.ª), e que o legislador não o admitiu, como resulta do disposto no art. 2531.° n.° 2.°, e no cód. de proc. civ., art. 327.°. Do n.° 2.° do art. 2531.° vê-se que os devedores solidários não se representam uns aos outros em juízo, pois que êsse artigo é uma excepção ao disposto no art. 2529.°, segundo o qual a declaração sob palavra de honra faz prova contra as próprias partes que a deferiram ou prestaram, e não se tornaria assim necessário especificar os condevedores solidários, se estes estivessem representados em juízo, pelo devedor que a êle foi chamado. Do art. 327.° do cód. de proc. civil vê-se

Quanto às excepções ou meios de defêsa pessoais, o devedor solidário não pode invocar os que sejam pessoais dos outros devedores, mas só os que pessoalmente lhe competem (art. 756.º). É assim que êle não poderá defender-se, quando seja demandado pelo credor, com a não realização duma condição suspensiva, nem com o facto do dolo, êrro ou violência, ou por qualquer incapacidade relativa, quando os factos e a incapacidade referidos não digam respeito a êle, mas a outros dos condevedores solidários.

Os meios de defêsa comuns podem ter por objecto a extinção total ou parcial da dívida solidária. Extingue-a totalmente o pagamento integral, a nulidade por falta de formalidades; parcialmente, o perdão que o credor conceda a um devedor da parte que a êste toca, a prescrição que se verifique a favor dum dos condevedores. Dada a extinção parcial, os devedores, exceptuando os desonerados, ficam solidàriamente adstritos ao pagamento da parte que se não extinguiu.

---

que os devedores solidários, para serem conjuntamente condenados, devem ser citados.

Pode ainda acrescentar-se que devia ser assim, pois que os devedores, além dos meios de defêsa comuns, têm meios de defêsa pessoais, que só eles podem invocar.

Em virtude do princípio da unidade objectiva da obrigação pode, porém, sustentar-se doutrina contrária. Verificada a existência da obrigação e das suas modalidades comuns a todos os devedores, estes não podem, visto que estão adstritos a ela como se cada um deles fôra devedor único, contestar essa obrigação, o que equivaleria a levar de novo a juízo a mesma relação jurídica, sôbre a qual já há caso julgado, podendo dar-se assim casos julgados contraditórios.

Não há dúvida de que os devedores solidários podem eximir-se ao cumprimento da obrigação fundando-se em meios de defêsa pessoais, e assim se explica a disposição consignada no art. 327.º do cód. de proc. civil, visto que, tendo sido citados e não comparecendo em juízo, ficam inibidos de aduzir essa defesa. Quando os devedores solidários se encontrem, portanto, numa situação especial e não tenham sido citados, o caso julgado não terá contra eles fôrça probatória no que respeita a essa situação.

Quanto ao argumento deduzido das disposições relativas à declaração sob palavra de honra, êsse argumento não tem valor, porque tais disposições revestem carácter especial, atenta a natureza dessa prova.

Quando a causa da anulação da obrigação seja meramente pessoal dum dos devedores, como a falta de capacidade, um vício de consentimento, os outros condevedores ficam responsáveis pelo cumprimento integral da obrigação, como se cada um deles fôra devedor único (confr. artt. 756.º e 694.º). O facto de o credor demandar primeiro o devedor que alegou a excepção não altera a natureza da obrigação, e nenhuma dúvida há de que os outros devedores tinham de ser condenados no pagamento integral, pois não podiam invocar meios de defêsa pessoais aos outros devedores, se houvessem sido demandados antes do devedor que alegou a excepção.

Nas relações entre os condevedores solidários, a obrigação divide-se em partes iguais ou proporcionais, como nas obrigações conjuntas, quando não haja estipulação em contrário. Daqui deriva que o condevedor solidário, que haja pago a dívida por inteiro ou uma parte dela que exceda a sua responsabilidade, tem o direito de ser indemnizado pelos outros devedores do que pagou além da parte que lhe pertencia na obrigação solidária, podendo exigir de cada um deles a parte que lhes pertença na dívida, ou uma quota proporcional ao excesso sôbre a sua parte, se não cumpriu integralmente a obrigação (art. 754.º). A condição para o exercício do referido direito está no pagamento efeituado, realizado em proveito de todos os devedores e pelo qual se extinguiu a obrigação solidária, devendo a responsabilidade de cada um dos devedores ser determinada em harmonia com as condições em que essa obrigação foi assumida, se resulta dum negócio jurídico, ou com as disposições da lei, se a solidariedade é imposta por esta. Assim, preceituando-se (art. 2372.º) que, se a ofensa dos direitos fôr cometida por mais de um indivíduo, serão todos solidàriamente responsáveis, salvo o direito do que pagar pelos outros a haver deles as quotas respectivas, declara-se (art. 2372.º §§ 1.º e 2.º) que estas quotas serão proporcionadas à responsabilidade criminal de cada um dos delinqüentes, se essa responsabilidade fôr diferentemente graduada, e que esta proporção será regulada pelos tribunais, no mesmo acto em que a responsabilidade

criminal fôr graduada, se o lesado tiver requerido a devida indemnização.

O devedor que paga não fica tendo, em relação aos outros devedores, um direito que para êle seja transferido pelo credor, não fica subrogado nos direitos dêste (1); o direito que êle tem deriva da própria obrigação solidária, em virtude da qual os coobrigados ficaram responsáveis, uns em relação aos outros, por uma quota parte da dívida.

Sucederá o contrário se, nas relações entre os coobrigados, a responsabilidade recair só sôbre um deles, como no contrato de empréstimo em que haja fiadores. Neste caso a obrigação é única, havendo o direito de regresso do fiador que pagou contra o devedor pela totalidade da dívida, ficando o mesmo fiador subrogado nos direitos do credor, de forma que, sendo dous ou mais os devedores com solidariedade pela mesma dívida, pode o fiador exigir de qualquer deles a totalidade do que pagou (art. 840.°).

Na obrigação solidária de que estamos tratando há, nas relações internas entre os devedores, tantos vínculos de obrigação, quantos os devedores. Extinta a obrigação solidária, fica apenas a obrigação conjunta, em que é credor o devedor solidário que efeituou a prestação.

Se, neste caso, o devedor que pagou ficasse com os direitos do credor e pudesse assim exigir o pagamento integral dum dos outros devedores, êste, uma vez efeituado o pagamento, poderia exercer o mesmo direito contra qualquer dos condevedores, dando-se assim a acção de forma que poderia haver a reacção contra o próprio coobrigado que já havia exercido o seu direito, e formar-se-ia um círculo vicioso.

Quando se dê a insolvência dalgum dos condevedores, o prejuízo que daí resulte será repartido proporcionalmente por todos os outros (art. 754.°), visto que, apesar dessa insolvência, os condevedores eram obrigados ao cumprimento integral da obrigação, e ofender-se-ia a igualdade que entre

(1) Confr. o ac. da Rel. de Lisboa de 24 de outubro de 1891, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 5.°, pág. 565.

eles deve haver, se a quota do devedor insolvente não fosse repartida. Os devedores, a quem o credor haja libertado da obrigação solidária, ficam também obrigados ao pagamento de uma parte do prejuízo proporcional à sua quota, visto que esta obrigação tem por causa as relações entre os devedores.

A insolvência deverá, para produzir os efeitos referidos, ser anterior ou contemporânea ao pagamento?

Parece que uma solução afirmativa será conforme à razão, porquanto o direito de regresso condiciona-se no pagamento e nasce portanto no momento em que êste se dá, devendo ser da exclusiva responsabilidade do devedor que efeituou o pagamento quaisquer prejuízos que advenham da demora que haja em exercer o direito de regresso. E, se a expressão *fôr insolvente* se referir à época do pagamento efeituado pelo coobrigado a que se refere a primeira parte do art. 754.°, é também a mais conforme à letra da lei.

Deve todavia notar-se que nem sempre será dado ao coobrigado que pagou exigir imediatamente dos condevedores a sua quota parte, e, como a responsabilidade dêstes deriva do próprio facto constitutivo da obrigação, segue-se que, não sendo devida a negligência a não exigência imediata ao coobrigado insolvente da sua parte na responsabilidade comum, todos os coobrigados devem ficar proporcionalmente responsáveis pelos prejuízos que dessa insolvência resultem.

A solidariedade entre os devedores pode modificar-se ou terminar sem que se extinga a obrigação, já pela renúncia do credor à solidariedade, já pela morte dum dos condevedores solidários, que deixe mais do que um herdeiro.

A renúncia do credor à solidariedade pode ser absoluta, isto é, em favor de todos os devedores, terminando assim a solidariedade e tornando-se a obrigação conjunta, ou ser feita relativamente a um devedor, que fica desligado da solidariedade e sujeito a responder só pela sua parte para com o credor. Neste caso modifica-se a obrigação solidária, subsistindo as mesmas relações entre os condevedores, incluindo aquele em benefício do qual se fez a renúncia, pelo que res-

peita aos prejuízos que resultem da insolvência de qualquer deles.

A renúncia pode fazer-se expressa ou tàcitamente, sendo necessário ter em atenção os termos em que está formulada, ou os factos de que resulta, para se determinar precisamente a sua extensão, a qual, como é da essência da renúncia, não deve ir além da vontade do credor.

Com a morte de um devedor solidário, que deixe vários herdeiros, modifica-se também a obrigação solidária. Assim, falecendo um condevedor solidário, subsiste a obrigação solidária relativamente aos originários devedores e à herança, emquanto esta não fôr partilhada (art. 2115.º), e, depois de o ser, em relação aos herdeiros do devedor colectivamente considerados, pois ficam responsáveis pela totalidade da dívida (art. 757.º). Não sucedendo, porém, cada um dos herdeiros senão em parte do património do defunto, não respondem individualmente pela totalidade da prestação da obrigação solidária, mas só proporcionalmente à sua quota hereditária e ao número dos herdeiros, salvo se a solidariedade houver sido imposta aos herdeiros no testamento, ou se se convencionou no contrato, por que se constituiu a obrigação solidária, que os herdeiros do devedor ficariam como êle solidàriamente obrigados.

Assim, sendo Pedro e João devedores solidários a Joaquim de um conto de réis e sendo dois os herdeiros de Pedro com igual quota hereditária, estes podem ser demandados conjuntamente pelo conto de réis e cada um deles individualmente por quinhentos mil réis. Êste exemplo torna evidente que, assim como os herdeiros de Pedro são, colectivamente considerados, solidàriamente responsáveis com João, esses mesmos herdeiros são, individualmente, devedores conjuntos pelo que respeita à totalidade da dívida. Se assim não fôsse, os herdeiros responderiam não em relação à totalidade da dívida solidária, mas só em relação à parte que *pro rata* pertencia à herança e à que nesta pertencia a cada um deles, interpretação que não pode dar-se ao artigo citado.

Relativamente à interrupção da prescrição, deve ter-se em consideração que o artigo 555.º, em que se preceitua que as

causas que interrompem a prescrição em relação a um dos herdeiros do devedor, quer fôsse solidário, quer não, a interrompem a respeito dos outros coerdeiros, está subordinado às disposições exaradas nos artigos 2115.º e 757.º, em que se determina a responsabilidade de cada um dos herdeiros relativamente à dívida.

Antes de efeituada a partilha, a herança responde solidàriamente pela dívida (art. 2115.º), e não há portanto que distinguir entre herdeiros de devedor solidário e não solidário. Efeituada a partilha, se se não trata duma obrigação solidária, cada herdeiro responde pela sua parte, e a interrupção da prescrição que se dê em relação a um deles não prejudica os outros (artt. 2115.º e 557.º); se a obrigação é solidária, os actos interruptivos da prescrição realizados contra um devedor solidário, ou por êste, interrompem a prescrição relativamente a todos os herdeiros do devedor solidário; a interrupção que se dê relativamente a um dêstes não interrompe a prescrição quanto aos outros coerdeiros; e, nas relações entre estes e os condevedores solidários, os actos que interrompem a prescrição relativamente a um dos herdeiros só têm efeito, quanto aos devedores solidários, pela parte da dívida que recai solidàriamente sôbre êsse herdeiro (artt. 554.º § único e 757.º) (1).

17. *Obrigações civis e comerciais.* As obrigações são *civis* ou *comerciais*, conforme tiver carácter civil ou mercantil o facto jurídico de que resultam, sendo aquelas reguladas pelo direito civil, e estas pela lei comercial, e supridos os casos omissos desta lei pelo direito civil (cód. com., art. 3.º), que deverá aplicar-se em harmonia com o disposto no art. 16.º do cód. civil.

São considerados *actos de comércio* (cód. com., art. 2.º): 1) os que se acham *especialmente* regulados no código comer-

(1) Confronte-se o que dizem o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, tomo 2.º, pág. 82, e o DR. BARBOSA DE MAGALHÃES, *obr. cit.*, págg. 282-288.

cial, e são especialmente regulados por êle os que, como as letras, têm lugar exclusivo no código comercial, e os que, como o contrato de compra e venda, sendo regulados dum modo geral no código civil, são regulados no código comercial, quando reúnam as condições que neste se acham especificadas; 2) os actos (1) dos comerciantes que, não reunindo estas condições, não tenham natureza exclusivamente civil, se do próprio acto não resultar que eles não têm relação com o exercício do comércio.

Estes actos são considerados comerciais pela qualidade de comerciante do seu autor, e não porque se achem especialmente regulados na lei comercial, devendo atribuir-se êsse carácter a quaisquer actos que, sendo praticados por quem exerça profissionalmente o comércio (cód. com., art. 13.º), não se achem exclusivamente regulados no código civil, como o contrato de arrendamento, a doação, sempre que, pela declaração da vontade das partes, ou pelas circunstâncias em que se verifique o acto, se não veja que êle não respeita ao exercício da profissão comercial. Assim, será comercial a compra de géneros que seja feita por um comerciante, se do próprio contrato não resultar que êle comprou esses géneros para seu consumo, para dar a um terceiro ou para qualquer outro fim que não tenha relação com o exercício do comércio (2).

Derivando o carácter mercantil da obrigação de se considerar ou não comercial o acto de que ela resulta, e podendo o mesmo acto, por não se verificarem quanto a ambas as partes os elementos que a lei comercial exige para que se considere mercantil, ser civil em relação a um dos seus autores e comercial quanto ao outro, daí deriva que no vínculo obrigatório pode haver, dum lado, uma prestação de carácter civil, e, do outro, de carácter comercial. Assim,

(1) No art. 2.º do cód. comercial diz-se *contratos e obrigações*. Estas são conseqüências dos contratos e doutros factos jurídicos, e é pela natureza dêstes que se determina o seu carácter civil ou mercantil.

(2) Vejam-se os meus *Actos de comércio*, págg. 61-108.

preceitua-se (cód. com., art. 463.º) que a venda é mercantil, quando o vendedor haja adquirido a cousa no intuito de a revender, e que é mercantil a compra, quando seja feita para revenda. Sendo assim, pode a compra ser civil e a venda mercantil, e vice-versa, constituindo-se uma das partes numa obrigação civil e a outra numa obrigação mercantil.

Sendo uno o acto jurídico, deve haver também em princípio unidade na sua lei reguladora, determinando-se (cód. com., art. 99.º) que, embora o acto seja mercantil só em relação a uma das partes, será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contratantes, salvas as que só forem aplicáveis àquele ou àqueles por cujo respeito o acto é mercantil. Esta disposição respeita não só à forma, mas aos efeitos ou obrigações que resultam do acto jurídico, e, como essas obrigações podem ter, em relação a cada um dos seus autores, uma certa autonomia, necessário se torna determinar as modalidades que essas obrigações revestem, para verificar se são reguladas pela lei civil ou pela lei comercial. Assim, como já vimos, nas obrigações comerciais os coobrigados respondem solidàriamente, quando não haja estipulação em contrário. Ora no código comercial preceitua-se (art. 100.º § único) que a responsabilidade solidária não é extensiva aos não comerciantes quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituam actos comerciais. Assim, se A. e B. comprarem a C. um carregamento de trigo, se só A. fôr comerciante e B. não comprar trigo para revender, C. não poderá exigir de B. a prestação integral do preço, se não se houver convencionado expressamente a solidariedade. Em tal caso haverá uma obrigação conjunta.

O contrário sucederia se, apesar de B. não ser comerciante, a compra fosse também mercantil em relação a êle.

§ 5 — *Do objecto das obrigações.*

COELHO DA ROCHA, *Instituïções*, 1.º vol., §§ 115-120; BEVILAQUA, *Obrigações*, §§ 7, 15-17 e 22-26; POLACCO, *Obbligazioni*, n.os 33-45; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 1.º, n.os 225-290; PLANIOL, *obr. cit.*, tomo 2.º, n.os 707-713 e 780-804; BAUDRY-LACANTINERIE, *obr. cit.*, tomo 1.º, págg. 295 e segg., e tomo 2.º, págg. 264 e segg. e 435 e segg.; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 2.º, §§ 252-261; DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 23-31; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, págg. 7-12; CRESCENZIO E FERRINI, *Obbligazione*, na *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. 12.º, parte 1.ª, págg. 152 e segg.

18. *O objecto imediato da obrigação é um facto; o mediato são cousas e serviços.* A obrigação é um vínculo, pelo qual o sujeito passivo fica adstrito a uma *prestação*, e esta consiste num facto ou série de factos. Não se usa portanto de linguagem rigorosa quando se diz que são objecto das obrigações *cousas* e *serviços*, pois que as cousas e os serviços constituem o objecto mediato da obrigação ou o conteúdo da prestação.

O facto, objecto da obrigação, pode ser positivo ou negativo, havendo assim para o sujeito passivo a necessidade de *fazer* ou de *não fazer*.

Os romanos, especializando o objecto das obrigações, diziam que estas consistiam em *dare*, *facere* e *præstare* (1). Por *dare* significava-se a transferência da propriedade de cousas corpóreas, ou de direitos reais sôbre elas. Quanto às obrigações de *facere* e *præstare*, não havia distinção nítida no seu objecto, indicando-se por *præstare* as que, resultando dum facto ilícito, tinham por fim a indemnização do dano causado, as que eram mixtas de dar e fazer e as que tinham por objecto serviços; mas o objecto destas obrigações também se exprime por *facere*, palavra que em algumas passagens se refere à transmissão da fruïção ou posse dum prédio rústico e à sua cultura. No *facere* compreendiam-se também

(1) D. *44*, 7, 3 pr.

as obrigações que tinham por objecto uma omissão, considerando-se esta o resultado duma determinação da vontade.

No nosso código faz-se distinção entre *prestação de factos* e *prestação de cousas* (artt. 711.º e segg.), e declara-se (art. 714.º) que a prestação de cousas pode consistir na alienação da propriedade de certa cousa; na alienação temporária do uso ou fruïção de certa cousa, e na restituïção de cousa alheia, ou no pagamento de cousa devida.

Na *prestação de factos* compreendem-se tanto as acções como as omissões (art. 713.º). Em relação às primeiras, as mais importantes são as que têm a natureza de *serviços*, os quais podem ser *fungíveis* ou não *fungíveis*, conforme o devedor pode ou não ser substituido na prestação dos factos (cód. civ., art. 712.º, e cód. de proc. civ., art. 902.º).

Quanto às prestações de cousas, ou se trata de cousas determinadas, de que se alienou a propriedade pelo próprio negócio jurídico de que resulta a obrigação ou cuja propriedade já pertencia ao credor anteriormente ao facto gerador da obrigação (art. 714.º n.os 1.º e 3.º), ou de cousas determinadas cujo uso ou fruïção o devedor transferiu temporàriamente (art. 714.º n.º 2.º) e, nestes casos, o credor pode, se o devedor não entrega as cousas objecto da obrigação, ser investido judicialmente na posse delas (cód. de proc. civ., art. 899.º § único); ou se trata de cousas indeterminadas ou de género, e, quando assim seja, o objecto imediato da obrigação consistirá na determinação ou escolha do conteúdo da prestação. Efeituada a escolha nas condições fixadas por lei ou pelo negócio jurídico, a prestação consistirá na entrega da cousa.

Nas obrigações que tenham por objecto cousas indeterminadas, o fim da obrigação pode ser a transferência dum direito real, transferência que se opera no próprio momento em que se individualiza a cousa e não no da entrega desta (art. 716.º); mas, como a escolha constitue o objecto imediato da obrigação, pode dizer-se também que, neste caso, a obrigação tem por objecto a transferência dum direito real.

A prestação pode consistir num facto ou numa série de factos, havendo assim obrigações instantâneas, que se extin-

guem no próprio momento em que se efeitua a prestação, como a restituïção duma cousa que se pediu de empréstimo, e obrigações com certo gráu de continuïdade ou permanência, cuja prestação tem trato sucessivo, como o serviço doméstico, o contrato de arrendamento. As obrigações negativas são desta última espécie.

19. *Condições que devem dar-se no objecto das obrigações.* Qualquer que seja a prestação a que o devedor fica adstrito, é necessário, para que a obrigação produza efeitos jurídicos, que essa prestação seja *possível, determinada* ou *determinável* e que tenha um *valor exigível.*

É possível a prestação que pode realizar-se física ou legalmente. É possível pràticamente a prestação que, embora não possa ser efeituada pelo devedor, o pode ser por outra pessoa (art. 670.°). É possível jurìdicamente a prestação que seja lícita, isto é, que não seja contrária à moral pública ou às obrigações impostas por lei (art. 671.° n.° 4.°). A obrigação considera-se contrária à lei, quando o seu objecto é directamente proïbido por ela, ou quando, não sendo directamente proïbido, representa uma fraude à lei e deve considerar-se implìcitamente proïbido, por estar compreendido no espírito da lei. Quando a prestação tenha apenas um fim análogo ao da que é proïbida, ou quando, sendo proïbida, o é sòmente em determinadas condições e estas não se verificam, a obrigação deve considerar-se válida. É contrária à moral pública a obrigação que tenha por objecto factos que despertem o escândalo público ou que a opinião pública repute contrários aos bons costumes.

A prestação é determinada ou determinável sempre que se fixa no próprio momento em que se forma a obrigação o seu objecto ou conteúdo, ou pode precisar-se posteriormente êsse conteúdo (art. 671.° n.° 3.°). Neste último caso, como se vendo cinqüenta moios de trigo ou alugo um cavalo, não se medindo o trigo nem se individualizando o cavalo, diz-se que há uma obrigação de cousa indeterminada.

A indeterminação do objecto das obrigações não se dá apenas nas que, como nos exemplos referidos, têm por objecto cousas fungíveis ou de género. Existe uma certa indeterminação também no objecto das obrigações alternativas.

A indeterminação do objecto das obrigações pode ser em maior ou menor gráu. Assim, desde a determinação máxima do objecto da obrigação, que se dá pela individualização da cousa, como a entrega dum certo cavalo, até à indicação do objecto por um conjunto de caracteres comuns que formam o seu género ou espécie, como a entrega dum cavalo, há gráus intermédios, podendo especificar-se a raça do cavalo, a manada de que deve ser tirado, etc.

O que se torna sempre necessário é que o objecto da prestação, já pelas cláusulas do negócio jurídico, já por disposição da lei, possa ser determinado de forma que a obrigação represente um valor pecuniário. Quando assim não suceda, não se formará um vínculo jurídico. Se um indivíduo, por exemplo, vender um animal, sem se indicar a sua espécie, não assumirá obrigação alguma, pois que a prestação a que êle se comprometeu não poderia determinar-se de forma que, no caso de inexecução, lhe correspondesse um valor exigível.

Quanto ao valor pecuniário da prestação (art. 671.° n.° 2.°) é necessário ter em consideração que a cousa ou acto pode ter, em relação às partes e por fôrça do negócio jurídico, um valor diverso do que, em harmonia com as regras gerais sôbre a avaliação, lhe deveria ser atribuído, sendo lícito às partes fixar por cláusula penal (art. 674.°) o valor da indemnização para o caso da obrigação não ser cumprida. E por meio da mesma cláusula se pode atribuir valor exigível a uma prestação que, representando para o credor um interesse de ordem moral ou afectiva, não fundamentasse, no caso de inexecução, o direito a indemnização de perdas e danos.

20. *Obrigações indivisíveis.* Uma obrigação é *divisível* ou *indivisível* conforme é ou não susceptível de fraccionamento o seu objecto, e há esta susceptibilidade quando, sem prejuízo da substância ou do seu valor económico, o conteúdo da obrigação pode dividir-se de modo que cada prestação parcial tenha conteúdo idêntico ao da prestação total, diferenciando-se desta apenas quantitativamente.

As prestações que tenham por objecto cousas que, sendo materialmente indivisíveis, são susceptíveis de divisão intelectual, considerar-se hão indivisíveis ou não conforme seja indivisível ou divisível o direito que, em virtude da obrigação, se deva constituir sôbre essas cousas. Assim, tendo-se prometido a venda dum prédio e ficando êste, por morte do proprietário, em comum, a venda pode ser efeituada em actos sucessivos, alienando cada um dos herdeiros a sua quota parte. Se a promessa respeitar, porém, à constituïção duma servidão nesse prédio, essa prestação será, como o direito de servidão, indivisível. Tratando-se de cousas certas e determinadas, a que o credor tenha direito, a prestação que consista na entrega dessas cousas será indivisível.

As obrigações que tenham por objecto a prestação de factos, quer estes sejam positivos, quer negativos, considerar-se hão divisíveis ou indivisíveis, conforme esses factos sejam ou não susceptíveis de ser cumpridos em parte sòmente. Assim, as prestações de fazer, se a quantidade ou duração do trabalho fôr indicada por certas divisões de tempo, serão divisíveis; se êsse trabalho se considerar em relação ao seu resultado final, como a construção duma casa, a prestação será indivisível. O trabalho de construção duma casa é realizado por prestações parciais: abertura de alicerces, paredes, soalhos, portas e janelas, estuques, etc., e pode essa construção ser feita até por diversos empreiteiros. Quando, porém, se contrate a construção da casa, a obrigação será indivisível, porque o objecto desta é um todo determinado, o edifício no seu conjunto.

A indivisibilidade da obrigação pode resultar portanto da própria natureza da prestação, ou do modo por que a obrigação se constitue.

O conceito de divisibilidade e de indivisibilidade em matéria de obrigações só tem importância quando haja, pelo próprio título constitutivo da obrigação, ou por qualquer facto posterior, mais do que um sujeito activo ou passivo. Se na obrigação houver só um credor e um devedor, é indiferente que a prestação seja divisível ou indivisível, pois que tem

de ser efeituada integralmente e não por partes, se outra cousa não fôr estipulada no contrato ou determinada por lei (art. 721.°). Quando haja, porém, vários credores ou vários devedores e não seja possível, pela própria natureza do objecto da obrigação ou em virtude do modo por que ela se constituiu, que cada credor exija ou cada devedor satisfaça a sua parte como um todo separado, como sucede nas obrigações conjuntas, necessário se torna determinar quais são os efeitos que derivam da indivisibilidade.

Como já vimos, o nosso código estabelece como princípio, nas obrigações em que haja multiplicidade de sujeitos, a simples conjunção, e como excepções a êsse princípio, além da solidariedade, admite as seguintes (art. 731.° n.°s 2.° e 3.°): *a*) se a prestação consistir em cousa certa e determinada, que se ache em poder de algum dos devedores, ou depender de facto que só um deles possa prestar; *b*) se pelo contrato outra cousa tiver sido determinada.

O n.° 3.° do art. 731.° tanto pode referir-se ao caso em que, havendo vários coobrigados, só um ou alguns deles fiquem adstritos ao cumprimento da obrigação, embora esta não esteja nas condições do n.° 2.° do mesmo artigo, como ao caso em que se ache especialmente determinada a responsabilidade dos coobrigados. Não pode êste n.° referir-se à constituïção duma obrigação solidária, embora a sua letra também abranja tal hipótese, pois que esta está prevista no n.° 1.°; e, em relação ao assunto de que estamos tratando, só nos interessa a primeira aplicação que êle comporta.

Em face do disposto no n.° citado vê-se que pode haver obrigações que, embora tenham por objecto prestações que sejam susceptíveis de fraccionamento de modo a poderem ser cumpridas pelos diversos coobrigados, têm de ser efeituadas só por um. Assim, pode estipular-se num contrato de empréstimo feito por A. a B. e C. que o pagamento será feito por B., ou, sendo o empréstimo feito só a B., que, no caso de êle falecer antes de se extinguir a obrigação, ficará um só dos seus herdeiros sujeito ao pagamento, não devendo aplicar-se, dada esta hipótese, a disposição consignada no art. 2115.°, em virtude da qual, feita a partilha, os coerdei-

ros só responderiam em proporção da parte que lhes coubesse na herança.

São estes os casos em que, segundo o disposto no art. 731.°, não respondem proporcionalmente pelo cumprimento da obrigação os devedores, tendo a prestação de ser efeituada só por um deles; e todos eles respeitam a obrigações em que haja pluralidade de sujeitos passivos.

Os efeitos da indivisibilidade das obrigações não se têm de considerar só no caso de haver pluralidade de sujeitos passivos; essa indivisibilidade também determina relações especiais entre os credores e o devedor, quando haja pluralidade de sujeitos activos.

Não há no código civil disposições gerais, expressamente formuladas, mas preceitua-se (art. 1443.°) que, se forem vários os depositantes, mas não solidários, e se a cousa depositada admitir divisão, não poderá o depositário entregar a cada um deles senão a sua respectiva parte, e (art. 1444.°) que, se a cousa fôr indivisível, se observará o que fica disposto nos artt. 750.° e 751.°.

Do confronto destas disposições parece dever depreender-se que, havendo diversos credores, e não podendo fraccionar-se o objecto da prestação, cada um dos credores terá direito igual a receber a prestação por inteiro. Se é certo que, não existindo entre os credores, neste caso, um vínculo de mútua representação, se poderia sustentar que os credores não tinham, cada um de per si, o direito, que o art. 750.° pressupõe, de exigir a prestação por inteiro, tornando-se assim necessário que o devedor efeitue a prestação a todos eles conjuntamente, já o modo por que está redigido o art. 750.°, já a referência que a êle se faz no art. 1444.° e ainda a circunstância de poder dar-se a impossibilidade de chegarem a acôrdo todos os credores relativamente ao modo de exigir a prestação, levam-nos a considerar o art. 750.° como aplicável às obrigações indivisíveis. Razão alguma justificaria uma disposição especial para o depósito.

Tratando-se da prestação duma cousa que não seja susceptível de divisão material ou dum facto que não possa realizar-se em prestações, entendemos que cada um dos credores tem o direito de exigir a prestação integral do devedor, podendo um dos credores libertá-lo do cumprimento da obrigação por qualquer dos modos especificados no art. 751.°, salva a sua responsabilidade para com os outros credores (1).

Há mais. Considerando-se o credor duma prestação indivisível com direito a receber a prestação por inteiro e aplicando-se a êsse credor a disposição consignada no art. 751.°, parece que os credores duma prestação indivisível se deverão considerar credores solidários, emquanto subsistir essa indivisibilidade. É, pelo menos, o que se dá em relação à obrigação constituida pelo contrato de depósito e é a doutrina que, reconhecendo-se a cada um dos credores o direito de exigir a prestação, se nos afigura mais justa.

Assim, interrompida a prescrição por um dos credores, os efeitos dessa interrupção dar-se hão em relação aos outros; o caso julgado por que se declarou inexistente a obrigação constituirá uma excepção que o devedor poderá opor a qualquer dos credores.

Estes efeitos derivam, porém, da indivisibilidade; é esta a causa da solidariedade que fica existindo entre os credores, e, conseqüentemente, logo que a obrigação deixe de ser indivisivel, desaparecerão esses efeitos. Assim, se a cousa, objecto da prestação, perecer em virtude de culpa do devedor, não poderá êste efeituar a prestação a qualquer dos credores, pois que a indemnização tem carácter pecuniário, sendo conseqüentemente divisível. Se se tratasse duma obrigação solidária, dar-se-ia o contrário, pois que subsistia o vínculo de mútua representação entre os credores estabelecido pelo negócio jurídico.

(1) No código de proc. civil preceitua-se (art. 8.°) que é permitido a qualquer dos interessados pedir separadamente a parte que lhe competir na responsabilidade comum. Êste artigo pressupõe a divisibilidade da prestação, tornando-se assim necessário verificar, em face do código civil, se, quando a prestação seja indivisivel, o credor pode pedir a prestação por inteiro.

Quanto à indivisibilidade no caso de pluralidade de devedores, o credor só tem direito a proceder contra um deles, quando se dêem as condições especificadas nos n.^{os} 2.° e 3.° do art. 731.°. Não basta, pois, para êsse efeito, que a obrigação seja indivisível; é necessário que se trate de cousa certa e determinada que se ache em poder de algum deles, ou de facto que só um deles possa prestar, ou que o devedor fique pelo contrato sujeito ao cumprimento integral da obrigação.

Sempre que não se verifique qualquer destas condições, o credor terá de proceder contra todos os devedores, embora a prestação seja indivisível. Assim, tratando-se da prestação duma cousa que, embora seja indivisível, não esteja em poder de nenhum dos devedores, o credor terá de exigir o cumprimento dessa obrigação a todos eles. O mesmo sucederá se se tratar dum facto que, embora seja indivisível, possa ser prestado por qualquer dos devedores.

O legislador, para atribuir ao credor o direito de proceder contra um só dos devedores, não atendeu, talvez para não se reproduzirem na nossa jurisprudência as dúvidas sôbre a indivisibilidade da prestação e sôbre os efeitos que devem atribuir-se a essa indivisibilidade, ao facto de não se poder fraccionar o conteúdo da prestação e, conseqüentemente, exigir de cada um dos devedores conjuntos a parte que lhe cabe na responsabilidade comum; teve em consideração a situação especial dum dos devedores, já em relação ao objecto da prestação, já em virtude do facto constitutivo da obrigação, e é por essa situação que tem de determinar-se se o credor pode proceder contra um só dos devedores.

A prestação não pode, quando a obrigação seja indivisível, fraccionar-se; mas todos os devedores podem ser condenados a cumpri-la, e, quando a não cumpram, na indemnização de perdas e danos, respondendo cada um deles, neste caso, proporcionalmente.

É esta a doutrina que, em nosso parecer, se acha sancionada no código civil, pelo que respeita às obrigações indivisíveis em que haja pluralidade de sujeitos passivos. Não sancionou a doutrina tradicional, pela qual o credor podia

exigir de cada um dos devedores o cumprimento integral da obrigação; estabeleceu excepções ao princípio da divisibilidade das obrigações, as quais devem aplicar-se nos precisos termos em que se acham formuladas (1).

A indivisibilidade, quer resulte da própria natureza da prestação, quer do modo por que a obrigação foi constituida, não é para o credor uma garantia, como a da solidariedade, pela qual haja tantos patrimónios responsáveis pela obrigação, quantos os devedores. Em virtude dessa indivisibilidade, um dos devedores pode ser obrigado a cumprir a obrigação integralmente, *totaliter*, mas não fica cada um deles responsavel pelo cumprimento *in totum*, de modo que o credor não pode, no caso de insolvência do devedor que, pela sua situação especial, estava adstrito ao cumprimento da obrigação, exigir dos outros o cumprimento integral da obrigação. Não existe entre os condevedores na obrigação indivisível um vínculo em virtude do qual fiquem adstritos ao cumprimento integral da obrigação, como se cada um deles fôra devedor único.

Donde deriva que a interrupção da prescrição em relação a um dos devedores, o caso julgado, a declaração sob palavra de honra, não produzem efeitos quanto aos outros.

Quando um dos devedores seja, porém, em virtude do título

(1) No código civil alemão acha-se assim formulada a teoria da indivisibilidade: se houver vários devedores duma prestação indivisível, ficam obrigados como devedores solidários (art. 431.°). Se houver vários credores com direito a uma prestação indivisível, o devedor, se os credores não forem solidários, não pode pagar senão a todos conjuntamente, e cada credor não pode exigir a prestação senão de todos os devedores. Cada credor pode exigir que se consigne a cousa em depósito para todos os credores, ou, quando não seja própria para ser consignada, que seja entregue a um depositário nomeado judicialmente. Os factos que digam respeito só a um dos credores nenhum efeito produzem em relação aos outros (art. 432.°).

Cumpre-nos notar que os efeitos da solidariedade passiva são, pelo código civil alemão, muito restritos, como se vê no art. 425.°. Esses efeitos limitam-se: 1) à extinção da obrigação pelo pagamento, dação em pagamento, consignação em depósito e compensação, e pelo perdão, quando se tenha a intenção de extinguir a obrigação integralmente; 2) à mora do credor perante um devedor solidário, a qual aproveita aos outros devedores.

constitutivo da obrigação, ou de qualquer dos factos especificados no n.º 2.º do art. 731.º, obrigado ao pagamento integral, se se houver dado a prescrição em relação a alguns condevedores, mas não em relação àquele de quem pode ser exigido o pagamento, êste poderá opor a prescrição, e, embora possa ser compelido ao pagamento específico, terá o direito de ser reembolsado pelo credor da parte que corresponda ao devedor ou devedores que se libertaram pela prescrição do cumprimento da obrigação?

É difícil responder precisamente à pergunta formulada.

Nas obrigações indivisíveis parece-nos que, devendo partir-se do princípio de que não é só pela natureza da prestação, mas pela relação especial em que um dos devedores se acha quanto a esta, que o credor tem a faculdade de o demandar pelo cumprimento integral da obrigação, e de que esta faculdade não exclue o direito de proceder também, salvo cláusula especial do negócio jurídico, contra os outros, que poderão ser citados conjuntamente, se deve admitir a doutrina de que há no vínculo obrigatório, salva a impossibilidade da prestação por partes, independência entre os condevedores, não sendo assim qualquer deles obrigado ao cumprimento da parte da obrigação que se declara extinta em relação a qualquer deles, seja qual fôr o facto de que essa extinção resulte. Esta doutrina é, para nós, indubitavel, quando, embora a obrigação seja indivisível, todos os condevedores tenham de ser citados pelo credor para o seu cumprimento.

Quando seja, porém, em virtude do negócio jurídico que o cumprimento da obrigação pode ser integralmente exigido dum dos devedores, é necessário verificar quais as relações que ficam existindo entre os condevedores e o credor. Se êste fica inibido de proceder contra eles, deve entender-se que o devedor sujeito ao pagamento é responsável como se fôra devedor único, e não pode conseqüentemente invocar a prescrição que se haja dado a favor dos outros, sendo êle que tinha interêsse em a interromper e não o credor.

Nos casos em que, segundo o nosso código civil, um dos devedores pode ser compelido pelo credor ao cumprimento

integral da obrigação, tem êle o direito de tornar efectiva, em relação a cada um dos condevedores e na parte respectiva, a responsabilidade comum, determinando-se essa parte em harmonia com o título constitutivo da obrigação. As condições para o exercício dêsse direito podem ser diversas, havendo casos em que o devedor que tem de efeituar o pagamento possa exigir antes dêste o cumprimento da obrigação em que cada um dos devedores se constitue.

Assim, se A, B e C contrairem um empréstimo e só A ficar obrigado ao pagamento, êste pode exigir de cada um dos outros a sua quota parte na obrigação conjunta, não se tornando necessário para o exercício dêste direito o pagamento. Por fôrça do contrato, só êle ficou adstrito para com o credor ao cumprimento da obrigação, nada podendo exigir o credor dos outros devedores. Nas relações internas entre estes, estabelece-se uma obrigação conjunta para com o devedor que tem de efeituar o pagamento, devendo ser determinadas as relações entre eles em harmonia com o respectivo negócio jurídico.

Como princípio geral, o que se pode afirmar em relação às obrigações indivisíveis é que o devedor que efeitua o pagamento, tem o direito de ser indemnizado pelos outros da parte que lhes cabia na responsabilidade comum, resultando esta responsabilidade do título constitutivo da obrigação. Pode também o devedor duma prestação indivisível, quando cumpra voluntàriamente a obrigação por nisso ter interêsse, ficar subrogado nos direitos do credor, exercendo neste caso contra os outros devedores o mesmo direito que tinha o credor, mas não se considerando a obrigação dêstes indivisível, visto que a obrigação indivisível deixou de existir pelo facto do pagamento, substituindo-se à prestação o seu valor pecuniário, o qual tem de ser igualmente dividido pelos condevedores, excepto se do título constitutivo da obrigação resultar que é diversa a quota de cada um na responsabilidade comum.

Quando algum dos condevedores esteja insolvente, a equidade exige que o prejuízo resultante dessa insolvência seja repartido proporcionalmente por todos os condevedores,

e é esta a doutrina sancionada, em parte, no art. 2123.° § único.

21. *Obrigações cumulativas.* O conteúdo ou objecto duma obrigação pode ser complexo, compreendendo várias prestações a cujo cumprimento integral o sujeito passivo fique adstrito em virtude do mesmo facto jurídico, e que estejam ligadas entre si de forma a constituirem uma obrigação única. Assim, na venda que se faça de vários objectos, estes podem ser considerados como abrangidos pelo mesmo vínculo, tendo de se efeituar a sua prestação no mesmo acto. Quando esses objectos não formem no seu conjunto uma unidade ou universalidade, como um rebanho, uma biblioteca, um estabelecimento comercial, haverá realmente tantos vínculos de obrigação, quantos forem os objectos individualmente determinados; mas, em virtude da forma da obrigação, derivam desta os mesmos efeitos que se fôra única, tendo o credor o direito de recusar o cumprimento parcial.

Para que uma obrigação cumulativa se considere formada de tantas prestações distintas e separadas quantos forem os objectos que formam o seu conteúdo, é necessário que, já pela diversidade de prazos ou de lugares para o seu cumprimento, já por outras circunstâncias, se veja que a cada prestação corresponde, pelas modalidades que a determinam, uma obrigação.

22. *Obrigações alternativas.* Nestas obrigações também há pluralidade de prestações, mas, ao contrário do que sucede nas obrigações cumulativas, o devedor não fica sujeito ao cumprimento de todas elas, mas ao de uma só, cuja escolha terá de ser feita pelo devedor, pelo credor ou por um terceiro. Assim, A vendendo a B um dos três espelhos que tem na sua sala, obriga-se a entregar-lhe um dêsses espelhos, não abrangendo o vínculo obrigatório os outros, desde que se determine o espelho que deve ser entregue.

O objecto da obrigação, no momento em que esta se constitue, não fica portanto completamente determinado. A obrigação é única, porque única é a prestação a que o devedor fica adstrito; mas, como na obrigação estão disjuntivamente compreendidas várias prestações, é só no momento em que se determina a prestação que se individualiza o objecto da obrigação.

Como o objecto da prestação não está determinado, quando a obrigação tenha por fim transferir a propriedade ou constituir um direito real, essa transferência ou constituïção só se opera no momento em que se faz a escolha, visto que os direitos reais só podem recair sôbre cousas certas e determinadas. Aplica-se assim às alienações de cousas em alternativa o mesmo princípio que às alienações de cousas indeterminadas de certa espécie (art. 716.°), não envolvendo o contrato a transferência da propriedade e correndo conseqüentemente o risco por conta do seu dono, que é o devedor, emquanto não se fizer a escolha (artt. 719.° e 736.°), excepto se houver culpa ou negligência por parte do credor (art. 737.°).

Não tendo o credor, quando a escolha pertença ao devedor, direito a uma determinada prestação, segue-se que o pedido para o cumprimento da obrigação alternativa deve, em tal caso, ser formulado dum modo disjuntivo (cód. proc. civ., art. 7.°).

Embora a obrigação não seja alternativa, pode, em certos casos, pelas faculdades que a lei atribua ao devedor ou ao credor, resolver-se em alternativa. Nestes casos há uma obrigação simples com *facultas alternativa*, sendo o regime destas obrigações diverso do das alternativas. Assim, se A, vendendo um cavalo a B, se recusar a entregá-lo, e se tiver estipulado, para o caso do não cumprimento do contrato, a pena de 20$000 réis, B pode pedir ou só a execução do contrato ou a correspondente indemnização, ou só a cláusula penal (art. 676.° § 1.°). A obrigação era simples, tendo por objecto o cavalo, mas resolve-se para o credor numa prestação em alternativa. Donde resulta que, se o cavalo tiver perecido em virtude de caso fortuito, o comprador não terá direito a indemnização nem à pena convencional, e o vendedor terá direito ao preço, visto que o cavalo ficou perten-

cendo em propriedade ao comprador, desde que se efeituou o contrato. O contrário sucederia se A se obrigasse a entregar um cavalo ou a quantia de 100$000 réis à escolha de B, pois que, emquanto êste não fizesse a escolha, a propriedade do cavalo pertenceria a A e o risco correria portanto por conta dêle.

A *facultas alternativa* dar-se há para o devedor, quando, achando-se êle adstrito a uma prestação, pode libertar-se mediante uma prestação diversa. Assim, no art. 264.º do cód. civ. alemão dispõe-se que «se o devedor a quem compete a escolha não a faz antes de começar a execução forçada, o credor pode fazer recair esta, à sua escolha, sôbre uma ou outra prestação, sendo lícito todavia ao devedor, emquanto o credor não recebeu no todo ou em parte a cousa escolhida, libertar-se da sua obrigação por meio duma das outras prestações».

Temos assim que, havendo-se tornado simples a obrigação pela escolha deferida ao credor na fase executiva, o devedor fica ainda com a *facultas alternativa* de efeituar a outra prestação, libertando-se por êste meio da obrigação.

Na obrigação alternativa o devedor fica adstrito ao cumprimento da prestação, sendo apenas indeterminado o objecto.

Vê-se, pois, que a obrigação alternativa não é, em princípio, condicional, pois que a condição tornaria incerta a eficácia do vínculo obrigatório, e não existe essa incerteza, sempre que a escolha tenha de ser feita pelo devedor ou pelo credor. Quando, porém, a escolha pertença a um terceiro, cláusula cuja legalidade não pode deixar de admitir-se em vista do disposto no art. 1547.º e de não haver disposição alguma que a proíba, a obrigação considerar-se há condicional, pois que a sua eficácia ficará dependente, se outra cousa não tiver sido acordada, de que o terceiro a quem fica competindo a escolha a queira ou possa fazer. E' o que se dispõe no § único do art. 1547.º relativamente ao caso em que a especificação da cousa vendida fique dependente do arbítrio de terceiro, e que julgamos aplicável às obrigações alternativas.

Quando do contrato se não depreenda, pois, que as partes não quiseram que a eficácia da obrigação ficasse dependente da especificação da prestação por terceiro, subentende-se a condição — se o terceiro quiser ou puder escolher, e coexistirá assim a condicionalidade da obrigação com a indeterminação da prestação.

E escusado será notar que nada se opõe à coexistência na mesma obrigação destas duas modalidades, podendo constituir-se uma obrigação alternativa, em que a escolha pertença ao credor ou ao devedor, que fique dependente dum facto futuro e incerto.

No próprio momento em que se forma a obrigação alternativa, ou antes da escolha, pode ser impossível, física ou legalmente, uma das prestações. Assim, A vendeu a B o seu cavalo branco ou o seu cavalo preto à escolha dêste, mas, quando se efeituou o contrato e sem que nenhum deles tivesse conhecimento dêsse facto, o cavalo branco tinha morrido. António obriga-se a fazer contrabando com Pedro ou a dar a êste 200$000 réis.

Em qualquer dêstes casos não existe a obrigação alternativa, visto que na obrigação não ficam disjuntivamente compreendidas as duas prestações, por ser impossível a realização duma delas, e o que cumpre averiguar é se a obrigação se tornou simples por êsse facto, ou se a impossibilidade duma das prestações determina a não existência da obrigação.

Quando ambas as prestações sejam lícitas e uma delas se haja tornado impossível por caso fortuito, a obrigação subsiste, ficando o devedor adstrito à outra prestação, visto que esta estava disjuntivamente compreendida na obrigação. Se uma das prestações é legalmente impossível, necessário será verificar se as partes tinham ou não conhecimento dessa impossibilidade. Se o tiverem, a prestação em alternativa deverá considerar-se como uma obrigação acessória de carácter penal, e, como a obrigação principal é nula, nula deverá considerar-se também a obrigação acessória (art. 673.º). Quando as partes não tenham conhecimento dessa ilegalidade, o devedor ficará obrigado a efeituar a outra prestação.

23. *Obrigações genéricas.* Chamam-se *obrigações genéricas* aquelas em que as cousas ou prestações devidas são especificadas por qualidades ou designações comuns, e não individualmente. Assim, quem vende quinhentos litros de vinho ou um moio de trigo tem de entregar, dos géneros indicados, a quantidade a que se comprometeu, sendo assim determinado apenas genèricamente e quantitativamente o objecto da obrigação, e tornando-se necessário, para efeituar a prestação, que se determine individualmente o objecto pela escolha do vinho ou do trigo e pela sua medição ou pesagem. Quem vende dez cavalos fica obrigado a uma prestação que apenas está determinada pela espécie, tornando-se necessária, para o seu cumprimento, a escolha dos cavalos, e sendo no momento em que ela se efeitua que o objecto da obrigação fica individualmente determinado.

A indeterminação do objecto da prestação é maior ou menor, conforme fôr mais ou menos restrito o número de indivíduos que o género abrange, mas a obrigação não deixará de considerar-se genérica, emquanto o seu objecto fôr designado por caracteres que sejam comuns a várias cousas ou factos, abstraindo das cousas ou factos individualmente considerados.

Refere-se às obrigações genéricas que tenham por objecto a transferência da propriedade o art. 716.°, indicando o objecto dessas obrigações pela expressão «alienações de cousas indeterminadas de certa espécie». Como se vê, porém, da própria disposição, a transferência da propriedade e conseguintemente a alienação só pode produzir-se, quando a cousa se torne certa e determinada. O vínculo que se constitue entre o vendedor e o comprador, quando o objecto do contrato apenas se ache determinado genèricamente, tem carácter pessoal.

Em alguns casos a designação do objecto da obrigação faz-se pela referência a um certo número de cousas concretamente determinadas por circunstâncias acidentais, como o lugar, e que, tendo as mesmas qualidades, podem indiferentemente substituir-se umas às outras (fungíveis), sendo pelo peso, contagem ou medida que se fixa a prestação. Assim, na venda dum moio de trigo dum determinado celeiro, de cem litros de vinho duma determinada pipa ou de mil laranjas dum certo pomar, o objecto da obrigação não é indicado genèricamente; acha-se concretamente determinado, tornando-se apenas necessário o pêso, medição ou contagem para tornar efectiva a prestação. A estas obrigações, que se podem chamar de *quantidade,* refere-se o art. 1551.°, dispondo que as vendas de cousas que se costumam provar, pesar, medir ou experimentar antes de serem recebidas, consideram-se sempre como feitas debaixo de condição suspensiva.

Se, nos exemplos que acabamos de dar, o objecto do contrato não fôsse uma determinada quantidade de trigo, vinho e laranjas, mas todo o trigo, vinho ou laranjas, do celeiro, da adega ou do pomar, não haveria uma obrigação de quantidade, nem genérica, mas a venda duma cousa certa e determinada, cuja propriedade ficaria imediatamente pertencendo ao comprador.

Quando a designação do objecto da prestação respeite a um determinado conjunto de cousas, mas estas não possam substituir-se indiferentemente umas pelas outras, como na hipótese de se vender um quadro duma determinada galeria ou um cavalo duma certa manada, ou um livro duma estante, não haverá uma obrigação genérica, pois que a indicação do objecto não se faz apenas por um conjunto de caracteres comuns, achando-se concretamente determinado um certo grupo a que a cousa pertence, e não haverá também uma obrigação de quantidade, pois que o objecto da prestação não se determina pela contagem, pêso ou medição, exercendo, neste caso, a escolha uma função importante.

Nos exemplos referidos, a obrigação será na maior parte dos casos alternativa, devendo ter-se em consideração, para distinguir esta obrigação da genérica, que na obrigação alternativa a indeterminação respeita a cousas ou factos individualmente determinados, ao passo que na obrigação genérica

tem-se em conta não cousas ou factos individualmente determinados, mas qualidades comuns a muitos indivíduos, podendo todos eles ser objecto da prestação.

Daqui derivam conseqüências importantes: nas obrigações genéricas, como o *genus nunquam perit*, embora pereça fortuitamente a cousa que o devedor tinha a intenção de dar ao credor, a obrigação não se extingue, pois que essa cousa pode ser substituida por outra; para se determinar se uma cousa pode ser objecto da obrigação, não tem de atender-se ao momento em que esta se constitue, mas àquele em que é cumprida.

Nas obrigações genéricas a indeterminação do objecto da prestação é portanto maior do que nas alternativas.

Cumpre-nos notar, porém, que a obrigação alternativa também pode dar-se, quer em relação a ambas as prestações, quer a uma delas, com a modalidade duma obrigação genérica, devendo, neste caso, combinar-se as disposições relativas às obrigações genéricas e às alternativas.

24. *Obrigações pecuniárias, liquidas e ilíquidas.* Entre as cousas que podem ser objecto de obrigações ocupa um lugar primacial, pela sua função de instrumento geral de troca, a moeda, achando-se especialmente reguladas no código civil as prestações em dinheiro.

O objecto primário da obrigação pode ser dinheiro e é em dinheiro que tem de ser efeituada a indemnização de perdas e danos, quando, se a obrigação consistir na prestação doutra cousa ou facto, não fôr pontualmente cumprida.

Obrigação pecuniária pròpriamente dita é a que tem de ser paga em dinheiro, sem consideração pelo metal da moeda, atendendo-se em tal caso ùnicamente ao quantitativo, que pode ser representado pela moeda em que tem de efeituar-se o pagamento e pelo seu valor corrente. Também se consideram, porém, obrigações pecuniárias aquelas em que se determina a espécie metálica, e em que se especifica a moeda. Neste último caso há o que se pode pròpriamente chamar uma obrigação monetária, sendo as moedas cuja espécie é determinada consideradas como cousas fungíveis.

Não existe obrigação pecuniária, quando o objecto da obrigação consista em moedas individualmente determinadas, sendo essas moedas uma cousa certa (1).

As obrigações cujo objecto é uma prestação pecuniária, ou cousas fungíveis cujo valor pode ser determinado em moeda dentro do prazo de nove dias, pela cotação que tenham as cousas ou valores, chamam-se *líquidas* (art. 765.º § 1.º). As obrigações cujo quantitativo não pode ser assim determinado, tendo de recorrer-se para êsse efeito à avaliação, chamam-se *ilíquidas*. Uma obrigação cujo objecto seja certo e determinado, mas não seja cousa fungível, dá lugar, no caso de inexecução, a uma obrigação ilíquida, quando a indemnização não haja sido fixada no próprio negócio jurídico ou não esteja determinada por lei.

§ 6 — *Modalidades no vínculo obrigatório.*

POLACCO, *Obbligazioni*, n.ºs 46-53; CRESCENZIO e FERRINI, *obr. cit.*, págg. 260 e segg.

25. *Obrigações condicionais, modais e a têrmo.* As cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, condição, têrmo e modo, podem dar-se nas obrigações, sempre que estas se constituem por um negócio jurídico unilateral ou bilateral. Assim, quando o negócio jurídico seja condicional, a eficácia do vínculo obrigatório ficará dependente dum facto futuro e incerto, já pelo que respeita à constituição da obrigação (condição suspensiva) já à sua dissolução (condição resolutiva); se num negócio jurídico a título gratuito há uma declaração acessória da vontade em virtude da qual a pessoa para quem se transfere um direito fica adstrita a uma determinada prestação, esta obrigação será modal; se na obrigação se fixa

(1) Sôbre o nosso sistema monetário veja-se o DR. MARNOCO E SOUSA, *A troca e o seu mecanismo*, págg. 609 e segg.

o tempo em que o vínculo obrigatório começa a produzir os seus efeitos ou deixa de os produzir, haverá uma obrigação a têrmo (1).

Nas obrigações a têrmo inicial, o tempo durante o qual fica suspensa a sua execução pode ser fixado no próprio negócio jurídico por que se constituem ou em leis de carácter supletivo, ou ficar dependente da própria natureza da prestação, do modo por que deve ser realizada ou do lugar onde tem de efeituar-se. Nestes três últimos casos não há obrigação a têrmo, pois que, se o credor não pode exigir imediatamente o seu cumprimento, não é em virtude duma cláusula acessória do negócio jurídico, mas por circunstâncias especiais dependentes da própria obrigação.

As modalidades a que acabamos de nos referir entram na constituïção do vínculo obrigatório ou representam elementos que devem ter-se em consideração para o seu exacto cumprimento. Dessas modalidades ou determinações acessórias distinguem-se fundamentalmente as denominadas *obrigações acessórias,* em que estas se acham relacionadas com uma obrigação *principal,* que constitue o seu fundamento, só se tornando exigível, em regra, a obrigação acessória no caso de inexecução da principal. É o que sucede com a cláusula penal.

26. *Obrigações principais e subsidiárias ou acessórias.* Diferentes pessoas podem ficar adstritas ao cumprimento duma mesma obrigação, respondendo uma na falta doutra. Assim, na hipótese do art. 2368.º as pessoas que presenciarem uma agressão e que, podendo-o fazer sem risco, não auxiliarem o agredido, obstando ao malefício, serão subsidiàriamente responsáveis por perdas e danos. A obrigação de indemnizar o agredido pelos prejuízos que haja sofrido recai, em primeiro lugar, sôbre o agressor; mas, quando o direito de crédito do agredido não possa tornar-se efectivo contra êle, pode a vítima da agressão proceder contra as pessoas que a presenciaram.

(1) Veja-se sôbre a condição, têrmo e modo estas *Instituïções,* 1.º vol., n.os 178 a 187.

Quanto às obrigações a têrmo são diversas as expressões por que o código as designa: *prazo certo, convencionado, prefixo, estipulado, estabelecido, dia certo, dependentes de têrmo, tempo prefixo, a prazo, por tempo determinado* (artt. 711.º, 741.º, 843.º, 844.º n.os 4.º-6.º, 863.º, 877.º, 1641.º). Veja-se o Dr. Assis Teixeira, *Das obrigações a prazo segundo o código civil português.*

As obrigações subsidiárias podem, pelo que respeita ao direito que o credor fica tendo de exigir o cumprimento da obrigação revestir o carácter de solidárias. Assim, se as pessoas que presenciarem a agressão forem encarregadas de vigiar pela segurança pública, ficarão solidàriamente responsáveis com os perpetradores do delito.

Neste caso, porém, não existe uma obrigação solidária, pois que só fica adstrito ao pagamento, quando o agente da segurança pública possa proceder contra êle, o autor do malefício. A obrigação é única, ficando todavia adstritas a ela duas ou mais pessoas.

Donde resulta que, sendo a obrigação paga por quem só esteja adstrito a ela subsidiàriamente, há o direito de regresso contra o principal devedor. A responsabilidade comum existe em relação ao credor; nas relações entre os coobrigados não existem obrigações múltiplas, mas uma só obrigação, tendo assim o devedor principal de efeituar o pagamento aos devedores subsidiários, quando sejam estes que realizem o pagamento. Se a dívida se extinguir em virtude do pagamento pelo principal devedor, êste não ficará tendo direito algum contra os outros devedores.

A responsabilidade subsidiária pode dar-se também em virtude dum negócio jurídico, como na fiança.

Contraída uma obrigação e ficando por ela responsável um indivíduo como fiador, o credor só pode proceder contra êste, quando hajam sido excutidos os bens do principal devedor, visto que a sua responsabilidade, sendo subsidiária, só deve tornar-se efectiva no caso do não cumprimento da obrigação pelo devedor principal.

Pode dar-se, porém, a relação de solidariedade entre o devedor e o fiador, e, no caso de haver mais do que um

fiador, entre estes. Quando assim suceda, o credor poderá exigir o cumprimento integral da obrigação quer ao principal devedor, quer aos fiadores; mas, sendo a fiança uma obrigação acessória e dependendo conseqüentemente a sua existência da obrigação principal, quando seja o principal devedor que efeitue o pagamento, a obrigação acessória considerar-se há extinta para todos os efeitos, não tendo o devedor direito algum de indemnização em relação aos fiadores.

Há mais: todos os factos que determinem a extinção da obrigação em relação ao principal devedor, extinguem-na também em relação aos fiadores, salva a questão de incapacidade pessoal (art. 822.º), por se entender que o fiador não garante apenas a solvabilidade do devedor, mas garante também a sua capacidade. Donde resulta que, se o devedor principal oposer ao cumprimento da obrigação qualquer excepção de carácter pessoal, como o vício de consentimento, e essa excepção se julgar procedente, a obrigação considerar-se há extinta em relação ao fiador, quer êste fôsse solidário quer não.

A solidariedade não produz, neste caso, os mesmos efeitos que se houvera uma obrigação solidária, pois que não existem, nas relações entre eles, tantos vínculos de obrigação, quantos são os coobrigados; há uma obrigação principal, a que ficam adstritas várias pessoas, de forma que, uma vez extinta a obrigação, e seja qual fôr, salva a excepção referida, a causa dessa extinção, as responsabilidades subsidiárias, embora nelas haja solidariedade, não podem subsistir.

CAPÍTULO III

DOS EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

§ 7 — *Do cumprimento das obrigações.*

COELHO DA ROCHA, *Instituïções*, tomo 1.º, §§ 121 e 147; POLACCO, *Obbligazioni*, n.os 54-79; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. IV, n.os 425-442; BEVILAQUA, *Obrigações*, §§ 34-36; BAUDRY-LACANTINERIE, *obr. cit.*, tomo 2.º págg. 557 e segg.; WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 255, 256, 273-275 e 282; DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 25-27 e 32-35; FILOMUSI-GUELFI, *Obbligazioni, parte generale*, 3.ª ediç., págg. 175-295.

27. *O que significa a fórmula legal «dos efeitos e cumprimento dos contratos».* Sob a epígrafe *dos efeitos e cumprimento dos contratos*, que é a do cap. 9.º do tít. 1.º, do liv. 2.º, da 2.ª parte, trata o código civil das seguintes matérias, em treze secções, que têm respectivamente estas epígrafes: disposições gerais; da prestação de factos; da prestação de cousas; da prestação com alternativa; do lugar e do tempo da prestação; das pessoas que podem fazer a prestação, e das pessoas a quem deve ser feita; da proposta de pagamento e da consignação em depósito; da compensação; da subrogação; da cessão; da confusão de direitos e obrigações; da novação; e do perdão e da renúncia.

Basta a simples leitura destas epígrafes para se vêr que o autor do nosso código civil usou da fórmula *efeitos e cumprimento dos contratos* para significar: 1) a determinação da responsabilidade em que directamente fica constituido o devedor, a qual consiste no cumprimento normal da prestação; 2) a transmissão do direito do credor por contrato (ces-

são), ou em virtude do pagamento feito por um terceiro (subrogação); 3) os factos pelos quais se extingue o vínculo obrigatório. E como do não cumprimento normal da obrigação resultam para o devedor, quando êsse não cumprimento lhe seja imputável, certas conseqüências, as disposições em que estas se determinam também se acham compreendidas na referida expressão.

A colocação no código sob a mesma epígrafe de tão variadas disposições parece-nos que foi devida principalmente ao facto de o cumprimento da obrigação, ao mesmo tempo que representa os efeitos que desta derivam, ser a causa de que, em geral, resulta a extinção das obrigações. O pagamento, quando por esta palavra signifiquemos o cumprimento normal da prestação a que o devedor fica adstrito, é um modo por que a obrigação se extingue e o efeito que imediatamente deriva do vínculo obrigatório.

É certo, porém, que o pagamento pode efeituar-se quando já se hajam dado modificações no vínculo obrigatório, quer em virtude de êste não haver sido normalmente cumprido, quer em virtude de substituïção do credor; e, para se verificar as condições em que o pagamento deve realizar-se, necessário é ter em consideração essas modificações. Por outras palavras: a expressão *cumprimento da obrigação* não deve considerar-se sinónima de *pagamento*.

Pela expressão *cumprimento da obrigação* significamos a prestação a que o sujeito passivo fica adstrito, quer pelo que respeita ao seu objecto, quer ao tempo e ao lugar em que se deve efeituar; o *pagamento* é o facto por que normalmente se extingue a obrigação.

Sendo assim, necessário se torna tratar do cumprimento das obrigações e dos efeitos que derivam do não cumprimento antes de expor as disposições relativas ao pagamento, o qual tem o seu lugar adequado entre os factos de que resulta a extinção das obrigações. E como, anteriormente à libertação do devedor do vínculo obrigatório, se pode ter dado a transmissão da obrigação, entre o cumprimento das obrigações e a sua extinção deve tratar-se dessa transmissão.

Cumpre-nos notar que na determinação dos efeitos e cumprimento das obrigações não temos apenas em vista as que se constituem por contrato. As modalidades que há, relativamente aos efeitos, nos vínculos obrigatórios que se formam por esta categoria de negócios jurídicos, expô-las hemos quando tratarmos desta fonte de obrigações. A doutrina que vamos expender respeita às obrigações em geral, e devemos sinalar que, neste ponto, apenas temos, em regra, de introduzir algumas alterações na terminologia do código, pois nenhuma dúvida há de que êle não regulou apenas, no capítulo a que nos estamos referindo, as obrigações provenientes de contratos, achando-se exaradas nele as normas que respeitam aos efeitos das obrigações, seja qual fôr a fonte de que estas derivam.

28. *A obrigação deve ser pontualmente cumprida.* No art. 702.° preceitua-se que os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; no art. 705.° determina-se que o contraente, que falta ao cumprimento do contrato torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por fôrça maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuido, e no art. 711.° declara-se que o que se obrigou a prestar algum facto e deixou de o prestar, ou não o prestou conforme o estipulado, responde pela indemnização de perdas e danos.

Estas disposições, formalmente aplicáveis aos contratos, aplicam-se a qualquer categoria de obrigações.

Uma vez formado legalmente o vínculo obrigatório, o devedor fica constituido na necessidade de proceder em harmonia com êle, tendo de cumprir, nos precisos têrmos em que a obrigação foi estabelecida, a prestação a que ela respeita, sob pena de ficar responsável pela indemnização dos danos que derivem da inexecução, quando esta se não funde numa causa legítima ou não seja devida a facto que lhe não seja imputável.

Donde resulta que o devedor não pode, por seu livre arbítrio, substituir o objecto da prestação, dando *aliud pro alio* (dação em pagamento), embora seja de mais valia a

cousa que se pretenda dar em substituïção da que é devida. Não pode também o devedor compelir o credor a receber em parte a prestação, embora esta seja divisível, se outra cousa não houver sido estabelecida no negócio jurídico ou fôr determinada por lei (art. 721.°). Como excepção legal ao princípio de que a prestação deve ser feita integralmente e não por partes, há a disposição consignada no art. 321.° do código comercial, em virtude da qual o portador duma letra não pode recusar qualquer pagamento parcial por conta da mesma, embora o aceite haja sido pelo total dela, disposição que tem por fim libertar na medida do possível os signatários da letra que podem ser compelidos ao pagamento em virtude do direito de regresso.

Para que a obrigação se considere pontualmente cumprida não é necessário, em princípio, que a prestação seja efeituada pelo próprio devedor. No art. 747.° preceitua-se que a prestação pode ser feita pelo próprio devedor, pelos seus representantes ou por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada nela. Exceptua-se o caso de haver no contrato declaração expressa em contrário ou de assim ser prejudicado o credor (art. 747.° § único), prejuízo que só pode dar-se quando, tratando-se da prestação de factos, se tenham em vista as aptidões especiais de quem assumiu a obrigação.

Apesar de ser uma pessoa determinada que fica adstrita ao cumprimento da prestação, o interêsse que esta representa para o credor, salvos os casos referidos, pode tornar-se efectivo por qualquer outra pessoa, não podendo portanto o credor recusar-se a receber o pagamento doutrem que não seja o devedor. A obrigação considera-se assim como significando mais uma relação tendente a um fim determinado, do que uma necessidade jurídica que incumba pessoalmente a alguém de realizar uma determinada prestação.

Do princípio de que a obrigação deve ser pontualmente cumprida resulta ainda que não é lícito atender às condições especiais em que se encontre o devedor para não exigir dêste o cumprimento integral. No direito romano concedia-se a alguns devedores o denominado *beneficium competentiæ*, ou *ne egeant*, havendo devedores que não eram obrigados

ao cumprimento integral da obrigação, quando ficassem privados dos recursos necessários para o seu sustento, benefício que era concedido aos pais para com os filhos, aos patronos para com os libertos, aos cônjuges entre si, aos soldados para com quaisquer credores, etc. (1). Actualmente, sejam quais forem as relações entre credor e devedor, êste pode ser compelido ao cumprimento integral da obrigação. Há, todavia, alguns bens que, segundo a nossa legislação, são ou podem ser isentos da execução, por não poderem ser penhorados ou só o poderem ser por nomeação expressa do executado, atendendo-se, para essa isenção, em alguns casos, a considerações de carácter humanitário (cód. de proc. civ., artt. 815.° n.^{os} 2.°-4.°, 9.°, 11.°, 12.° e 816.° n.^{os} 1.°-3.°) (2). Nestes casos, a prestação só não pode ser exigida integralmente quando o devedor não tenha outros bens que possam ser penhorados, não se dando assim, ao contrário do que sucede no *beneficium competentiæ*, redução no quantitativo da dívida.

29. *Cumprimento de obrigações de objecto determinado.* Quando o objecto da prestação seja uma cousa certa, o devedor cumpre, entregando-a no estado em que se achar, embora nela tenha havido deteriorações, desde que estas não sejam imputáveis a culpa ou negligência. Se as deteriorações forem devidas a facto por que seja responsável o devedor, praticando actos contrários à conservação da cousa ou

(1) *D.* 42, 1, fr. 16-19 e 50, 17, fr. 173.

(2) Nota-se a tendência para isentar da execução outros bens, compreendendo-se nessa isenção bens imóveis de família em determinadas condições. Veja-se sôbre o *homstead* na América do Norte *Le homstead aux États-Unis*, por VACHE, Paris, 1895 *.

Nos códigos civis do Chili (artt. 1625.° e 1626.°) e da Argentina (artt. 799.° e 800.°) admite-se o benefício da competência em favor de certos devedores.

[* Pelo decr. n.° 7033, de 16 de outubro de 1920, que instituiu o *casal de família*, não pode fazer-se penhora ou arresto sôbre qualquer dos bens do referido casal, tanto na raíz como nos frutos, máquinas, gado, ferramentas e instrumentos destinados à lavoura, salvo nos casos que o mesmo decreto especifica (artt. 20.° e 21.°)].

deixando de praticar os actos necessários a essa conservação (art. 717.º § 2.º), fica êste constituído na obrigação de indemnizar o dano causado (art. 717.º).

Tem portanto o devedor de cousa certa e determinada não só a obrigação de a entregar, mas ainda a de a conservar.

Como a propriedade da cousa pertence ao credor (art. 715.º), segue-se que, perdendo-se em virtude dum facto que não seja imputável ao devedor, êste fica libertado do cumprimento da obrigação (art. 717.º). A perda da cousa dá-se (art. 717.º § 1.º): perecendo, sendo posta fora do comércio e desaparecendo de modo que se não possa recuperar ou que dela não se saiba.

Se se trata dum facto, o devedor é obrigado a prestá-lo nas condições fixadas no título constitutivo da obrigação (art. 711.º). Quando êsse facto não seja prestado, o credor pode requerer, em lugar de perdas e danos, que seja autorizado a fazer prestar por outrem o dito facto, à custa daquele que está obrigado a êle, salvo se outra cousa tiver sido estipulada (art. 712.º). Sendo feito êste pedido pelo credor, será arrematada em hasta pública a prestação do facto (cód. de proc. civil, art. 902.º).

Se a prestação consistir numa omissão, o devedor incorre em responsabilidade desde que pratique o facto a cuja omissão se obrigou, e pode o credor exigir que a obra feita, se obra houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer (art. 713.º).

30. *Cumprimento das obrigações alternativas.* Para o cumprimento duma prestação em alternativa é necessário determinar prèviamente qual o objecto da prestação, o que tem de fazer-se mediante a escolha dêsse objecto pelo devedor, pelo credor, ou por terceiro. O código regula o cumprimento da prestação com alternativa nas duas primeiras hipóteses, mas não declara a quem pertence a escolha.

Parece que, em princípio, a escolha pertence ao devedor, em favor do qual, na falta de cláusula em contrário, deve ser interpretada a obrigação, como resulta de várias disposições do código (artt. 728.º, 729.º, 740.º, 744.º, 1691.º, 1829.º), e que a escolha portanto só pertencerá ao credor, quando êste

direito lhe seja atribuído no próprio título constitutivo da obrigação. E é êste, como veremos, o princípio estabelecido no código relativamente às obrigações genéricas.

Deve ter-se, porém, em consideração que o nosso código, ao contrário do que se dá com o código civil francês (art. 1190.º), não exige declaração expressa para que o credor tenha o direito de escolha, podendo êste direito inferir-se de quaisquer circunstâncias, e sendo só na falta de estipulação e em caso de dúvida sôbre a vontade das partes a êsse respeito que tal direito deve atribuír-se ao devedor (1).

Em que tempo e condições pode efeituar-se a escolha?

O devedor pode escolher o objecto da prestação antes da entrega. O art. 736.º, prevenindo a hipótese de a cousa perecer sem culpa nem negligência do devedor para determinar por conta de quem se dá o risco, pressupõe que a escolha pode estar feita antes da entrega. A doutrina de que só pela entrega ou consignação em depósito se pode efeituar vàlidamente a escolha pelo devedor, em defesa da qual se invoca o princípio de que a obrigação alternativa representa, por causa do risco, uma garantia para o credor, não foi sancionada pelo nosso código. Nem o devia ser, visto que a obrigação alternativa, quando a escolha pertença ao devedor, representa um benefício para êste, facilitando-lhe o pagamento, e não para o credor.

Quanto ao modo por que o devedor pode fazer a escolha, deve aplicar-se a nosso ver às obrigações alternativas o mesmo princípio que se acha formulado para as genéricas no art. 716.º: o devedor deve tornar sciente o credor de que escolheu uma determinada prestação, sendo só desde que o credor tenha conhecimento da escolha, que, em harmonia com o disposto no artigo citado, se transfere a propriedade da cousa para o credor.

O credor não pode opor-se à escolha do devedor, que, tendo êsse direito, declara a sua vontade independentemente

(1) Veja-se o *Direito*, vol. 29, págg. 145 e 225.

de qualquer acôrdo com o credor. A escolha representa assim um negócio jurídico unilateral, mas, para que êste produza os seus efeitos, para que se torne irrevogável, torna-se necessário que o credor dela tenha conhecimento.

O credor pode fazer a escolha pela notificação do devedor, pela exigência duma determinada prestação ou pela sua aceitação.

Quando a obrigação tenha trato sucessivo, como a do pagamento de foros (art. 1691.º), o facto de o devedor pagar ou de o credor receber uma determinada prestação durante muitos anos não converte a obrigação alternativa numa obrigação simples. A escolha dá-se em relação a cada uma das prestações, representando um acto facultativo a repetição da mesma prestação durante um período mais ou menos largo, e não perdendo portanto em virtude dessa repetição o direito de escolha o devedor ou o credor.

Se, pertencendo a escolha ao devedor, êste não escolhe, o credor, tendo de o demandar para o cumprimento da obrigação, deve fazer um pedido alternativo, e o devedor é condenado no pedido. Na fase executiva, o devedor tem de oferecer bens para pagamento, e, se o não fizer, a escolha deve, em tal caso, pertencer ao credor.

Quando a escolha pertença ao credor e êste se recuse a fazê-la, parece-nos que o devedor, se consignar em depósito o objecto duma das prestações, pode ter de efeituar a outra, quando o credor impugne a consignação em depósito com o fundamento de que tem direito a ela e a prefere (1).

A escolha não tem efeito retroactivo. Apesar de ambas as cousas estarem, desde que se realiza o negócio jurídico *in obligatione*, entendemos que a transferência da propriedade só se opera no momento em que, pela escolha, se determina o objecto da prestação, não podendo conseqüentemente

(1) No código alemão dispõe-se (art. 264.º) que, se o credor a quem pertencer o direito de escolha estiver em mora, o devedor, fixando-lhe um prazo conveniente, pode exigir que êle faça a escolha. Expirando êste prazo, se o credor não escolher em tempo útil, o direito de escolha passa para o devedor.

o credor, a quem pertença o direito de escolha, anular a alienação duma das cousas que tenha sido feita pelo devedor. Julgamos assim aplicável às obrigações alternativas o princípio formulado no art. 716.º (1).

Pertencendo a escolha ao devedor, pode êste prestar qualquer dos factos ou das cousas, mas não pode, contra a vontade do credor, prestar parte duma cousa e parte doutra (art. 733.º), porque, se tal fizesse, deixaria de cumprir pontualmente a obrigação, visto que o objecto da prestação é uma ou outra cousa, um ou outro facto.

E se uma das prestações se tornar impossível, porque pereceu o seu objecto?

O código não determina as conseqüências que derivam do facto de, por culpa ou sem culpa do devedor, se tornar impossível uma das prestações, quando a escolha seja do devedor.

As hipóteses que podem dar-se são: 1.ª perece uma cousa casualmente e fica outra; 2.ª perece uma cousa por culpa do devedor e fica a outra.

O princípio que devemos aplicar na solução das duas hipóteses e que, a nosso vêr, está de harmonia com a natureza das obrigações alternativas, é o mesmo. Desde que a escolha pertence ao devedor, não se lhe pode imputar uma responsabilidade especial só pelo facto de, por culpa sua, perecer o objecto duma das prestações.

Quando, pois, não seja possível a escolha, ou porque uma das cousas não podia constituir objecto da obrigação, ou porque pereceu, a obrigação ou é simples desde o momento em que se constituiu, ou torna-se tal desde que uma das cousas pereceu, não podendo ser oferecido, em vez da cousa que pereceu, ou que não podia constituir objecto da obrigação, o preço, quer a cousa haja perecido por culpa do deve-

(1) No código civil alemão acha-se sancionada doutrina diversa (art. 263.º), seguindo-se o princípio da concentração, em virtude da qual a prestação escolhida é única desde o princípio.

dor, quer não, visto que a obrigação se tornou simples, e é o objecto desta que deve ser prestado.

E se perecerem ambas as cousas anteriormente à escolha?

Podem dar-se as seguintes hipóteses: *a*) ambas as cousas pereceram casualmente; *b*) a primeira cousa pereceu casualmente e a segunda por culpa; *c*) a primeira cousa pereceu por culpa e a segunda casualmente; *d*) ambas as cousas pereceram por culpa.

Os princípios que se devem aplicar são:

a) A obrigação extingue-se, e considera-se sem efeito o negócio jurídico por que se constituiu (art. 736.° n.° 2.°, por analogia).

b) O devedor fica obrigado ao preço da cousa que pereceu por culpa com indemnização de perdas e danos, ou sujeito à rescisão do contrato (artt. 706.° e 709.°), considerando-se a obrigação simples.

c) É esta a hipótese que suscita mais dificuldades. Tornando-se a obrigação simples, parece que a perda da segunda cousa deve dar-se por conta do credor. Para êste efeito, porém, era necessário que à perda da cousa por culpa se pudessem atribuir os mesmos efeitos que à escolha feita pelo devedor com conhecimento do credor. Ora a perda da cousa por culpa não pode haver-se como uma escolha. Sendo assim e não podendo duvidar-se, por outro lado, de que o credor ficou, em virtude da perda e quanto ao risco, com menos garantias, deverá reconhecer-se-lhe o direito de se considerar desobrigado ou de exigir o preço da cousa que pereceu por culpa.

d) Em harmonia com a natureza das obrigações alternativas, parece que o devedor deveria ficar obrigado ao preço da cousa que pereceu em último lugar. Como o credor, porém, tinha direito à cousa que pereceu e o devedor não a podia substituir pelo valor, parece-nos que deverá aplicar-se o disposto no art. 735.°, pelo que respeita ao direito que o credor tem de rescindir o contrato.

Quando a escolha pertença ao credor, e uma das cousas pereça sem culpa do devedor, a obrigação torna-se simples, sendo o credor obrigado a aceitar a restante (art. 734.°). Se a cousa perecer por culpa ou negligência do devedor, como o credor tem o direito de escolha, à cousa que perecer substitue-se o preço e o credor pode exigir êste ou a cousa restante (art. 734.°).

Se ambas as cousas perecerem por culpa ou negligência do devedor, poderá o credor exigir o valor de qualquer delas com perdas e danos, ou a rescisão do contrato (art. 735.°).

Não previu o código a hipótese de haver perecido uma das cousas por culpa do devedor e a outra por caso fortuito. Dada esta hipótese tem de se verificar qual das cousas pereceu primeiro, se aquela cuja perda foi casual, se a outra. Se a perda da cousa que pereceu primeiro foi devida a caso fortuito, como a obrigação já se havia tornado simples (art. 734.°), o devedor fica responsável pelo valor da outra com perdas e danos. Se a perda da cousa que pereceu primeiro foi devida a culpa, o devedor, que ficou desde logo constituído na obrigação de pagar o preço desta, se o credor o preferisse à entrega da outra cousa (art. 734.°), não pode libertar-se do cumprimento dessa obrigação.

As cousas podem perecer por culpa do credor, e o código limita-se a estabelecer a êste respeito a seguinte norma (art. 737.°): se uma das cousas se tiver perdido por culpa ou negligência do credor, julgar-se há êste pago.

Ora uma das cousas pode perecer por culpa do credor, e podem perecer ambas, sendo a escolha do credor ou do devedor, nas seguintes condições: 1) perece uma cousa por culpa e fica a outra; 2) perece a primeira cousa casualmente e a segunda por culpa do credor; 3) a primeira cousa perece por culpa do credor e a segunda casualmente; 4) perecem ambas as cousas por culpa do credor.

Nas três primeiras hipóteses, quando a escolha pertença ao credor, aplica-se o art. 737.°. Aplica-se também êste artigo, sendo a escolha do devedor, na segunda hipótese, pois que a obrigação, havendo-se tornado simples pelo facto de a primeira cousa perecer, extingue-se pela perda da outra por culpa do credor.

Na primeira hipótese, quando a escolha seja do devedor, terá êle o direito de considerar a sua obrigação extinta ou de entregar ao credor a outra cousa, pedindo o valor da primeira com perdas e danos. Na terceira hipótese, como o devedor tinha o direito de oferecer a segunda cousa exigindo o valor da primeira com perdas e danos, fica com direito a esta indemnização, pois que o perecimento fortuito da segunda cousa, cujo preço êle tem de entregar, quando reclame o valor da primeira, não modificou a situação criada em virtude da culpa do credor.

Na quarta hipótese, se a escolha fôr do devedor, tem êste o direito de exigir o preço duma das cousas, com perdas e danos, visto que o credor não o podia privar, por facto que lhe é imputável, do direito de escolha. Se a escolha pertencia ao credor, não há dúvida de que o devedor tem direito a indemnização, e parece-nos que, como compensação do direito que êle tinha de ficar com uma das cousas, se lhe pode reconhecer o direito de pedir o valor de qualquer delas à sua escolha.

A doutrina que acabamos de expor aplica-se tanto no caso de serem duas as prestações como de serem mais, devendo, nesta última hipótese, introduzir-se as modificações que resultam da pluralidade de objectos.

31. *Cumprimento das obrigações genéricas.* Tendo as obrigações por objecto cousas indeterminadas de certa espécie ou género, torna-se necessário, para o seu cumprimento, que a cousa se torne certa e determinada, pois não é possível, sem essa determinação, a entrega da cousa, nem a alienação dela (art. 716.°).

Da redacção dêste artigo vê-se que, em princípio, é ao devedor que compete a escolha, pois que nele se declara que a determinação da cousa deve ser feita *com conhecimento do credor,* isto é, que lhe deve ser notificada. Em relação aos legados de cousa indeterminada acha-se êsse princípio expressamente consignado no art. 1827.°.

Pertencendo a escolha, em princípio, ao devedor, pode

estabelecer-se no negócio jurídico uma cláusula em virtude da qual a escolha ficará pertencendo ao credor (art. 1547.°), podendo inferir-se até o direito dêste das circunstâncias em que o negócio jurídico se efeituou, pois que o código não exige que a declaração de que a escolha pertencerá ao credor seja feita expressamente nos negócios jurídicos entre-vivos.

Pode também convencionar-se que a escolha da cousa seja feita por terceiro, entendendo-se que, se outra cousa não fôr acordada, o contrato fica, em tal caso, pendente da condição de que o terceiro possa ou queira fazê-la (art. 1547.° § único).

Tratando-se de prestações de quantidade, ou de cousas que se costumam provar, pesar, medir ou experimentar antes de serem recebidas, entende-se também que o contrato é feito, por parte do credor, sob condição suspensiva, não bastando assim que o credor tenha conhecimento de que se acha determinada a cousa, mas tornando-se necessário, salvo cláusula em contrário, acôrdo entre êle e o devedor acêrca dessa escolha, visto que não fica apenas dependente desta a individualização do objecto da obrigação, mas a própria eficácia desta.

Quanto ao objecto que deve ser escolhido, preceitua-se (art. 716.° § único) que, se a qualidade não foi designada, não é o devedor obrigado a prestar a cousa melhor, nem pode prestar a pior. O mesmo princípio se aplica em matéria de legados, quando por disposição expressa do testamento não seja atribuído ao legatário o direito de escolha, declarando-se (art. 1827.°) que a escolha deve ser regulada por um termo médio, pelo que toca às qualidades da cousa.

Quando a escolha pertença ao credor, parece que, nas obrigações constituídas por negócio jurídico entre-vivos, se deveria aplicar o princípio formulado no § único do art. 716.°, visto que nele se não faz distinção. É de notar, porém, que, pertencendo a escolha ao credor, o que é de presumir é que, tendo ela de efeituar-se entre um grupo de cousas determinadas, o devedor deixou ao arbítrio do credor essa escolha, podendo êste escolher a melhor. E é êste o princípio que se

acha expressamente formulado na lei pelo que respeita aos legados (art. 1828.º), quando as cousas da espécie designada existam no património do defunto. Se a cousa tiver de ser adquirida pelo herdeiro, a escolha pertence a êste.

Quando a escolha pertença a um terceiro, e não se hajam estabelecido no negócio jurídico condições que limitem o arbítrio dêle, entendemos que o terceiro pode escolher a cousa que lhe aprouver, não podendo o devedor recusar-se a cumprir a obrigação, fundando-se em que é a melhor, nem o credor recusar-se a receber a cousa, pretextando que é a pior.

Em relação mesmo ao devedor, a disposição consignada no § único do art. 716.º pouco alcance tem relativamente às cousas de género que sejam indeterminadas, pois que difícil será provar que uma dada cousa é a pior ou a melhor dêsse género. A disposição referida só poderá, portanto, aplicar-se quando se trate de cousas que pertençam a um determinado grupo, em que pelo confronto entre umas e outras, se poderá verificar qual seja a melhor ou a pior.

Quando a obrigação não seja especificamente cumprida, e, em vez dela, se tenha de entregar o preço, êste, quer a escolha seja do devedor, quer do credor ou de terceiro, deverá ser fixado tendo em consideração o preço médio, quando no negócio jurídico não se ache designada a qualidade. Nesta hipótese deve aplicar-se a disposição consignada no § único do art. 716.º, sem fazer distinção.

32. *Cumprimento das obrigações de dinheiro.* Quanto às prestações em dinheiro, o seu pagamento deve ser feito na forma estabelecida, achando-se no código civil previstas e reguladas a êste respeito, em normas de carácter supletivo (art. 726.º), as seguintes hipóteses: 1) convenção do pagamento em moeda metálica de certa e determinada espécie; 2) convenção do pagamento em réis; 3) convenção do metal da moeda em que se deve fazer o pagamento. Quando no contrato de mútuo ou de usura se declare que o devedor recebeu uma determinada espécie de moeda, tal declaração não significa que o pagamento se deva efeituar na mesma

espécie, não revelando um acôrdo tácito a êste respeito. É necessário que se convencione que o pagamento será feito na mesma moeda, ou noutra moeda, mas determinada, porque, se não se fizer declaração alguma quanto à moeda em que deve efeituar-se o pagamento, entender-se há que êste pode realizar-se em qualquer moeda que tenha curso legal.

1) Quando se convencionar que o pagamento seja feito em moeda metálica de certa espécie, como libras, moedas de cinco mil réis, será o pagamento feito na moeda convencionada, que se considerará como uma cousa fungível, existindo essa moeda legalmente, embora tenha variado de valor entre o tempo do contrato e o do pagamento, e ainda que essa variação haja resultado de disposição da lei (artt. 724.º e 1638.º). Não existindo já a espécie de moeda em que se tenha convencionado o pagamento, será êste feito em moeda corrente ao tempo em que haja de verificar-se, calculando-se para êsse fim o valor da moeda estipulada pelo que ela tinha na conjuntura em que deixou de correr (art. 725.º) (1).

2) Consistindo a prestação em réis, satisfaz o devedor pagando a mesma soma numérica, ainda que o valor da moeda tenha sido alterado depois do contrato (art. 727.º), desde que o pagamento seja feito em moeda que tenha curso legal. A alteração no valor da moeda em virtude da lei, que foi freqüente em tempos antigos, difícilmente se poderá verificar actualmente. Quando haja, porém, diversas espécies de moeda, ou quando às notas seja dado curso forçado, tendo estas de ser recebidas em pagamento em vez de moeda metálica, pode o valor nominal da moeda, a que se

(1) Pelo projecto primitivo (art. 1593.º) devia pagar-se em moeda equivalente pelo valor que tinha a que deixou de correr ao tempo do empréstimo. A comissão revisora (*Actas*, pág. 98) alterou essa disposição, no intuito de aproximar mais a equação dos valores, sendo mais próximo da época do pagamento o tempo em que a moeda deixa de circular. Veja-se o que a êste respeito propôs MARTENS FERRÃO (*Actas*, pág. 93).

No código alemão (art. 245.º) preceitua-se que, se uma dívida em dinheiro se dever pagar numa moeda determinada, que ao tempo do pagamento tenha deixado de correr, deve fazer-se o pagamento, como se não houvera sido fixada essa moeda.

refere o art. 727.°, ser diverso do seu valor real e do corrente. Quaisquer que sejam essas alterações, o pagamento efeitua-se pelo valor nominal (1).

3) Se à estipulação em réis acrescer a do metal da moeda em que deve ser feito o pagamento, sem que aliás se tenha designado a espécie dela, o devedor fá-lo há em moeda corrente ao tempo do pagamento, contanto que essa moeda seja do metal estipulado (art. 727.° § único).

Em virtude desta disposição, tendo-se declarado que o pagamento se fará em ouro, pode ser satisfeito em qualquer moeda com curso legal e que seja dêste metal.

Pela crise económica e financeira de 1891, o Banco de Portugal, cujas notas tinham curso legal nas localidades onde êle tivesse agências, num raio de cinco quilómetros das mesmas localidades, foi dispensado (decr. de 7 de maio, 10 de maio e 9 de julho de 1891) da obrigação de trocar por ouro as suas notas, podendo fazer essa troca só em prata ou em ouro e prata, e ficando portanto revogado o limite do curso legal da prata. Estabeleceu-se assim não pròpriamente um curso legal das notas mas um curso forçado, visto que os credores as não podiam recusar nos pagamentos (2).

A situação criada pela referida crise e por estas disposições legislativas suscitou a seguinte questão, que foi largamente debatida (1): tendo-se declarado que o pagamento seria em ouro ou prata, sem designação da espécie de moeda, deve efeituar-se no metal estipulado, ou pode ser feito em notas do Banco de Portugal, representativas daqueles metais?

Alguns jurisconsultos pronunciaram-se pela afirmativa, sem dúvida mais por atenderem a que a aplicação rigorosa do § único do art. 727.° não só daria lugar a gravíssimos prejuízos mas a sérios embaraços, do que por se dever considerar o curso forçado das notas como envolvendo a revogação do art. 727.° § único, ou pela crise constituir um caso de fôrça maior. O curso forçado, quando o legislador não proíba qualquer convenção por que se estipule o pagamento em moeda metálica, só obrigaria o credor a receber o pagamento em notas na falta de convenção. Pela fôrça maior, o devedor só ficaria desonerado de pagar em moeda metálica, quando a execução da obrigação por esta moeda se tornasse impossível (art. 705.°) e não por se tornar mais onerosa.

Parece-nos, assim, que, tendo-se especificado o metal em que a prestação deve ser cumprida, e não sendo convertível

(1) O nosso sistema monetário é regulado pelas leis de 29 de julho de 1854, 31 de maio de 1882, 21 de julho de 1899 e de 8 de agosto de 1908.

Por estas leis, a moeda principal é a de ouro. Os particulares só são obrigados a receber em moeda de prata até cinco mil réis, e em moedas de níquel ou de cobre, ou de ambas conjuntamente, até mil réis. O Estado é obrigado a receber nestas moedas até à quantia de cinco mil reis. Se não houvera estas disposições, deveria considerar-se que eram obrigados a receber, atenta a função que exerce a moeda subsidiária, até o mínimo representável em moeda principal.

O curso legal das notas do Banco de Portugal é regulado pela lei de 29 de julho de 1887, pelo decreto de 10 de maio de 1887, pelo decreto de 9 de julho de 1891, autorizado por lei de 30 de junho do mesmo ano, e pelos estatutos do Banco de portugal, apr. por decr. de 13 de abril de 1892, artt. 14.° e segg.

(2) Veja-se o DR. MARNOCO E SOUSA, a *Troca e o seu mecanismo*, págg. 625 e 626.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 24, págg. 342 e 355, e vol. 25, pág. 83; o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, 2.ª ediç., tomo 2.°, pagg. 60 a 63; a *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, vol. 4.°, págg. 362, 436 e 452 e vol. v, pág. 386; a *Revista de direito comercial*, vol. 3.°, págg. 3 e 33; a *Revista dos tribunais*, vol. 10, pág. 174; o DR. MARNOCO E SOUSA, *Das letras, livranças e cheques*, vol. 2.°, págg. 24-26, e os acs. do S. T. de Justiça de 22 de julho de 1894 (no *Direito*, vol. 27, pág. 36), de 12 de fevereiro de 1897 (na *Gazeta cit.*, vol. 10, pág. 158), de 14 de abril de 1899 (na *Gazeta cit.*, vol. 12, pág. 768), da Rel. de Lisboa, de 18 de novembro de 1893, de 18 de dezembro de 1894, de 17 de agosto de 1895, de 8 de maio e 11 de novembro de 1897 e de 1 de agosto de 1901 (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 7, pág. 409, vol. 8, pág. 430, vol. 9, pág. 228, vol. 10, pág. 761, vol. 11, pág. 688, e vol. 15, pág. 106), e da Rel. do Pôrto, de 17 de março de 1893 (na *Revista dos Tribunais*, vol. 12, pág. 165), de 11 de abril de 1893 (no jornal cit. vol. 11, pág. 363), 1 de maio de 1896 (na *Revista de direito comercial*, vol. 2.°, pág. 362) e de 4 de março de 1898 (na *Revista dos Tribunais*, vol. 16, pág. 358).

a nota, o devedor tem de efeituar o pagamento em moedas de ouro ou de prata.

E, embora o quantitativo das moedas cujo metal se determina seja fixado em réis, não tem de pagar-se só o número de moedas que, segundo o valor *corrente*, sejam suficientes para o preencher. A moeda tem um valor *nominal* ou estabelecido pela lei, e é êsse valor e não o da sua capacidade de troca num determinado momento o que tem de atribuir-se à moeda para o efeito do pagamento, quando a êsse respeito não haja qualquer declaração em contrário.

No contrato pode estipular-se que o pagamento se fará em moedas de ouro e de prata e fixar-se ou não a proporção em que deve entrar no pagamento cada uma das espécies indicadas. Quando se determina essa proporção, a cláusula respectiva deve ser pontualmente cumprida. Quando se não determine, poderá o devedor efeituar o pagamento em qualquer das moedas, seja qual fôr a proporção?

A *Revista de legislação e de jurisprudência* pronunciou-se pela afirmativa, considerando a hipótese compreendida no art. 727.° § único. Êsse preceito diz que, estipulando-se a soma em réis e o género de metal em que o pagamento deve ser feito, o devedor satisfará, pagando *em moeda corrente no tempo do pagamento, comtanto que essa moeda seja do metal estipulado*. O devedor cumpre pois a obrigação contraida, entregando nos dois géneros de metal as espécies de moedas que escolher, seja qual fôr a proporção em que entrem os dois metais (1).

Será aceitável esta doutrina?

Parece-nos, em primeiro lugar, que não pode invocar-se, quando se haja pactuado que o pagamento se faça em moedas de ouro e de prata, o disposto no art. 9.° da lei de 29 de julho de 1854, em virtude do qual «em nenhum pagamento, qualquer que seja a sua importância, e a origem da obrigação, donde êle provenha, será o credor obrigado a receber mais de cinco mil réis nas moedas de prata».

(1) Veja-se o vol. 28, pág. 372.

Esta disposição é aplicável, em harmonia com os preceitos consignados no código civil, quando se tenha de efeituar o pagamento em réis, por não se estipular a espécie de moeda ou o metal. Quando se dê esta especificação e se declare que o pagamento se fará em moeda de prata, ou de ouro e prata, a moeda de prata deixa de ser considerada, em relação à prestação a que o devedor ficou adstrito, como moeda subsidiária.

Não pode também invocar-se o disposto no § único do art. 9.° da lei citada, em que se preceitua que a disposição consignada neste artigo «é extensiva às obrigações contraídas antes da promulgação desta lei, ainda mesmo quando tenham a designação de ouro e prata, ou quando nelas se tenha declarado a espécie de moeda em que devam ser satisfeitas», pois que êste §, se mostra que se considerava de ordem pública, dando-se-lhe até efeito retroactivo, a disposição em virtude da qual o devedor não podia ser obrigado a receber mais de cinco mil réis em moedas de prata, não pode aplicar-se de modo algum às obrigações contraídas posteriormente à publicação do código civil, em que se estabeleceu o princípio de que as prestações em dinheiro serão feitas na forma convencionada (art. 723.°), sendo assim permitido às partes estipular livremente que a prestação em dinheiro, seja qual fôr a quantia, será paga em moedas de prata, de níquel ou de cobre.

Não podendo aplicar-se o art. 9.° da lei de 29 de julho de 1854, parece-nos que a hipótese também não pode considerar-se directamente regulada pelo § único do art. 727.°. Preceitua-se neste § que, estipulando-se o metal, o devedor terá de pagar em moeda dêsse metal, corrente ao tempo do pagamento; mas não se diz, quando se haja estipulado que o pagamento se fará em moedas de ouro e prata, em que proporção deve entrar cada uma dessas espécies de moeda no pagamento, e é óbvio que circunstâncias haverá em que essa proporção não seja indiferente.

Se se estipular que o pagamento se fará em moedas de ouro *ou* de prata, haverá uma obrigação alternativa, e o pagamento terá de ser feito na moeda que fôr escolhida pelo credor ou

pelo devedor, conforme a escolha pertencer a um ou a outro. Estipulando-se, porém, que o pagamento será feito em moedas de ouro e prata, parece-nos que deverá atender-se a todas as circunstâncias em que o contrato se realizou, para verificar a proporção em que deve entrar no pagamento cada uma dessas espécies de moeda. Assim, se se tratar dum contrato de mútuo ou de usura e se declarar quais as moedas em que o empréstimo foi feito, parece-nos que é na mesma proporção que o devedor deverá efeituar o pagamento.

Quando, porém, não seja possível determinar, pelo conteúdo do negócio jurídico, qual fôsse a intenção das partes a êsse respeito, entendemos com a *Revista* citada que o devedor pode cumprir a obrigação em moedas dos metais indicados, seja qual fôr a proporção em que elas entrem no pagamento.

O código comercial, estabelecendo (art. 315.º) em relação ao pagamento das letras, o princípio de que a letra deve ser paga na moeda que indica, regula êsse pagamento quando seja indicada moeda estrangeira, preceituando (art. 315.º §§ 1.º-3.º) que se a moeda indicada não tiver curso legal na República, e se o sacador não tiver prescrito expressamente que o pagamento se faça na própria moeda estrangeira indicada na letra, deve fazer-se em moeda nacional ao câmbio fixado na letra, ou, na falta de fixação, pelo câmbio corrente à vista, na véspera do vencimento. Não havendo fixação e curso de câmbio, o pagamento deve fazer-se em moeda nacional pelo câmbio corrente da praça mais próxima do lugar do pagamento sôbre o do saque, e, não o havendo sôbre êste, sôbre o da praça que dêle mais próxima fôr (1). Quando o sacador tiver prescrito expressamente que o pagamento se faça na própria moeda estrangeira indicada na letra, é nesta moeda que deve efeituar-se.

Se entre o tempo do saque e o do vencimento fôr alterado

(1) O curso do câmbio nas praças onde há bolsa é determinado pela cotação encarregada à câmara dos corretores (cód. com., art. 353.º e decr. de 10 de outubro de 1901, art. 44.º n.º 1).

o valor legal da moeda especificada na letra, ou ela deixar de existir legalmente, observar-se há o disposto nos artt. 724.º a 726.º do cód. civ. (cód. com., art. 316.º) (1).

33. *Cumprimento de prestações em parte líquidas e em parte ilíquidas.* Quando a prestação seja ilíquida, torna-se necessário, para o seu cumprimento, que se determine, por acôrdo entre as partes, ou por liquidação judicial, o seu quantitativo. Se, porém, a prestação fôr em parte líquida e em parte ilíquida, poderá o credor exigir e receber a parte líquida, emquanto não puder verificar-se a entrega do

[1] Em aditamento a êste número e actualizando, de harmonia com o decr. de 22 de maio de 1911 e lei de 21 de junho de 1913, a exposição feita, o autor escreveu a págg. 728 e segg. da primeira edição:

«O decreto de 22 de maio de 1911 e a lei de 21 de junho de 1913 remodelaram o sistema monetário, que por esta lei foi mandado pôr em vigor desde 1 de julho de 1913. A unidade monetária é o escudo de ouro em todo o território da República, com excepção da Índia. Nos Açores, cujo regime monetário era regulado pela lei de 3 de agosto de 1887, também está vigorando portanto o novo regime monetário. (Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 48, pág. 296).

Haverá moedas de ouro de 10, 5, 2 e 1 escudos, sendo a cunhagem e emissão destas moedas ilimitadas.

Continuarão a ter curso legal no território da República com os valores de 4,5 e 2,25 escudos, as moedas de ouro inglesas, denominadas soberanos e meios soberanos.

Os escudos dividir-se hão em cem partes iguais, denominadas centavos, e haverá moedas de prata dos valores legais de um escudo, cinqüenta, vinte e dez centavos.

A cunhagem e emissão das moedas de prata são exclusivamente reservadas para o Estado.

Haverá moedas de bronze-níquel dos valores legais de 4, 2 e 1 centavos. Subsistem as moedas de cinco réis, com o valor de meio centavo, para as transacções entre particulares.

Ninguém pode ser obrigado a receber em qualquer pagamento, seja qual fôr a sua importância e proveniência, mais do que dez escudos em moeda de prata. Ninguém pode ser obrigado a receber em qualquer pagamento, seja qual fôr a sua importância e origem, mais que um escudo em moedas de bronze-níquel.

Estas disposições não excluem a aplicação do art. 723.º e do § único do

resto (art. 722.°), princípio que se acha aplicado no cód. de proc. civ., art. 807.°, em que se declara que, se uma parte da condenação fôr ilíquida e outra parte líquida, poderá esta executar-se desde logo.

34. *Tempo em que deve efeituar-se a prestação.* Quanto ao tempo em que a prestação se deve efeituar, necessário é distinguir a obrigação *pura* da obrigação a *têrmo*.

São obrigações puras aquelas em que não existe uma determinação acessória, pela qual se fixa a época em que essas obrigações devem ser cumpridas.

---

art. 727.°. É assim que, estipulando-se que o pagamento será feito em moedas de prata ou de níquel, o devedor fica adstrito a pagar e o credor a receber moedas de prata ou de níquel, qualquer que seja o quantitativo da dívida. Não se trata de disposições de interêsse e ordem pública, mas de disposições que, fundando-se no carácter subsidiário das moedas de prata e de níquel, têm por fim evitar incómodos para o credor. Se êste tem interêsse em que o pagamento seja feito nessa moeda, ou se, embora o não tenha, se estipulou que êle assim fôsse feito, o credor pode, no primeiro caso, exigir o pagamento em prata ou níquel, se assim foi convencionado, e é obrigado no segundo caso a aceitar o pagamento nesta moeda.

Na lei de 21 de junho de 1913 preceitua-se (art. 1.° §§ 1.° e 2.°) que os documentos de particulares, que forem exarados desde 1 de julho do mesmo ano, só valerão em juízo ou nas repartições públicas, sendo escriturados de harmonia com o novo sistema monetário; e que, se em quaisquer documentos, públicos ou particulares, houver necessidade de fazer referência a contas ou operações descritas anteriormente conforme o antigo sistema monetário, será obrigatório consignar a equivalência dessas contas ou operações conforme o novo sistema.

Esta disposição aplica-se sòmente aos documentos por que se provam obrigações de dinheiro com referência à unidade monetária, que pelo antigo sistema era o real e actualmente é o escudo, não excluindo as obrigações em que se estabeleça a obrigação de entregar moedas determinadas do antigo sistema. Assim, efectuando-se um contrato em que um indivíduo se obriga a entregar um certo número de moedas de dez ou de cinco mil réis por determinada quantia, êsse contrato será válido. Haverá neste caso um contrato de venda para quem se obrigou a entregar as moedas de dez ou de cinco mil réis; obrigação pecuniária só existe para o comprador, e é nesta que o quantitativo deve ser determinado segundo o novo sistema monetário.

Quando seja exarado qualquer documento em que as quantias sejam

Quanto a estas obrigações, o princípio consignado na lei (art. 743.°) é o de que a prestação terá de ser feita, quando o credor a exigir, salvo o lapso de tempo dependente da natureza do contrato. Para êste efeito, deve atender-se às disposições de carácter supletório que se acham consignadas no código.

Assim, pelo que respeita ao comodato declara-se (art. 1511.°) que, se não houver declaração sôbre o prazo do empréstimo, entender-se há que fôra pelo tempo indispensável para o uso concedido; quanto ao mútuo de cereais ou de quaisquer outros produtos rurais feitos a lavrador ou a pessoas que recolhem frutos semelhantes pela renda de terras próprias

---

escrituradas segundo o antigo sistema monetário, êsse documento será nulo, e dessa nulidade derivará a nulidade do contrato ou da obrigação, nos casos em que só por documento possam provar-se. Terá, pois, de pedir-se a rescisão do contrato alegando-se a nulidade do documento, que, para êste efeito, não poderá deixar de ser atendido em juízo.»

Pelo decr. n.° 9719, de 23 de maio de 1924 (vejam-se também o decr. n.° 8940, de 21 de junho e a lei n.° 1424, de 15 de maio de 1923), haverá moedas de bronze de alumínio de 50 centavos e de 1 escudo e pelo decr. n.° 9718, da mesma data, moedas de bronze de 20, 10 e 5 centavos. Estas moedas terão curso legal no continente e ilhas adjacentes, ninguém podendo ser obrigado a receber em qualquer pagamento mais de 20 escudos de moedas de 1 escudo e de 50 centavos, e mais de 5 escudos das restantes.

A cunhagem e emissão são exclusivamente reservadas para o Estado.

Por decreto será fixado o dia em que estas moedas entrarão em circulação, deixando nessa data de ter curso legal as cédulas de 20, 10 e 5 centavos emitidas pela Casa da Moeda e as notas do Banco de Portugal de 50 centavos e de 1 escudo, cessando para o Banco a aculdade de emití-las concedida pelo decreto de 9 de julho de 1891. Deixam também de ter curso legal as moedas de 1, 2, 4 e 5 centavos cunhadas pela Casa da Moeda e postas em circulação, moedas que, bem como as notas e cédulas referidas, serão trocadas pelas novas moedas em prazos que oportunamente serão fixados.

Da legislação anterior que alterou o decreto de 22 de maio de 1911 e a lei de 30 de junho de 1913 e que em grande parte será atingida pelos decretos a que acabamos de referir-nos, vejam-se a lei n.° 679, de 21 de abril de 1917, o decreto n.° 4849, de 9 de setembro de 1918 e as leis n.° 990 e n.° 1085, de 25 de junho e 9 de dezembro de 1920.

Sôbre as moedas do antigo regime que deixaram de ter curso legal, vejam-se os decretos n.^{os} 2511, 2615 e 3296, respectivamente de 15 de julho e 11 de setembro de 1916 e de 15 de agosto de 1917.

dispõe-se (art. 1526.° e § único) que se presumirá feito até à seguinte colheita dos frutos ou produtos semelhantes; para o contrato de mútuo de dinheiro preceitua-se (art. 1527.°) que nunca se presumirá feito por menos de trinta dias. Em todos estes casos atendeu o legislador ao fim para que se efeitua o contrato, estabelecendo um prazo que julgou suficiente para que o devedor possa auferir as utilidades que teve em vista, e evitando assim que o credor não só pudesse privá-lo dessas utilidades, mas ainda causar-lhe maior dano do que sofreria, se não houvesse realizado o contrato.

A expressão *natureza do contrato* do art. 743.° deve considerar-se sinónima de *natureza da obrigação*, e, para que esta seja determinada em todos os seus elementos pelo que respeita ao tempo do seu cumprimento, necessário é que se tenha em consideração a natureza da prestação, o lugar em que deve efeituar-se e o modo por que deve ser cumprida.

Assim, tratando-se da construção dum prédio, dum contrato de venda de frutos duma colheita futura, do pagamento que uma pessoa tem de realizar pessoalmente num lugar muito afastado, o cumprimento da obrigação requer, pela própria natureza dela, um certo prazo, cuja fixação pode ser determinada judicialmente, tendo em consideração todas as circunstâncias. É assim que no cód. de proc. civ. se preceitua (art. 901.° § único) que, se o prazo para a prestação de algum facto não estiver designado, será prèviamente determinado pelo juiz, precedendo arbitramento, se fôr necessário.

Quando o tempo da prestação seja deixado na possibilidade do devedor *(cum potuerit)*, não pode o credor exigí-la forçadamente, excepto provando a dita possibilidade (art. 743.° § único). A cláusula referida deve ser aplicada de forma que o devedor não deixe de cumprir a obrigação, quando para isso tenha os meios necessários, competindo ao poder judicial esta verificação.

Não se previne no nosso código a hipótese de se haver convencionado que o devedor pagará quando quiser *(cum voluerit)*, cláusula que não pode interpretar-se como significando que o devedor não fica constituido em obrigação alguma, sempre que do negócio jurídico resulte que apenas foi deixado no arbítrio do devedor o tempo do cumprimento da obrigação.

No código italiano (art. 1173.°) declara-se que «respeita à autoridade judiciária estabelecer para o cumprimento da obrigação um têrmo conveniente, se êste fôr deixado à vontade do devedor». Noutros códigos, como o austríaco (§ 904.°), preceitua-se que, se se trata duma obrigação meramente pessoal, terá de ser assinado pelo juiz um prazo conveniente; se se trata duma obrigação transmissível para os herdeiros, tem o credor de esperar até à morte do devedor, exigindo a prestação dos herdeiros, se êle a não tiver cumprido. Na jurisprudência francesa, cujo código é omisso, como o nosso, segue-se a doutrina que se acha sancionada no cód. civ. italiano.

Quando a obrigação se considere subsistente, a cláusula de que o devedor pagará quando quiser parece que deve interpretar-se como significando que o devedor não pode ser compelido ao pagamento, não tendo assim o credor o direito de o exigir em vida dêle e só podendo compelir os seus herdeiros ao pagamento.

Pelo nosso cód. civ. não é facultado ao juiz conceder ao devedor, *humanitatis causa*, um prazo para o cumprimento da obrigação, o que deixaria no arbítrio do juiz os direitos do credor. A impossibilidade de exigir um crédito no tempo fixado pelas partes ou determinado pela natureza da obrigação só pode dar-se, alterando-se êsse prazo, quando, tendo em consideração o interêsse público, seja concedida pelo Estado moratória geral, ou quando, observadas as formalidades estabelecidas na lei, haja sido concedida moratória pelos credores (cód. com., artt. 730.° e segg.).

Quanto ao tempo do cumprimento da obrigação, é princípio fundamental o que se acha exarado no art. 740.° em que se declara que o prazo para o pagamento sempre se presume estipulado a favor do devedor, excepto se dos próprios têr-

mos do contrato, ou das circunstâncias que o acompanharem, se depreender que a estipulação do prazo também foi feita a favor do credor.

O princípio de que o prazo se presume estabelecido a favor do devedor, que já se achava formulado no direito romano (1), aplica-se não só às obrigações constituídas por contrato, mas por qualquer negócio jurídico. E não é só em favor do devedor, ou em favor do devedor e do credor, que o prazo pode ser estabelecido, como parece dever inferir-se da redacção do art. 740.°. O têrmo pode ser estabelecido só em benefício do credor.

Assim, no art. 1435.° declara-se que o depositário é obrigado a restituir o depósito, quando êste lhe fôr exigido pelo depositante, sendo esta disposição aplicável ainda no caso de o depósito haver sido estipulado por prazo determinado, como se acha expressamente consignado no art. 1448.°. Tendo o depositante o direito de exigir o depósito em qualquer tempo, o depositário só tem o direito de restituir a cousa depositada antes do fim do prazo, sobrevindo justa causa (art. 1449.°).

Destas disposições vê-se claramente que o prazo no depósito é estabelecido em favor do depositante, e resulta também delas que não é só pelos termos do negócio jurídico ou pelas circunstâncias que o acompanharem que se deve determinar a favor de quem foi estabelecido o têrmo; essa determinação pode fazer-se pela própria natureza do negócio jurídico.

Assim, no mútuo e no comodato o prazo que se fixe não pode deixar de ser estabelecido em favor do devedor; no contrato de usura, o prazo deve entender-se estabelecido tanto em favor do credor como do devedor (art. 1641.°). Quanto às obrigações cambiárias, dispõe-se expressamente (cód. com., art. 317.°) que o portador duma letra não pode ser obrigado a receber o pagamento dela antes do vencimento,

(1) *Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum intelligitur. D. 46, 3, 70.*

podendo ter interêsse em que o pagamento se dê neste momento, já para por meio da letra pagar uma dívida sem transferência de numerário, já por causa dos câmbios. Em quaisquer outros créditos, se é certo que o têrmo fixado fica constituindo um elemento do vínculo obrigatório que só por mútuo acôrdo (art. 702.°) pode modificar-se, não o é menos que, não tendo o credor qualquer interêsse em receber na época do vencimento, deve reconhecer-se ao devedor o direito de se libertar da obrigação. E parece-nos que, se o credor se recusar a receber a prestação, não poderá, quando o devedor pretenda consigná-la em depósito, opor-se a essa consignação, só com o fundamento de que a obrigação não está vencida, pois que, presumindo-se que o prazo é estabelecido em favor do devedor, e podendo portanto êste renunciar livremente o seu direito (art. 815.°), o credor deverá, para se opor ao depósito, provar que tem interêsse em que a obrigação não seja cumprida antes do vencimento.

Quando o devedor cumpra voluntàriamente uma obrigação, quer o objecto desta fôsse quer não produtivo de interêsses, não tem o direito de exigir que lhe sejam descontados no pagamento os interêsses que o objecto da prestação produziria *(interusurium)*, se por ventura conservasse êsse objecto em seu poder. Assim, A tendo recebido de B a quantia de 1:000$000 réis pelo prazo de dois anos a título gratuito, ou descontando no momento do contrato os juros dos dois anos, pode pagar essa quantia quando lhe aprouver, mas não tem direito a que se lhe abata a importância dos juros que essa quantia poderia produzir durante o tempo que falta para o vencimento da prestação.

Atendendo às utilidades que o objecto da prestação pode produzir, *minus solvit qui tardius solvit;* mas o credor é que, tendo o direito de exigir a prestação integral na época do vencimento, pode recusar-se a fazer nela qualquer dedução.

Quando o devedor seja compelido a pagar antes do vencimento, e se trate duma prestação em que se achem capitalizados ou acumulados juros relativos ao prazo que falta

para o seu regular vencimento, devem estes ser descontados. É o que, em relação aos créditos exigíveis em virtude de falência, se preceitua no cód. comercial, art. 710.° § 1.° (1).

Há casos em que, contra a vontade do devedor, o credor pode exigir o cumprimento antecipado da obrigação. Êsses casos acham-se especificados nos artt. 741.° e 742.° e são: 1) a falência do devedor; 2) a diminuïção, por culpa do devedor, das garantias que haviam sido estabelecidas a favor do credor; 3) o não pagamento duma prestação, quando a obrigação tenha de ser cumprida em prestações.

1) A *falência* do devedor pode significar a declaração do estado de quebra resultante da cessação de pagamentos, ou, antes da cessação de pagamentos, a mesma declaração fundada no caso de fuga do comerciante, no abandono do seu estabelecimento, ou na manifesta insuficiência do activo para satisfação do passivo (cód. com., art. 692.° e cód. de proc. com., art. 185.°), e, neste sentido, a falência só existe para os comerciantes; e pode significar o estado de *insolvência,* isto é, uma situação patrimonial em que a soma dos bens e créditos do devedor, ou o seu património activo, estimados no justo valor, não iguala a soma das suas dívidas, ou o seu património passivo (art. 1036.°), quer êsse estado se ache judicialmente verificado quer não.

Em que sentido deve tomar-se a palavra *falência?*

A nossa jurisprudência tem-se inclinado para a opinião de que a expressão *falindo o devedor* é tomada no art. 741.° como sinónima de *estando insolvente o devedor,* considerando-se o emprêgo da palavra *falência* no código civil, que

(1) O devedor pode fazer voluntàriamente, mas em virtude de êrro, o pagamento antecipado, e o pagamento feito nestas condições pode ser prejudicial não só para o devedor mas também para os outros credores do devedor, quando êste esteja insolvente. Quando tratarmos do pagamento do indevido e da rescisão dos actos efeituados pelo devedor em prejuízo de terceiros, veremos se o devedor e os credores têm direito a ser indemnizados e por que forma.

é excepcional (artt. 741.° e 845.° § 2.°), como o resultado dum descuido na revisão do projecto (1).

Será assim?

Notaremos, em primeiro lugar, que, em relação aos comerciantes não basta, para que as suas dívidas se tornem exigíveis, que eles se achem em estado de insolvência; é necessário que, por êste motivo ou pelos outros já indicados, tenha sido declarada a falência. É o que expressamente se dispõe no cód. com. (art. 710.°) e no cód. de proc. com. (art. 199.°). Para que se aplique portanto aos comerciantes o disposto no art. 741.°, é necessário que se haja verificado judicialmente a insolvência ou se tenha declarado a quebra, e, como, quando a quebra seja declarada em virtude da cessação de pagamentos, ou da fuga do comerciante ou do abandono do seu estabelecimento, pode o activo do património ser superior ao passivo, segue-se que as dívidas do comerciante se podem tornar exigíveis, embora êste se não ache insolvente, e que, embora se encontre nesta situação, as suas dívidas não podem ser exigidas antecipadamente, emquanto não fôr declarada a falência.

Dar-se há o contrário em relação aos devedores não comerciantes, podendo exigir-se deles o cumprimento de qualquer obrigação antes de verificado judicialmente o estado de insolvência?

Como já notámos, não há para os não comerciantes a declaração da falência; pode dar-se, porém, a verificação judicial do estado de insolvência, e dessa verificação podem resultar efeitos correspondentes aos da falência.

Essa verificação pode ter lugar: *a)* para o efeito de rescindir qualquer acto ou contrato que o devedor tenha praticado em prejuízo de terceiros, indicando até o código civil o modo por que há de provar-se o estado de insolvência (art. 1043.°); *b*) quando se instaure concurso de credores em qualquer processo por onde se efeitue a arrematação, expro-

(1) Veja-se o DR. ASSIS TEIXEIRA, *Das obrigações a prazo segundo o código civil português*, págg. 36 e segg., e DR. PINTO COELHO, *Das cláusulas acessórias nos negócios jurídicos,* tomo 2.°, págg. 56 e segg.

priação ou adjudicação de bens, concurso que pode ser motivado pelo facto de os bens do devedor não chegarem para pagamento de todos os credores (cód. proc. civ., art. 933.º), declarando-se que a prova da falta de bens incumbe aos credores que vierem ao concurso, se o processo fôr de execução, e, nos outros processos, a quaisquer concorrentes, e que a prova feita por qualquer deles aproveita aos outros (cód. proc. civ., art. 933.º §§ 1.º e 2.º).

Poderá qualquer credor, que tenha justo receio de que o devedor esteja insolvente, requerer judicialmente a verificação dêste estado, só para o efeito de exigir o seu crédito antes do vencimento?

Se a resposta fôr afirmativa, poderá então dizer-se que a expressão *falindo o devedor* significa o mesmo que *estando insolvente o devedor*. No caso contrário, essa expressão significará *estando declarada a falência* ou *verificado judicialmente o estado de insolvência*.

E parece-nos que é êste o sentido que se deve dar à palavra *falindo*, não só por ser o que melhor se harmoniza com a sua significação técnica, mas ainda pelas seguintes razões.

Quando se declare a falência ou se verifique em concurso de credores o estado de insolvência, o património do devedor é rateado pelos seus credores, não podendo portanto deixar o legislador, para êsse rateio, de declarar imediatamente exigíveis as obrigações do devedor e justificando-se assim a disposição consignada na primeira parte do art. 741.º.

Acresce que, se se désse a qualquer credor, só pelo facto de ter receio da insolvência do devedor, o direito de exigir o seu crédito antes do vencimento, expor-se-ia o devedor aos maiores vexames, e escusadamente, porque o credor que tenha êsse receio pode requerer arresto em bens do devedor, que sejam suficientes para o pagamento da dívida. Para requerer esta garantia, basta provar a certeza ou existência da dívida (1), não se tornando necessário que a dívida seja

(1) Ac. do S. T. de Justiça de 18 de julho de 1899, na *Jurisprudência dos tribunais em última instância*, vol. 4.º, pág. 278.

exigível (1), e o justo receio de insolvência ou de ocultação ou de diminuïção de bens (cód. de proc. civ., art. 364.º), e o devedor não fica privado do benefício de têrmo.

Finalmente, a disposição consignada no art. 741.º é excepcional e, conseqüentemente, a palavra *falência* não deve interpretar-se no seu sentido mais amplo, mas na sua acepção restrita, sendo nesta acepção que ela é usada também no art. 845.º § 2.º.

É esta a interpretação que, em nosso parecer, se deve dar ao art. 741.º.

2) A diminuïção das seguranças que no contrato hajam sido estipuladas a favor do credor pode legitimar a exigência do cumprimento da obrigação antes do prazo estabelecido, quando essa diminuïção se dê por facto do devedor.

Verificando-se estas circunstâncias, o credor pode exigir imediatamente o seu crédito, não se tornando necessário alegar e provar o receio de insolvência e que as garantias, em virtude da diminuïção que nelas houve, são insuficientes. Para tornar a obrigação imediatamente exigível, atendeu o legislador ùnicamente ao facto de haverem diminuído, por culpa do devedor, as garantias que para o credor haviam sido estabelecidas no negócio jurídico, deixando o devedor que, como o revelam as garantias que haviam sido estabelecidas no negócio jurídico, já pouca confiança merecia ao credor, de cumprir a obrigação de conservar essas garantias, agravando assim a desconfiança que nele havia.

Limita-se a disposição consignada na segunda parte do art. 741.º às garantias que hajam sido constituídas no negócio jurídico por que se formou o vínculo obrigatório, e, como se trata duma disposição de carácter excepcional, não pode aplicar-se a quaisquer outras garantias, embora diminuam por culpa do devedor.

Se as garantias diminuem por facto que não seja imputável ao devedor, os direitos que, em virtude dessa diminuïção,

(1) Ac. da Relação de Lisboa de 6 de novembro de 1895, na *Revista de direito comercial*, tomo 2.º, pág. 305.

fica tendo o credor, acham-se determinados a propósito de cada uma delas. No lugar adequado veremos quais são esses direitos, e resolveremos as dúvidas que se têm suscitado acêrca da combinação dos artigos respectivos com o art. 741.° (1).

3) Além das causas já referidas em que o credor pode fundar-se para exigir o cumprimento antecipado da obrigação, há ainda a que se acha consignada no art. 742.°, que se refere a obrigações que tenham de ser cumpridas em prestações. Dispõe êste artigo que nas dívidas, que têm de ser pagas em prestações, a falta de pagamento duma destas dá ao credor o direito de exigir o pagamento de todas as que ainda se deverem. Esta disposição tem especial importância relativamente aos empréstimos que hajam sido contraídos com a cláusula de amortização, em que o devedor, se deixa de pagar uma das amortizações no prazo fixado, pode ser imediatamente compelido ao pagamento integral do empréstimo contraído; e não pode, a nosso ver, justificar-se pelo facto de revelar má fé por parte do devedor, ou induzir suspeitas de insolvabilidade, o não pagamento pontual duma das prestações, como afirma o dr. Dias Ferreira (2), pois que, sendo graves os embaraços que para o devedor podem resultar da exigência imediata da importância total da dívida, havendo outros

(1) Na lei n.° 215, de 30 de junho de 1914, sôbre o crédito agrícola (art. 35.° § 3.°) declara-se, sem se fazer distinção alguma, que os empréstimos se consideram vencidos e se tornam exigíveis logo que diminua o valor das garantias prèviamente prestadas e os mutuários as não reforcem, quando lhes seja exigido êsse refôrço *.

Sôbre a conciliação entre o art. 741.° e os artigos 825.°, 860.° n.° 4.° e 901.° podem lêr-se as seguintes obras: DR. ASSIS TEIXEIRA, *Das obrigações a prazo*, págg. 49 e segg.; DR. DIAS DA SILVA, *Processos especiais, civis e comerciais, e processo penal*, vol. 1.°, n.°s 295, 306 e 309; DR. PINTO COELHO, *ob. cit.*, págg. 73 e segg.; DR. DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, nota ao art. 741.°; *Revista de legislação e de jurisprudência*, tomo 6.°, pág. 41; DR. TAVARES DE MEDEIROS, *Estudo sôbre o art. 741.° do código civil.*

(2) *Código civil português anotado*, tomo 2.°, 2.ª ediç., pág. 72.

[* Veja-se o regulamento do crédito e das instituïções sociais agrícolas aprovado pelo decr. n.° 5219, de 8 de março de 1919, artt. 251.° § único, 271.° § 2.°, 280.°, 300.°, 307.°, 334.°, 341.°, 364.°].

meios por que o credor se pode garantir contra a insolvência do devedor, e ficando êste, desde que não cumpra uma das prestações no prazo fixado, responsável por perdas e danos, parece ser esta a única pena que deveria ser aplicada ao não cumprimento pontual da prestação, que na grande maioria dos casos não será devido a má fé. O fim que o legislador teve em vista talvez fôsse o de evitar que o credor tivesse de proceder judicialmente contra o devedor pelo pagamento de cada uma das prestações que se fôssem vencendo, o que representaria para êle um grande incómodo.

Sendo assim e tendo carácter excepcional a disposição consignada no art. 742.°, não pode aplicar-se às prestações que não representem fracções da dívida. Assim, contraindo-se um empréstimo que tem de ser pago em amortizações, e vencendo o capital juros, que não se incluíram nas prestações por que se amortiza o empréstimo, esses juros constituem uma prestação distinta, e o não pagamento deles não torna exigível antecipadamente o capital. Quando o credor receba uma prestação posteriormente ao vencimento, não poderá exigir as outras prestações antecipadamente, fundando-se em que houve mora no pagamento. É só a falta dêste que pode ser invocada, intendendo-se que o credor, recebendo a prestação, renunciou ao direito de exigir as outras.

35. *Lugar em que a obrigação deve ser cumprida.* Para que uma obrigação seja cumprida pontualmente, é necessário que se lhe dê cumprimento no lugar designado no título constitutivo da obrigação ou pela lei, sendo grande o interêsse que, em determinadas circunstâncias e designadamente por causa das despêsas de transporte, o credor e o devedor podem ter em que a obrigação se cumpra num lugar de preferência a outro. Regulou por êste motivo o legislador, em normas de carácter supletivo, o lugar onde as obrigações devem ser cumpridas.

Para se determinar êste lugar deve, portanto, atender-se primeiramente ao título constitutivo da obrigação. Se neste se designa o lugar, é no lugar designado que a prestação deve ser feita (art. 739.°).

A designação pode deixar de ser feita expressamente, resultando em alguns casos da própria natureza da obrigação, do modo como deve ser cumprida e doutras circunstâncias. Assim, o operário que se comprometer a trabalhar numa oficina, tem de efeituar nesta a prestação do serviço.

Quando a prestação consistir na entrega dum objecto móvel determinado, essa entrega deverá ser feita no lugar onde êsse objecto existir ao tempo do contrato; em quaisquer outros casos, salvas as disposições especiais, a prestação será feita no lugar do domicílio do devedor (art. 744.º). É esta a regra para a determinação do lugar em que a obrigação deve ser cumprida, quando êsse lugar não seja designado no título constitutivo da obrigação.

O domicílio do devedor que a lei presume que as partes tiveram em vista é o existente ao tempo em que se constitue a obrigação, e não no momento em que esta é cumprida. E assim se preceitua que mudando, depois do contrato, o devedor de domicílio, deve indemnizar o credor das despêsas que fizer por causa dessa mudança (art. 744.º § único) disposição que se aplica tanto no caso em que se haja expressamente designado o lugar do domicílio para o pagamento, como no de as partes não haverem expressamente manifestado a sua vontade a êsse respeito.

Não previne a lei a hipótese de se haver estipulado para o cumprimento da obrigação o lugar do domicílio do credor, e êste haver mudado de domicílio depois do contrato. Assim, Pedro, que estava em Coimbra quando fez um empréstimo a Paulo, com a cláusula de que seria pago no seu domicílio, transferiu depois êste para Lisboa.

Poderá obrigar Paulo a pagar-lhe em Lisboa?

A êste respeito, tendo em consideração o art. 744.º § único e o preceito de que as despesas da entrega são por conta do devedor, se outra cousa não fôr estipulada (art. 746.º), será necessário verificar se a mudança de domicílio traz consigo encargos para o devedor. Sempre que assim suceda, e resulte de quaisquer circunstâncias que acompanharem o contrato que a intenção das partes era que o pagamento se efeituasse no lugar onde o credor estava domiciliado ao tempo do contrato, o devedor não poderá ser obrigado a efeituar, a expensas suas, o pagamento noutra parte. E, quando haja dúvidas a respeito da intenção das partes, deve o juiz, em harmonia com o princípio de que as obrigações se interpretam a favor do devedor, não considerar êste adstrito ao pagamento no lugar para onde o credor transferiu o seu domicílio.

Nos contratos bilaterais o princípio é que cada uma das obrigações deve ser cumprida no lugar designado no contrato, e, na falta de designação, no lugar fixado por lei. Em alguns casos, porém, existe uma relação tal entre as duas obrigações quanto ao seu cumprimento, que o lugar designado para o cumprimento duma compreende também a outra.

Assim, efeituando-se a venda duma cousa móvel, e não se designando o lugar onde deve ser entregue, êsse lugar é aquele em que a cousa se achava ao tempo do contrato, e nesse mesmo lugar deveria ser pago o preço, embora assim não houvesse sido expressamente determinado por lei (art. 1583.º § 1.º), visto que, não sendo o vendedor obrigado, salva declaração em contrário, a entregar a cousa vendida sem que lhe seja pago o preço, nem o comprador obrigado a pagar o preço sem a entrega da cousa, não pode deixar de efeituar-se o pagamento dêste no mesmo lugar em que a cousa tenha de ser entregue.

Esta disposição só é, porém, aplicável no caso em que as duas obrigações — entrega da cousa e pagamento do preço, tenham de realizar-se ao mesmo tempo. Quando ao comprador haja sido concedido um prazo para o pagamento do preço, esta obrigação fica sendo independente, quanto ao seu cumprimento, da da entrega da cousa, e terá então de aplicar-se o princípio geral, em virtude do qual o pagamento, na falta de convenção, deve efeituar-se no domicílio do devedor.

A regra consignada no art. 744.º tem excepções, sendo portanto necessário, quando se trata de determinar o lugar em que uma obrigação deve ser cumprida, verificar se acêrca dela existem disposições especiais. Assim, o lugar do paga-

mento do fôro é a casa do senhorio, se êste morar na freguesia da situação do prédio, e só é pago em casa do enfiteuta, se o senhorio não residir na freguesia ou aí não tiver procurador (art. 1661.° §§ 1.° e 2.°); o pagamento do mútuo que consista em géneros deve, na falta de convenção, fazer-se no lugar onde tiverem sido recebidos, e, sendo de dinheiro, no domicílio do mutuante (art. 1529.°); se não fôr possível ao mutuário restituir em géneros, pagará o valor do mútuo no lugar onde o empréstimo tiver sido feito (art. 1530.°).

§ 8 — *Do não cumprimento das obrigações*

COELHO DA ROCHA, *Instituïções de direito civil português*, tomo 1.°, §§ 122-130; GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 2.°, n.os 6-150; POLACCO, *Obbligazioni*, n.os 80--152; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 2.°, §§ 264, 265 e 276-281; DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 36-46; FILOMUSI-GUELFI, *Obbligazioni*, §§ 44-58; BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, § 50; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, págg. 13-37; BAUDRY-LACANTINERIE, *Des obligations*, tom. 1.°, págg. 481 e segg.; CHIRONI, *Colpa contrattuale*; COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*; LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. 1.°, §§ 164-167.

36. *Responsabilidade que o devedor assume pela obrigação.* A necessidade imposta ao devedor pelo vínculo obrigatório torna-se efectiva, no caso de a obrigação não ser pontualmente cumprida, pela indemnização dos danos que, em virtude do não cumprimento, ou do não cumprimento integral da obrigação, forem causados ao credor (artt. 705.° e 707.°). O não cumprimento da obrigação não pode deixar de considerar-se, visto que a obrigação é um vínculo jurídico, um facto ilícito; mas necessário se torna atender ao modo por que a obrigação se constituiu, para determinar a responsabilidade que do seu não cumprimento resulta para o devedor, pois que esta responsabilidade está, ao contrário do que sucede com os factos ilícitos que representam a infracção dum dever de carácter geral, directamente relacionada com a obrigação preexistente entre o lesante e o lesado, e

pode até ser especialmente determinada no mesmo título por que esta se constituiu.

É assim que no art. 708.° se estabelece o princípio de que a responsabilidade civil pode ser regulada por acôrdo das partes, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrário.

Donde resulta que a responsabilidade civil pelo não cumprimento duma obrigação preexistente entre o lesante e o lesado pode ser diversamente regulada não só pelo que respeita à determinação dos danos causados, que as partes podem fixar prèviamente por meio duma cláusula penal (artt. 673.° a 677.°), mas ainda no que toca às condições em que deve ser imputada essa responsabilidade.

É assim que devendo atender-se para a qualificação da culpa, como regra geral, às circunstâncias do facto, do contrato e das pessoas (art. 717.° § 3.°) e sendo portanto a culpa considerada em concreto e não em abstracto, podem as partes estabelecer outro critério para a qualificação da culpa, e tornar-se até o devedor responsável pelo não cumprimento da obrigação, quando êle se dê em virtude de caso fortuito. Como limite à liberdade das partes, pelo que respeita à determinação da responsabilidade em que o devedor incorre não cumprindo a obrigação, há, em princípio, o dolo, não sendo lícito a uma das partes renunciar antecipadamente ao direito de indemnização que para ela derive de dolo da outra parte, pois que ou será imoral a isenção de responsabilidade quando a obrigação possa ser dolosamente cumprida, ou não se formará um vínculo jurídico quando o devedor fique com o direito de não cumprir voluntàriamente, conscientemente, a obrigação. Em alguns casos, como no do art. 1310.°, é nula a convenção pela qual as perdas resultantes de caso fortuito fiquem todas por conta duma das partes; sempre que a lei o não proïba, o risco pode ser imputado ao devedor nos casos em que, de harmonia com os princípios gerais, deveria ser suportado pelo credor (artt. 1436.° n.° 1.°, 1612.° [1], etc.).

Quando se trata portanto de determinar a responsabilidade

[1 Veja-se o decr. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.° e 18.°].

do devedor pelo não cumprimento duma obrigação, deve atender-se, em primeiro lugar, ao próprio título constitutivo da obrigação. Se neste não se acham especificadas as condições por que deve determinar-se a responsabilidade do devedor, essa responsabilidade será imputada e graduada em harmonia com as disposições da lei, devendo ainda ter-se em vista que esta responsabilidade é regulada dum modo especial em relação a certas obrigações.

O princípio para a imputação da responsabilidade civil é a culpa ou negligência do devedor (artt. 705.°, 717.°, 719.°, 734.°, 735.°, etc.) e esta deve ser apreciada, como já notámos, em concreto (1). O art. 2393.° preceitua que a responsabilidade que derivar de quaisquer obrigações reger-se há pelos mesmos princípios que a responsabilidade proveniente da não execução dos contratos, em tudo aquilo a que estes sejam aplicáveis, e o princípio geral relativo à determinação da culpa é o do § 3.° do art. 717.°, donde resulta que a culpa tem de ser apreciada em concreto sempre que se trate, não da infracção dum dever de carácter geral, mas duma obrigação preexistente entre o lesante e o lesado.

É portanto necessário, para que se dê a imputação de responsabilidade, não só que o devedor seja susceptível de culpa em abstracto, isto é, em relação à diligência de que usa um homem normal ou um bom chefe de família, mas que seja susceptível dum grau de diligência tal, que pudesse prever e evitar o dano que causou ao credor em virtude do não cumprimento da obrigação.

Em casos determinados, previstos pela lei, há para a imputação da responsabilidade ao devedor critérios especiais.

Assim, a responsabilidade do comodatário é determinada por modo diverso da do locatário, atendendo-se, para êsse efeito, a que o comodato é um contrato gratuito (artt. 1516.°, 1517.°, 1608.°, n.° 2.° (2) e 1634.°).

(1) Veja-se estas *Instituïções*, 1.° vol., n.° 224.

[2 Veja-se o dec. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.° e 22.° n.° 2.°].

Em harmonia com o princípio sancionado no nosso código civil, as condições em que se dá a imputação da responsabilidade podem, pois, variar não só de obrigação para obrigação, mas de devedor para devedor, naquelas em harmonia com o seu título constitutivo ou a sua natureza, e nestes segundo o grau de diligência de que costumam usar nas próprias cousas.

Em regra, o devedor não responde pelo dano causado pelo não cumprimento da obrigação sempre que êste lhe não seja imputável, isto é, quando não haja culpa, e esta não existe quando a prestação se torne impossível por caso fortuito, expressão por que significamos a não existência de culpa em relação ao devedor. É óbvio que, sendo diversos os critérios para a imputação da responsabilidade, se se alarga o domínio da culpa, restringe-se o do caso fortuito.

Para determinar se o devedor fica, não cumprindo a obrigação, sujeito a responsabilidade, não basta verificar se o não cumprimento lhe é imputável; é necessário atender a outras circunstâncias.

A responsabilidade em que se constitue o devedor pelo vínculo obrigatório respeita a uma pessoa determinada; e, já pela natureza do próprio vínculo, já por outras relações que por ventura haja entre o devedor e o credor, pode ser legítima a recusa do cumprimento da obrigação.

Cumpre-nos portanto determinar quais as causas legítimas do não cumprimento duma obrigação, antes de precisarmos os factos que tornam impossível o cumprimento da obrigação e as conseqüências que derivam, já dêstes factos, já do não cumprimento da obrigação, quando êste seja imputável ao devedor.

37. *Causas legítimas do não cumprimento das obrigações.* Em alguns casos é atribuído ao devedor o direito de recusar a entrega, retardando-a, duma cousa de que está de posse, como meio de constranger o credor a cumprir uma obrigação em que se acha constituído para com êle. É o que se chama *direito de retenção*.

Assim, o possuïdor de boa fé não pode ser compelido pelo proprietário a restituir as cousas de que está de posse e em que fez bemfeitorias úteis ou necessárias, emquanto não fôr pago do valor destas bemfeitorias (artt. 498.° e § 2.° e 499.° § 2.°). O mandatário tem o direito de retenção sôbre o objecto do mandato, até que esteja embolsado do que em razão dêste se lhe deva (art. 1349.°). O empreiteiro de qualquer obra mobiliária tem o direito de a reter, emquanto não fôr pago do preço (art. 1407.°). O recoveiro e o barqueiro gozam do direito de retenção dos objectos conduzidos pelas despesas de transporte (art. 1414.°). O depositário tem o direito de retenção da cousa depositada, emquanto não é pago de todas as despesas que haja feito na conservação da cousa ou por causa dela (art. 1450.° § único). O arrendatário tem o direito de retenção pelas bemfeitorias expressamente consentidas por escrito pelo proprietário, ou autorizadas pelo art. 1611.°, até haver a importância, imediatamente provada, das ditas feitorias (art. 1614.°) (1).

Em todas as disposições citadas, o devedor pode recusar-se legìtimamente a cumprir a obrigação de restituir uma cousa alheia, embora o credor pretenda exercer contra êle o seu direito, emquanto não fôr pago por êste do que, em razão dessa cousa, lhe é devido.

O direito de retenção representa, pois, uma causa legítima para retardar o cumprimento duma obrigação, não ficando conseqüentemente o devedor sujeito a responsabilidade por êsse retardamento. Contra a acção do credor tem o devedor uma excepção, em virtude da qual pode paralizar a acção.

Analisando-se as disposições em que é atribuído o direito de retenção, vê-se que as condições a que o legislador atendeu para reconhecer êste direito foram:

1.ª A detenção ou posse material da cousa e que essa detenção seja legítima, não podendo portanto quem possua um objecto em virtude dum facto ilícito invocar o direito de

[1 Veja-se o dec. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 17.°, 25.°, 120.°].

retenção. Donde se conclue que o possuïdor de má fé, isto é, quem tenha o objecto *animo domini* conhecendo os vícios do título de adquisição, não goza do direito de retenção (art. 498.°);

2.ª Que o detentor da cousa seja credor daquele a quem a cousa deve ser restituída;

3.ª Que haja uma relação de conexidade entre o crédito do detentor e o objecto que por êste deve ser restituído ao devedor, dando-se no próprio objecto a causa do crédito ou sendo a posse dêle determinada ou ocasionada pelo mesmo facto em que vai filiar-se a obrigação do detentor. Assim, o possuïdor que fez bemfeitorias necessárias ou úteis só tem o direito de retenção nos prédios que foram bemfeitorizados e não sôbre quaisquer outros que possua e que pertençam ao mesmo proprietário; o depositário só tem o direito de retenção na cousa depositada em virtude das despesas que haja feito na sua conservação ou por causa dela; o recoveiro e o barqueiro só sôbre os objectos conduzidos; o mandatário só tem o direito de retenção sôbre o objecto do mandato, isto é, sôbre as cousas que adquiriu na execução ou cumprimento do mandato, pelas despesas que fez em razão dêste.

É discutível se, sempre que se verifiquem as condições em que o legislador reconheceu, nos casos por êle previstos, o direito de retenção, haverá êste direito, representando uma garantia de carácter geral ou se constitue uma garantia excepcional, tornando-se assim necessário que o legislador expressamente reconheça êsse direito.

Atendendo sobretudo à relação de conexidade que existe entre o objecto devido e o crédito do detentor, tem-se atribuído ao direito de retenção um carácter geral. Desde que se dê essa relação, diz-se, a equidade exige que o seu detentor não seja obrigado a entregar o objecto, sem que prèviamente seja embolsado das despesas que fez no mesmo ou por causa dêle. Essas despesas, quando sejam representadas em bemfeitorias ou aumento de valor, tornam até o detentor como que comproprietário da cousa em que se realizaram essas bemfeitorias ou se deu êsse aumento de valor, não devendo assim ser obrigado a entregá-la, emquanto não re-

ceber o valor da parte que lhe pertence. E, determinando o nosso código civil no art. 1521.° n.° 1.° que o comodatário não tem o direito de retenção pelas despesas extraordinárias e inevitáveis que fizer com a cousa emprestada, parece que admitiu o direito de retenção como sendo uma garantia de carácter geral, pois que, se assim não fôsse, escusado seria declarar que o comodatário não gozava do direito de retenção, visto que, se o direito de retenção fôsse excèpcional, necessário seria que fôsse expressamente atribuído.

Contra esta doutrina pode argumentar-se com a natureza do direito de retenção e os efeitos que dêle derivam.

Embora recíprocos e conexos, os créditos no direito de retenção são independentes, no sentido de que um dos créditos não é a causa jurídica do outro. Assim, o crédito do possuïdor de boa fé pelas bemfeitorias não é a causa jurídica da obrigação que êle tem de restituir a cousa possuída. Sendo assim, o direito de retenção não resulta da própria natureza da obrigação; representa uma garantia ou favor concedido pela lei.

Em virtude desta garantia, o credor fica tendo um poder sôbre a cousa, o direito de a reter, e parece-nos que, portanto, um direito real. Tendo o direito de retenção êste carácter, o credor pode fazê-lo valer tanto contra o devedor como contra terceiros, e, quando o não possa tornar efectivo em relação a estes, parece-nos que deve ficar com direito de preferência relativamente aos outros credores sôbre o produto da arrematação dos objectos em relação aos quais tinha o direito de retenção (1).

Ora o direito de preferência representa uma excepção ao princípio de que o património do devedor é garantia comum dos credores, e portanto são de interpretação restrita as disposições em que é reconhecido êsse direito.

Do fim que o legislador teve em vista ao estabelecer o direito de retenção, resulta que o credor não pode exercer

(1) Desenvolveremos esta matéria quando tratarmos das garantias das obrigações.

êste direito sempre que o devedor caucione o cumprimento da obrigação. É o que se acha expressamente declarado em relação ao albergueiro (art. 1423.°) e ao proprietário no caso de bemfeitorias (cód. de proc. civ. art. 919.°), devendo estas disposições considerar-se aplicáveis em qualquer dos casos em que é reconhecido o direito de retenção (1).

E destas disposições e do modo por que é regulado o direito de retenção, depreende-se que, para haver êste direito, não é necessário que o crédito seja líquido. Desde que o crédito esteja provado, o detentor do objecto fica com o direito de o reter, e quando o crédito não se possa liquidar imediatamente, o proprietário do objecto terá o direito de requerer a sua entrega, caucionando a importância que fôr declarada pelo credor com as formalidades estabelecidas na lei.

Dos contratos bilaterais resultam obrigações para ambos os contraentes, e essas obrigações, que são equivalentes, acham-se entre si relacionadas de forma que uma é a causa jurídica da outra; são sinalagmáticas.

Assim, vendendo-se um prédio por um conto de réis, a obrigação de entregar o prédio tem como causa o preço, e a obrigação de entregar o preço tem por causa a transferência da propriedade do prédio. Daqui resulta que essas obrigações, quando se não haja estabelecido têrmo para uma delas, devem ser satisfeitas ao mesmo tempo, podendo conseqüentemente recusar-se o cumprimento duma, emquanto não fôr cumprida a outra. É o que se preceitua nos artt. 1574.° e 1594.° relativamente aos contratos de venda e de troca, não sendo um dos contraentes obrigado a entregar a cousa vendida ou trocada, emquanto não lhe fôr pago pelo outro contraente o preço ou entregue a cousa dada em troca.

O direito que há nos contratos bilaterais de um dos contraentes se recusar a cumprir a obrigação emquanto o outro não cumprir a sua é o que se chama a *exceptio non adim-*

(1) Cód. Com. artt. 390.° § 1.° e 468.°; dec. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, art. 77.° e n.° 3.°.

pleti contractus; e, envolvendo esta excepção, quando o objecto do contrato é uma cousa determinada, cuja propriedade se transfere por fôrça do mesmo contrato, o direito de retenção, esta causa do não cumprimento das obrigações distingue-se fundamentalmente do direito de retenção.

A *exceptio non adimpleti contractus* dá-se nas obrigações sinalagmáticas, sendo uma conseqüência do contrato bilateral, e portanto o direito de retenção resulta do próprio crédito, em que está a causa da obrigação. Não se tratando na *exceptio non adimpleti contractus* duma garantia que tenha por fim tornar efectivo o cumprimento da obrigação, dum favor que seja concedido pela lei ao credor, mas dum direito que deriva do próprio contrato, vê-se que não pode um dos contraentes obrigar o outro a cumprir, caucionando o cumprimento da sua obrigação, ao contrário do que se dá no direito de retenção, pois que um dos contraentes tem sempre o direito de recusar a prestação, emquanto se não efeituar a outra prestação.

38. *Impossibilidade do cumprimento da obrigação por facto não imputável ao devedor.* No art. 705.° preceitua-se que o contraente que falte ao cumprimento do contrato torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por fôrça maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído. Em qualquer dêstes casos, não existe, em princípio, responsabilidade para o devedor pelo não cumprimento da obrigação.

Dum modo geral pode dizer-se que, sendo o devedor *impedido* de cumprir a obrigação, isto é, tornando-se-lhe impossível êsse cumprimento, e resultando esta impossibilidade duma *causa não imputável ao devedor,* êste não fica responsável pelos prejuízos que para o credor resultem do não cumprimento da obrigação.

Se, em virtude duma causa que lhe não é imputável, o devedor não fica na impossibilidade de cumprir a obrigação, mas a prestação se torna mais onerosa, não se dá a isenção de responsabilidade pelo não cumprimento, visto que, embora se tornasse mais difícil cumprir a obrigação, o devedor não fica impedido de a cumprir. Quando a obrigação se torne mais onerosa em virtude dum facto ilícito do credor ou de terceiros, o devedor terá, em harmonia com os princípios gerais, a competente acção de indemnização pelos prejuízos que lhe hajam sido causados; quando a obrigação se torne mais onerosa em virtude de caso fortuito ou de fôrça maior, é o devedor que tem de suportar os prejuízos.

Como caso fortuito ou de fôrça maior deve considerar-se qualquer facto que o devedor não pode evitar; e, para se verificar se podia ou não evitar-se um facto de que resulte a impossibilidade de cumprir a obrigação, deve atender-se ao grau de diligência que, em harmonia com a natureza da obrigação, devia empregar-se, e ainda à diligência que é normal no devedor.

O conceito de inevitabilidade, que se torna necessário para determinar o caso fortuito, é portanto relativo, e parece-nos que podemos dizer, em relação ao cumprimento das obrigações, que o caso fortuito se dá, logo que não há culpa. O caso fortuito significará assim a exclusão da culpa e conseqüentemente de responsabilidade, seja qual fôr o facto de que resulte essa exclusão, que pode ser um facto do próprio credor, e começará onde a culpa acaba. Estabelecidos os critérios para a determinação da culpa, delimitado o domínio desta, implicitamente se fixa o conceito do caso fortuito.

Êste tem portanto, em relação à culpa, carácter negativo.

Um facto do próprio devedor que torne impossível o cumprimento da obrigação deverá ser considerado como fortuito, sempre que lhe não seja imputável. Assim, se, num momento de delírio, o devedor destruir uma cousa que pertencia a terceiro, ou se um herdeiro, julgando que uma cousa que estava em casa do autor da herança lhe pertencia, a alienar, não haverá a obrigação de indemnizar os danos causados pela impossibilidade de entregar o objecto que foi destruido ou alienado.

O caso fortuito pode dar-se havendo culpa da parte do devedor, ou, como se diz no art. 705.º, contribuindo o devedor para êle. Assim, o devedor que se vê na impossibilidade de restituir um objecto porque lho furtaram, mas que não havia adoptado as cautelas necessárias para evitar êsse furto, não ficará desonerado do cumprimento da obrigação, por isso mesmo que *culpa præcessit;* se, manifestando-se um incêndio, o inquilino podia evitar que êle se desenvolvesse, será responsável pelos prejuízos que o proprietário do prédio sofrer.

No art. 705.º fala-se de caso de *fôrça maior*. Segundo alguns jurisconsultos a distinção entre o caso fortuito e o de fôrça maior assenta em que êste, quer se trate de fenómenos naturais, quer de acções humanas, embora pudesse prevenir-se, se não poderia evitar, nem em si, nem nas suas conseqüências danosas, dando-se o contrário com o caso fortuito; para outros essa distinção funda-se em que o caso fortuito representa o desenvolvimento de fôrças naturais, a que é estranha a acção do homem, ao passo que o caso de fôrça maior é um facto de terceiros que o devedor é constrangido a sofrer e pelo qual não é responsável. Tomando-se nesta significação, constituïrão casos de fôrça maior a guerra, o roubo, uma ordem da autoridade, a privação da liberdade, sempre que, em virtude de qualquer dêstes factos, o devedor seja impedido de cumprir a obrigação.

Qualquer que seja o sentido em que se tomem as expressões *caso fortuito* e de *fôrça maior*, os seus efeitos jurídicos são os mesmos.

Quanto à isenção da responsabilidade do devedor no caso de, por facto de terceiro, se tornar impossível o cumprimento da obrigação, devemos notar que há pessoas que, pelas relações em que se acham com o devedor, não podem pròpriamente considerar-se terceiros quanto a êste, não se dando a isenção de responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação, quando êste se torne impossível por facto dessas pessoas. Assim, quando o facto é realizado por um filho menor do devedor, ou por um criado ou comissionado, ou

por um operário ou aprendiz que trabalha sob a sua direcção, não se dará a isenção de responsabilidade, visto que o devedor é responsável pelos danos que por essas pessoas sejam causados. Em relação a êste assunto deve ainda atender-se a que, sendo a obrigação considerada em relação ao seu resultado final e podendo o devedor recorrer a quaisquer meios para o conseguir, fica responsável pelo uso dêsses meios e portanto pelos factos praticados por quaisquer pessoas que com êle cooperem no cumprimento da obrigação.

Quando o cumprimento da obrigação se torne impossível em virtude de caso fortuito, cumpre determinar quem suporta ou por conta de quem se dá o risco ou perigo.

Vejamos, em primeiro lugar, o que significa a expressão *suportar o risco*. A êste respeito cumpre fazer distinção entre contratos unilaterais e bilaterais. Nos contratos unilaterais suporta o risco o devedor, se, apesar de não poder efeituar a prestação, não fica libertado da obrigação, devendo substituir o seu objecto por uma quantia equivalente em dinheiro; suporta o risco o credor, se, perdendo o direito à cousa, não pode exigir outra em sua substituïção. Assim, no contrato de comodato, verificando-se a hipótese prevista no art. 1516.º a cousa perece por conta do credor; se se der a hipótese prevista no § único do mesmo artigo, o risco correrá por conta do devedor; quando, finalmente, se deva aplicar o art. 1517.º, o risco recairá em partes iguais sôbre o credor e sôbre o devedor. Nos contratos bilaterais, diz-se que é o devedor quem suporta o risco sempre que êle, não podendo efeituar a prestação em virtude do caso fortuito, não pode exigir a contra-prestação. Assim, se perecerem dois objectos que tinham de ser prestados em alternativa pelo vendedor, é êste quem suporta o risco e não o comprador, visto que o vendedor não tem o direito de exigir o preço (art. 736.º n.º 2.º). É o credor quem suporta o risco quando, apesar de não poder exigir o objecto da prestação, o devedor pode exigir dêle o preço ou a contra-prestação. É o que se dá, por exemplo, no caso em que,

tendo-se vendido uma cousa determinada, cuja propriedade se transferiu imediatamente para o credor, essa cousa perece antes da entrega, pois que o vendedor, a-pesar-de a sua obrigação se extinguir, tem o direito de exigir o preço (art. 717.°) (1).

Na determinação de quem suporta o risco pode estabelecer-se, como princípio fundamental, que o efeito do caso fortuito consiste em extinguir ou modificar a obrigação, sem que daí resultem conseqüências prejudiciais para o devedor. É o que significa a fórmula *casus a nullo præstantur* (2).

Nas obrigações unilaterais, a aplicação dêste princípio tem como conseqüência que é o credor quem sofre o risco, *casum sentit creditor*, ou o proprietário *res perit domino*, conforme temos em vista a relação obrigatória ou o direito real sôbre o seu objecto. Assim, tendo Pedro feito doação a Paulo dum relógio e perecendo êste, Pedro fica desobrigado não só de entregar o relógio mas qualquer prestação equivalente, correndo portanto o risco por conta de Paulo.

Nos contratos bilaterais é necessário distinguir entre a prestação de cousas e de factos.

Quando se trata da prestação de cousas, o risco dá-se, em princípio, para o proprietário da cousa. Assim, sendo a cousa certa e determinada, e transferindo-se a sua propriedade, em virtude do contrato, para o adquirente, quem suporta o risco, desde que se celebra o contrato, é o adquirente (art. 717.°); sendo a prestação de cousas de género, quem suporta o risco, antes que, pela escolha, se individualize o objecto da obrigação, é o devedor (art. 716.°), que fica obrigado a cumprir a obrigação; nas obrigações alternativas, o perecimento de todas as cousas que estavam disjuntivamente na obrigação dá-se por conta do devedor, que é o proprietário, não tendo

(1) Em virtude do caso fortuito, a cousa pode perecer, *periculum interitus*, ou deteriorar-se, *periculum deteriorationis*, sendo os mesmos os princípios que, quando não haja disposição em contrário, se devem aplicar.

(2) *D.* 50, 17, 23.

êste direito a exigir o preço (artt. 734.° e 736.° n.° 2.°); quando, em virtude do contrato, não se transfira a propriedade da cousa, mas apenas o direito de a fruir ou gozar, o risco da cousa corre sempre por conta do dono (art. 719.°).

Vê-se destas disposições que, em princípio, nas prestações de cousas quem suporta o risco é o proprietário: *res suo domino perit, casum sentit dominus*.

Assim, vendendo-se um determinado móvel e perecendo êste em virtude dum incêndio ou sendo roubado, quem sofre o prejuízo é o comprador; vendendo-se uma determinada quantidade de trigo dum celeiro e havendo uma inundação em virtude da qual se perdeu todo o trigo que nele existia, quem suporta o risco é o vendedor; alugando-se um cavalo e perecendo êste em virtude de caso fortuito, o risco dá-se por conta do proprietário.

O devedor fica isento de responsabilidade até onde se dá a impossibilidade de cumprir a obrigação em virtude do caso fortuito. Quando, pois, do objecto da prestação reste alguma utilidade para o credor, ou, pelo facto de a cousa perecer, haja direito a qualquer indemnização, o credor fica tendo direito a essa utilidade ou indemnização, em virtude do que se chama *commodum de representação ou de subrogação*. Assim, na parceria pecuária, se os animais perecerem, a perda será por conta do proprietário (art. 1308.°); mas, se algum proveito se puder tirar dos animais que morrerem, tal proveito pertencerá ao proprietário, ficando responsável por isso o parceiro pensador (art. 1309.°).

Na prestação de factos, quando estes se tornem impossíveis parece que, como regra, se deve, do mesmo modo que nas obrigações alternativas, considerar o contrato sem efeito, não tendo assim quem devia prestar o facto direito à contra-prestação. Sendo a causa desta o facto, e não se realizando êste, deixa de existir a causa da obrigação que assumiu o credor, que não deve ficar adstrito ao pagamento da prestação que em equivalência do facto se estipulou. É assim que no art. 1395.° se preceitua que, se o trabalho ajustado por certos dias ou emquanto durar a obra fôr interrompido por caso fortuito ou fôrça maior, nem por isso ficará o servido desobrigado de

pagar o trabalho feito, não ficando portanto obrigado ao pagamento de todo o serviço ajustado (1).

Os princípios que acabamos de expor acêrca do risco não se aplicam sempre que, em virtude de cláusula do negócio jurídico ou de disposição da lei, êle seja especialmente regulado.

Como vimos, pode estabelecer-se no negócio jurídico que o risco, embora se trate da prestação de cousas certas e determinadas e quer a propriedade delas se transfira quer não em virtude do contrato, pode ser atribuido ao devedor, salvas as restrições estabelecidas na lei. Ora, quando se haja estabelecido essa cláusula, é por conta do devedor e não do proprietário que se dá o risco.

Em alguns casos, a lei, como no comodato, torna também o devedor responsável, em determinadas circunstâncias, pelo risco.

É necessário ainda verificar se, ao tempo em que se dá o risco, o devedor ou credor está em mora, pois que, em virtude desta, pode suportar o risco a parte por conta de quem, em harmonia com os princípios expostos, êle não correria.

É ao devedor que incumbe o ónus da prova do caso fortuito, visto que é êle que tem de o alegar, para se eximir assim ao cumprimento da obrigação: *reus excipiendo fit auctor*. Como, porém, o caso fortuito se pode dar contribuindo para êle o devedor, ou, por outras palavras, sendo precedido ou acompanhado de culpa por parte do devedor, necessário é verificar se, em tal caso, quem tem de provar, desde que se

(1) Fundando-se no princípio que aplicamos à prestação de factos e pondo de lado o direito romano para seguir as tradições da maior parte das legislações alemãs, o código civil alemão preceitua (art. 323.º) que, se a prestação que incumbe a uma das partes em virtude dum contrato sinalagmático se torna impossível em conseqüência dum facto que não seja imputável a nenhum dos contratantes, essa parte perde o direito à contra-prestação; no caso de impossibilidade parcial, a contra-prestação reduz-se.

alegue o caso fortuito, que não houve culpa da parte do devedor, é êste ou o credor.

Em alguns casos, como no de risco causado pela guerra, pelo descarrilamento dum comboio, desnecessário é, provado que se deram esses factos e que em virtude deles há a impossibilidade de cumprir a obrigação, averiguar se houve culpa por parte do devedor. Noutros casos, como no de furto, no da morte dum animal, o devedor tem de individualizar e provar o facto, podendo o credor, sempre que êsse facto se pudesse evitar sendo o devedor diligente, provar que houve culpa da parte do devedor, e que é êste portanto quem deve suportar o risco.

39. *Da mora no cumprimento das obrigações.* O não cumprimento da obrigação pode ser total ou parcial, e êste pode consistir em não se haver satisfeito a prestação no prazo em que se devia efeituar.

O retardamento no cumprimento da obrigação tem o nome de *mora*, e a ela se refere o nosso código civil em vários artigos (676.º § 2.º, 1340.º, 1397.º, 1398.º, 1436.º n.º 2.º, 1518.º, 1533.º, 1573.º, 1617.º), dos quais se vê que são importantes os efeitos que derivam da mora. A mora pode ser ou não culposa, mas para os efeitos jurídicos que nela se filiam só há mora, quando o retardamento no cumprimento da obrigação seja culposo, isto é, se dê por facto imputável ao devedor: *mora est dilatio culpa non carens, debiti solvendi.*

Também há a mora do credor, mas não tem, como veremos, a mesma importância que a do devedor.

Consideramos a *mora* como sendo um retardamento culposo no cumprimento da obrigação, pois que, se êsse retardamento fôr devido a caso fortuito ou de fôrça maior, não derivará dêle responsabilidade alguma para o devedor, salvos casos especiais em que, por disposição da lei ou por cláusula do negócio jurídico, se dêem alguns dos efeitos da mora independentemente de culpa por parte do devedor ou do credor. Para se verificar se há ou não mora, devem aplicar-se portanto as mesmas regras que expusemos acêrca da determinação da culpa.

Obrigações há em que a prestação, não se efeituando dentro dum certo prazo, já se não pode cumprir, como no caso de haver um prazo prefixado por lei para a realização dum determinado facto a que o devedor se obrigou, e êste não o realizar dentro dêsse prazo; por cláusula do contrato, pode estabelecer-se que a prestação só se poderá realizar dentro de certo tempo ou até certo tempo, e pode resultar também das condições em que se estabelece a obrigação que a prestação não terá interêsse para o credor, ou êste não ficará obrigado a recebê-la, desde que não seja feita dentro de certo prazo.

Para que haja mora, é necessário que o cumprimento da obrigação seja possível, ficando apenas por ela o devedor numa situação especial. Se o não cumprimento da obrigação se torna definitivo, não é a teoria da mora que terá de aplicar-se, mas a da inexecução total da obrigação, ficando o devedor adstrito à indemnização de perdas e danos, e, se o contrato fôr bilateral, libertando-se o credor da obrigação que sôbre êle impendia (art. 709.º).

Para que haja a mora *solvendi*, devem verificar-se certas condições.

Quanto ao crédito, não basta que êste seja certo, líquido e exigível para que o devedor fique constituído em mora. Nos termos dos artt. 711.º e 732.º, o devedor é responsável pela indemnização de perdas e danos: 1.º se a obrigação tiver prazo e dia certo, desde que expira o prazo ou dia assinado, excepto se se tratar de prestação de dinheiro sem juro, caso em que o credor só terá direito à indemnização de perdas e danos, desde o dia em que o devedor fôr interpelado; 2.º se a obrigação não depender de prazo certo, desde o dia em que o devedor seja interpelado.

Vê-se destas disposições que a constituïção em mora se dá *ex re* nas obrigações a termo, e se dá *ex persona* nas obrigações puras, tornando-se neste caso necessária a interpelação, que é o acto da intimação que o credor faz ou manda fazer àquele que está sujeito à obrigação, para que êste a cumpra (art. 711.º § 1.º).

Pelo código civil francês (art. 1139.º) o devedor só fica constituído em mora nas obrigações a têrmo, se expressamente se declarar que desde êsse têrmo ficará em mora, sem necessidade de interpelação, e era esta a doutrina que, segundo Coelho da Rocha, se seguia na nossa jurisprudência anterior ao código civil. Fundava-se essa doutrina em que o prazo é estabelecido a favor do devedor, devendo interpretar-se a fixação do prazo como significando que o devedor não pode ser obrigado a pagar antes, mas que pode pagar, sem conseqüências prejudiciais para êle, depois dêsse prazo, tornando-se assim necessário, para que se constitua em mora, a interpelação dêle pelo credor: *dies adjectus pro debitore est.*

Segundo a doutrina sancionada no nosso código civil, o têrmo não significa que o credor pode pedir, mas que o devedor fica adstrito a efeituar o pagamento no prazo fixado. Não se aplica, porém, êste princípio às obrigações pecuniárias que hajam sido constituídas por título gratuito, e a quaisquer outros pagamentos em dinheiro sem juro, como as prestações de juros. Em relação a êstes pagamentos não basta que se haja fixado um têrmo para que o devedor fique constituído na obrigação de indemnizar os danos causados; torna-se necessária a interpelação, se por ventura no próprio título constitutivo da obrigação se não houver estabelecido a cláusula de que o devedor terá de pagar juros, se não efeituar o pagamento no prazo designado.

Nas obrigações que provenham dum delito, não se torna necessária a interpelação do devedor para que êste fique responsável pela indemnização de perdas e danos e se dê portanto a constituïção em mora. Nos termos dos artt. 496.º e 497.º, o possuïdor de má fé responde por perdas e danos, entrando nestes os frutos que a cousa produziu ou podia produzir durante a retenção, e responde até por perdas e danos acidentais, provando-se que êstes não se teriam dado, se a cousa estivesse na posse do proprietário. Era esta a doutrina que já se achava sancionada no direito romano: *semper moram fur facere (D. 13, 1, 8 § 1.º).*

Nas obrigações puras, para que o devedor se constitua em mora é necessária a interpelação, porque, embora a obriga-

ção seja exigível, o devedor não fica jurìdicamente obrigado a oferecer espontâneamente ao credor a prestação; pode esperar que o credor a exija. A obrigação apenas dá ao credor o direito de exigir a prestação.

Quando a lei, como no contrato de mútuo e de comodato, fixa um prazo dentro do qual o credor não poderá pedir o cumprimento da obrigação, o decurso dêsse prazo não constitue o devedor em mora, apenas torna a obrigação exigível.

Nas obrigações condicionais, aplicam-se, desde que se verifique o facto de que dependia a eficácia da relação jurídica, os mesmos princípios, podendo haver ou não um têrmo, desde que a condição se verifique, para o cumprimento da obrigação.

Quanto ao modo por que a interpelação se deve fazer preceitua-se (art. 711.º § 2.º) que ela será feita judicialmente, ou pelo próprio credor perante duas testemunhas. O modo por que se deve fazer a notificação judicial acha-se regulado no código de processo civil (art. 645.º) (1).

Quanto ao procedimento do devedor é necessário, para que êste fique sujeito à indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento pontual da obrigação, que êsse não cumprimento lhe seja imputável. A teoria da mora relaciona-se, como já vimos, com a da culpa, não podendo dar-se a responsabilidade pelos danos causados em virtude da mora, quando esta seja devida a caso fortuito ou a uma causa estranha ao devedor.

A prova de que a mora não é imputável incumbe ao devedor, e esta pode consistir num facto do credor, sempre que êle não tenha procedido de forma a tornar possível o cumprimento da obrigação, quando êste dependa de actos que têm de ser realizados pelo credor. Assim, tratando-se duma dívida que tenha de ser paga no domicílio do devedor, ou em lugar diverso do domicílio do credor, se êste não pedir

(1) Veja-se a êste respeito a *Revista dos Tribunais*, vol. 13.º, págg. 158 e 159.

o pagamento ao devedor no seu domicílio ou não comparecer no local onde se deve efeituar o pagamento, o devedor não ficará constituído em mora, porque não tem obrigação de procurar o credor para realizar o pagamento.

Quando a obrigação consista no pagamento de dinheiro e êste vença juros, parece-nos que, embora o devedor prove que foi em virtude de caso fortuito que não realizou o pagamento, não ficará desobrigado dos juros que se vencerem até ao dia do pagamento, se não houver mora por parte do credor, ou se não estiver inibido, em virtude duma penhora ou arresto que hajam sido feitos na dívida, de pagar ao credor. A razão é que o pagamento dos juros não pode, em tal caso, considerar-se como representando uma indemnização de perdas e danos, sendo apenas a retribuïção correspondente ao tempo em que o devedor reteve em seu poder o dinheiro, estando dêle privado o credor.

Os efeitos que derivam da mora *solvendi* consistem na indemnização de perdas e danos e em o devedor suportar o risco proveniente de caso fortuito. Há ainda efeitos especiais para certas obrigações, como, em relação à dívida que se ache fraccionada em prestações, o direito de exigir as prestações ainda não vencidas (art. 742.º); em relação à renda em frutos, a substituïção dêstes por dinheiro segundo o preço corrente no tempo do vencimento (art. 1617.º) (1).

Quanto à indemnização de perdas e danos, a sua determinação tem de fazer-se atendendo aos prejuízos que representam uma conseqüência necessária do não cumprimento da obrigação no prazo fixado. Há, porém, normas especiais pelo que respeita às dívidas de dinheiro.

Preceitua-se (art. 720.º) que, se a prestação se limitar ao pagamento de certa quantia em dinheiro, as perdas e danos resultantes da falta de cumprimento do contrato não podem exceder os juros convencionados ou estabelecidos por lei, salvo no caso de fiança, conforme o ordenado no art. 838.º.

[1 Decr. n.º 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.º e 66.º].

A falta de cumprimento a que êste artigo se refere é, visto que se trata duma obrigação de género, a mora, e, como já vimos, quando a quantia a pagar não vença juros, torna-se necessária a interpelação (art. 732.º), para que a dívida os vença, não bastando para êste efeito o têrmo. Pode, porém, nas obrigações contraídas pelo contrato de mútuo, estipular-se que o devedor pagará juros, se não cumprir a obrigação no prazo fixado, e a taxa dos juros pode ser livremente determinada. Quando o não seja, essa taxa será de cinco por cento (art. 1640.º § único).

Em qualquer dos casos, seja qual fôr o prejuízo que o credor sofra, não poderá exigir, como indemnização, mais do que os juros convencionados ou legais. Será, porém, facultado ao devedor provar que o credor não sofreu prejuízo algum?

O artigo declara que as perdas e danos não podem *exceder* os juros convencionados ou estabelecidos por lei, parecendo assim que esses juros representam o limite máximo da indemnização; e, como esta deverá ser determinada em harmonia com os prejuízos que sejam conseqüência do não cumprimento da obrigação, seria lógico concluir que, se esses prejuízos forem inferiores, o credor não poderá exigir a totalidade dos juros devidos em virtude da mora.

Por outro lado, o art. 720.º é aplicável tanto a pagamentos de dinheiro que vençam juros, como aos que os não vençam. Ora, se se trata de pagamentos de dinheiro com juro, os juros que o capital vencer desde o dia fixado para o pagamento ou desde a interpelação são devidos não a título de indemnização, mas por fôrça do contrato, e parece portanto que o credor ficará sem indemnização alguma pela mora do devedor, visto que no art. 720.º se declara que a indemnização não poderá exceder os juros convencionados ou estabelecidos por lei, se êstes juros forem os mesmos que vence o capital, parecendo assim que não são êsses juros, mas que é pela taxa dêsses juros que há de ser determinada a indemnização a que o credor tem direito em virtude da mora.

Deverá ser assim interpretado aquele artigo?

No art. 1153.º do código civil francês preceituava-se que nas obrigações que se limitam ao pagamento duma certa quantia, as perdas e danos resultantes do retardamento na execução não consistem senão na condenação aos interêsses fixados por lei, salvas as regras especiais ao comércio e às cauções, e que essas perdas e danos são devidos sem que o credor tenha de provar prejuízo algum.

Sendo a indemnização independente da existência provada de qualquer prejuízo, a determinação da indemnização devia fazer-se também independentemente dêste. Normalmente o dinheiro não fica improdutivo, e, em geral, o dinheiro é colocado nas condições que o legislador, ao fixar a taxa legal do juro, considera normais. Acresce que dificílimo se torna, em relação a prestações de dinheiro, apurar precisamente os prejuízos que sofreu o credor em virtude da mora.

São estas as razões em que se fundamenta a disposição consignada no art. 1153.º do código civil francês, e parece-nos que o nosso legislador quis sancionar a mesma doutrina, tanto mais que já era seguida na nossa jurisprudência. Assim, Coelho da Rocha diz: «Nas dívidas de quantias de dinheiro, para evitar as dificuldades de avaliar as perdas e interêsses, e fechar as portas aos contratos usurários, a que o contrato dava lugar: 1.º em vez de perdas e interêsses contam-se os juros da lei, *cód. com.*, art. 287.º, Morais, *De execut.*, liv. 2, cap. 12, n.º 74: excepto nos casos em que esta determine outra cousa, como na espécie do art. 291.º do mesmo *código;* 2.º mas também o credor é dispensado da prova dêles».

Se assim dever interpretar-se o art. 720.º, o credor não terá direito a mais indemnização alguma, pela mora do devedor e desde que esta se dá, do que os juros convencionados ou estabelecidos por lei; mas o devedor não poderá contestar-lhe o direito a êsses juros, fundando-se em que êle não sofreu prejuízo algum.

Mas se o pagamento fôr com juro, não terá o credor indemnização alguma pela mora?

Tem.

Pelo artigo 1642.º é proïbido o anatocismo ou exigir interêsses de interêsses. Sendo assim, o credor que não receba os juros no dia fixado não terá direito a indemnização alguma

emquanto não interpelar o devedor; mas, desde que o interpele, terá direito a indemnização nos termos do art. 732.°. Essa indemnização dá-se pelo facto da mora; não representa interêsses de interêsses.

Parece-nos também que as palavras *juros convencionados* se referem à hipótese de se haver fixado, para o caso do não cumprimento da obrigação, determinados juros ou retribuïção, cuja taxa pode ser diversa da que haja sido estabelecida, quando o pagamento do capital ou dos juros se faça no dia fixado. Assim, emprestando-se um conto de réis a cinco por cento, pode estipular-se que, se o pagamento não se fizer no dia aprazado, o capital ficará vencendo o juro de oito por cento.

Os juros que sejam devidos por fôrça da obrigação contraída, não podem evidentemente considerar-se como indemnização pela mora. Sendo assim, ou teriamos de interpretar o art. 720.°, no que respeita aos pagamentos de dinheiro com juro, como fixando o limite máximo da indemnização, que então ficaria dependente da prova do prejuízo, nos juros convencionados, ou temos de considerar as palavras «juros convencionados» como referindo-se à indemnização que haja sido fixada pelas partes para o caso do não cumprimento.

Haverá assim uma cláusula penal, que, se outra fôsse a interpretação do art. 720.°, dificilmente poderia admitir-se em virtude do disposto neste artigo e no art. 1642.° (1).

No que respeita ao risco, o código fá-lo recair, em virtude da mora, sôbre o devedor, nos casos em que, segundo os princípios gerais, teria de o suportar o credor. Assim, no art. 1398.° declara-se que, se a empreitada fôr ùnicamente de lavor, todo o risco será por conta do dono, excepto se houver mora do devedor; no art. 1436.° n.° 2.° preceitua-se que o depositário só responde pelo prejuízo acontecido ao depósito por caso fortuito ou de fôrça maior, se se achava em mora, quando se deu o prejuízo.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 40, págg. 586 e 596.

O princípio em que se baseam estas disposições é o de que a obrigação que, em virtude de culpa do devedor, não é cumprida no tempo devido, se perpetúa, sobrevivendo assim a um facto que a devia extinguir, se se houvesse dado anteriormente à mora.

Haverá, porém, a perpetuação da obrigação de forma que o devedor tenha de suportar o risco, embora o caso fortuito se houvesse dado igualmente se a cousa, objecto da prestação, houvesse sido entregue ao credor, ou deverá, neste caso, ser isento de responsabilidade o devedor?

O nosso código não faz, nos artigos citados, distinção alguma, parecendo assim que, dando-se o risco depois da mora, o devedor é sempre responsável por êle. E, para justificar esta doutrina, poderia dizer-se que, considerando-se o objecto subtraído ao credor desde o momento em que lhe devia ser entregue, um facto posterior não pode exercer influência sôbre uma situação jurídica que se constituiu em virtude da mora, pela qual o credor fica tendo direito à indemnização de perdas e danos. Considera-se a mora como um facto produtor dum dano, e se, posteriormente à mora, se dá outro facto que igualmente o devia produzir caso se não houvesse verificado o primeiro, êste facto já não pode produzir os seus efeitos.

Esta doutrina não é, porém, aceitável. Para ver que o não é, bastará atender a que a mora não representa um definitivo não cumprimento da obrigação; o cumprimento da obrigação, na teoria da mora, é sempre possível, ficando por ela apenas constituído o devedor numa situação especial.

Sendo assim, e não constituindo a mora a causa do risco, que pode suceder durante a mora, mas não como efeito da mora, ao contrário do que se dá com a culpa que, referindo-se directamente à perda ou deterioração do objecto, se deve considerar como sendo a causa dessa perda ou deterioração, a doutrina que se nos afigura mais justa é a que não torna responsável o devedor em mora pelo risco, sempre que êste se teria dado igualmente se a cousa estivesse em poder do dono. Assim, havendo um incêndio e perecendo nele uma mobília que o empreiteiro não havia entregado no prazo

fixado ao dono, que morava num prédio contíguo ao seu e que também foi devorado pelo incêndio, não é justo que o empreiteiro suporte o risco, pois que êste não se deu em virtude da mora e teria sucedido do mesmo modo, se a mobília já se achasse em casa do dono.

Sendo esta a doutrina mais justa, é também a que se acha sancionada no nosso código civil.

No art. 496.º preceitua-se que o possuïdor de má fé responde por perdas e danos acidentais, provando-se que êstes não se teriam dado, se a cousa estivesse na posse do proprietário, e no art. 1731.º declara-se que aquele que intervier em negócio doutrem, contra a sua vontade declarada, responderá por todas as perdas e danos, ainda acidentais, se não se mostrar que teriam acontecido igualmente, se tal intervenção não houvesse.

Trata-se, em qualquer das disposições, dum facto ilícito, e, como já notámos, o detentor de má fé duma cousa alheia está sempre em mora. Não pode, pois, ser tratado com mais rigor pelo legislador um devedor que apenas não cumpre a obrigação no prazo devido, do que aquele que é devedor em virtude dum delito.

A disposição consignada no art. 496.º deve considerar-se, pois, como sendo a aplicação dum princípio geral, em virtude do qual o devedor, embora detenha o objecto da prestação indevidamente, não responde pelo risco proveniente de caso fortuito ou de fôrça maior, se êsse risco se houvesse dado igualmente, estando a cousa em poder do credor.

A quem incumbe, porém, esta prova?

Da redacção do art. 496.º parece dever depreender-se que, provando o devedor o caso fortuito, é ao credor que incumbe provar que o risco se não teria dado, se a cousa estivesse na posse dêle.

E parece ser esta a doutrina mais aceitável, visto que difícil será ao devedor, em algumas hipóteses, determinar o destino que o credor daria à cousa que lhe devia ser entregue, e provar portanto que o risco se haveria dado igualmente, se a cousa estivesse em poder dêste. O credor é que poderá, determinando o destino que era intenção sua dar à cousa,

provar que não sofreria o risco, ficando no prudente arbítrio do juiz a apreciação das provas que êle aduzir.

Declarando-se, porém, nos artt. 1398.º e 1436.º n.º 2.º que o devedor é responsável pelo risco proveniente de caso fortuito estando constituído em mora, é ao devedor que cumpre provar que o risco se haveria dado igualmente se a cousa estivesse em poder do credor. Há incoerência entre as disposições referidas, mas afigura-se-nos que não pode deixar de dar-se aos artigos citados esta interpretação.

Quanto à mora *accipiendi*, o código civil apenas preceitua no art. 1397.º que se o empreiteiro ou empreiteiros se obrigarem a subministrar o lavor e os materiais, todo o risco da obra correrá por conta do empreiteiro ou empreiteiros, até ao acto da entrega, salvo se houver mora por parte do dono da obra em recebê-la.

Não há, pois, no código civil uma teoria sôbre a mora *accipiendi*, parecendo que a disposição consignada neste artigo é excepcional e que o devedor terá de recorrer à proposta de pagamento e consignação em depósito, quando o credor se recuse a receber a prestação sem causa legítima, e que é só por êsse meio que êle pode libertar-se das responsabilidades inerentes à mora, que ficarão recaindo sôbre êle e não sôbre o credor.

Parece-nos, porém, que, provando o devedor que não cumpriu a obrigação por culpa do credor, não ficará constituído em mora, embora não faça a proposta de pagamento e consignação em depósito.

No art. 705.º declara-se que o contraente que falta ao cumprimento do contrato torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente. Ora, sempre que o credor se recuse a receber a prestação, ou deixe de praticar qualquer facto que se torne necessário para que o devedor possa cumprir a obrigação, êste não ficará constituído em responsabilidade alguma pelo facto do não cumprimento da obrigação. É assim que êle não deverá interêsses moratórios nas obrigações pecuniárias que vençam juros, tendo apenas de

entregar ao credor a quantia a que êle tinha direito no momento em que a obrigação se venceu.

Se é certo que o credor, tendo o direito de receber, não deixa de cumprir uma obrigação, quando se recusa a receber ou não pratica qualquer facto que, para êsse efeito, devia praticar, e que, portanto, o devedor não terá direito algum a indemnização pela mora do credor, também não o é menos que o devedor não pode ser agravado na sua situação, em virtude dessa mora.

O risco deve portanto ficar a cargo do credor, havendo mora por parte dêste, embora em harmonia com os princípios gerais ou por fôrça do contrato o devesse suportar o devedor (1).

40. *A culpa e a mora nas obrigações solidárias* (2). Determinada dum modo geral a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento da obrigação, vejamos agora os efeitos que derivam para os condevedores solidários do facto de se tornar impossível a prestação por culpa dum deles e de um só ou só alguns deles se acharem constituídos em mora.

Em relação às prestações de cousa certa preceitua-se (art. 755.°) que, se a cousa que é objecto da prestação se perder por culpa de algum dos condevedores solidários, não ficarão os outros desobrigados; mas o que deu causa à perda será o único responsável por perdas e danos.

No código civil francês dispõe-se (art. 1205.°): «se a cousa

(1) No código suíço das obrigações, artt. 106-109, e no código civil alemão, artt. 293-304, acha-se devidamente regulada a mora do credor. Veja-se VIRGILE ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2.ª ediç., págg. 163 e segg.; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, págg. 31 e segg., e *Le code civil allemand*, traduit et annoté par BUFNOIR, CHALLÁMEL etc., tom. 2.°, págg. 415 e segg.

(2) Veja-se DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, vol. 26, n.os 343 e segg.; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. 17, n.os 311 e segg.; BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, vol. 2.°, págg. 336 e segg.; CRESCENZIO e FERRINI, *Obbligazione*, na *Encilopedia giuridica italiana*, vol. 12, parte 1.ª, págg. 464 e segg.; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 1.°, n.os 148 e 149; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, págg. 117-119.

devida perecer por culpa ou durante a mora dum ou de mais do que um dos devedores solidários, os outros condevedores não ficam isentos da obrigação de pagar o preço da cousa; mas estes não são obrigados à indemnização de perdas e danos». E preceitua-se ainda neste código (art. 1207.°): «o pedido de interêsses dirigido contra um dos devedores solidários faz correr os interêsses a respeito de todos».

Confrontando-se estes artigos com o art. 755.° do nosso código; tendo-se em vista as críticas e censuras que na jurisprudência francesa se fizeram às disposições consignadas nos artigos citados, e ainda os critérios relativos à determinação dos efeitos da solidariedade, afigura-se-nos que não podemos deixar de concluir, quanto aos efeitos da culpa e da mora nas obrigações solidárias segundo o nosso código civil:

1.° Que os condevedores solidários são responsáveis pelo preço da cousa, quando esta haja perecido por culpa de algum deles, mas não são responsáveis pelos danos que para o credor resultem de não se haver efeituado a prestação específica;

2.° Que os efeitos da mora são relativos ao devedor ou devedores solidários que nela se acham constituídos, não sendo por êsse facto prejudicados os outros condevedores. Assim, se a obrigação fôr a têrmo e não consistir em pagamento que não vença juro, todos os condevedores ficam responsáveis pela indemnização de perdas e danos; se para a constituïção em mora fôr necessária a interpelação, esta só produz efeitos em relação ao devedor a quem seja feita;

3.° Que, se a perda da cousa se der durante a mora e em virtude de caso fortuito, os outros condevedores não ficam responsáveis pelo preço da cousa, embora se prove que esta não teria perecido se houvesse sido entregue ao credor, considerando-se a obrigação extinta com relação a eles.

Como poderão justificar-se estas disposições?

Quanto à responsabilidade dos condevedores no caso de a cousa perecer por culpa dum deles, se atendermos à unidade objectiva da obrigação e à relação que existe entre esta e a indemnização de perdas e danos pelo seu não cumprimento,

parece-nos que os condevedores solidários deveriam ficar responsáveis não só pelo preço da cousa que perece, mas também pela indemnização dos danos que, em virtude dêsse perecimento, sofreu o credor. Á prestação em fórma específica substitue-se a obrigação de indemnização dos danos causados, e, subsistindo o vínculo da solidariedade entre os devedores, o direito do credor em relação a estes deve ser o mesmo, não se fazendo distinção alguma entre devedor culposo e não culposo, tanto mais que o vínculo da solidariedade entre eles tinha por fim garantir o credor, devendo considerar-se que essa solidariedade abrange os danos que resultem de qualquer falta de cuidado ou diligência por parte dos devedores, contra os quais o credor pela solidariedade se garantiu.

A representação recíproca entre os condevedores também não pode invocar-se para explicar a disposição consignada no art. 755.°. Quando essa representação devesse admitir-se em matéria de culpa, que é por sua natureza pessoal, a lógica exigiria que os condevedores ficassem responsáveis não só pelo preço, mas também pela indemnização de perdas e danos, sendo, como é, completamente arbitrária a doutrina, que aliás inspirou o legislador francês, de que há a representação mútua para o efeito de perpetuar a obrigação na sua extensão primitiva, mas não para o efeito de a agravar ou aumentar o seu conteúdo.

Contra o disposto no art. 755.° pode ainda sustentar-se que, havendo na obrigação solidária, em relação aos condevedores, vínculos de obrigação distintos e independentes, e não podendo deixar de considerar-se o facto que seja praticado por um dos devedores e em virtude do qual a cousa pereça, como sendo um caso fortuito em relação aos outros condevedores, o facto de a cousa objecto da prestação perecer por culpa dum dos condevedores deve ter em relação a estes o efeito de extinguir a obrigação, ficando ùnicamente responsável pelo preço e pela indemnização de perdas e danos o devedor por cuja culpa o objecto pereceu.

E quanto à mora, parece que foi esta a doutrina que inspirou o nosso legislador, levando-o a afastar-se do código civil

francês. A interpelação feita a um devedor solidário não produz, relativamente à indemnização de perdas e danos, nenhuns efeitos quanto aos outros condevedores, nem os devia produzir, desde que o credor tinha o direito de proceder contra qualquer deles. O caso fortuito em virtude do qual a cousa perece durante a mora não devia deixar portanto de ser assim considerado, para todos os efeitos, em relação aos outros condevedores.

Cumpre-nos notar que, no caso de a cousa perecer por culpa dum dos condevedores, os outros têm o direito de exigir dêle a indemnização do prejuízo que sofreram em virtude da perda da cousa.

Quando haja cláusula penal, os devedores solidários ficarão responsáveis por ela, sempre que a obrigação não possa ser cumprida em virtude de o seu objecto haver perecido por culpa de um só deles, ou quando não tenha sido cumprida pontualmente, tendo só um ou alguns deles sido constituídos em mora?

A questão é duvidosa.

Por um lado pode afirmar-se que, sendo a cláusula penal um acôrdo das partes relativo à indemnização de perdas e danos, se devem aplicar os princípios que acabamos de expor, considerando os condevedores solidários, no caso de a cousa perecer por culpa dum deles, responsáveis só pelo preço, e, quando haja mora, atribuindo os efeitos desta só ao devedor que nela foi constituido.

Por outro lado pode dizer-se que, sendo a cláusula penal uma convenção acessória e tendo esta convenção por fim, dada a hipótese do não cumprimento da obrigação, assegurar para o credor uma determinada indemnização, que apenas fica dependente da condição de se não cumprir a obrigação, devem considerar-se todos os condevedores responsáveis pela pena, embora só por culpa dum deles não seja cumprida a obrigação, visto que todos eles se responsabilizaram pelo pagamento da pena, se a obrigação não fôsse cumprida.

Em face do disposto nos artigos 677.° e 755.° parece-nos ser a doutrina exposta em primeiro lugar a sancionada no

código civil, visto que no art. 755.° se não faz distinção alguma.

Quando a solidariedade se dê em obrigações que tenham o carácter de acessórias, como na fiança, nos coobrigados nas letras, não se aplica a disposição consignada no art. 755.°. Nesses casos, a obrigação subsidiária tem, salva convenção em contrário, a mesma extensão que a obrigação principal. É assim que no art. 335.° e § único do código comercial se preceitua que todos aqueles que assinam uma letra são para com o portador solidàriamente garantes dela, compreendendo esta garantia a importância da letra, juros, despesas de protesto e outras quaisquer legítimas.

Justifica esta doutrina a relação que existe entre a obrigação principal e a acessória, e, a nosso ver, a responsabilidade pelo preço estabelecida no art. 755.° poderá considerar-se como uma obrigação de garantia que os devedores solidários, cujas obrigações são aliás independentes, assumem uns em relação aos outros.

41. *Determinação das perdas e danos.* O direito que o credor fica tendo, em virtude do não cumprimento da obrigação, à indemnização dos danos, filia-se numa relação jurídica preexistente, e, conseqüentemente, se esta relação fôr nula, não haverá tal direito. Assim, se, em virtude dum conluio que tenha por fim desviar concorrentes da praça, um indivíduo prometer a venda de certos prédios que arrematar pelo preço da arrematação, não poderá exigir-se-lhe indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento do contrato promessa de venda, visto que êste contrato, tendo por causa um facto criminoso, é nulo.

A indemnização de perdas e danos de que estamos tratando relaciona-se sempre com uma obrigação preexistente, e é no não cumprimento integral ou parcial dessa obrigação que se funda a indemnização.

Dado o não cumprimento da obrigação, ou é possível ou não ao credor obter a prestação específica, objecto da obrigação.

Quando seja possível ao credor obter a prestação específica, como no caso de restituïção duma cousa ou dum valor precipuamente devido (art. 706.°), essa prestação não representará pròpriamente uma indemnização, mas a execução da obrigação, que pode ser obtida por meios judiciais, sempre que se trate duma cousa certa e determinada, que se ache em poder do devedor ou de terceiro e possa ser reivindicada pelo credor, e ainda de prestação de factos, sempre que esta prestação possa ser efeituada por outrem à custa daquele que estava obrigado a ela (art. 712.°). Embora, porém, se dê a prestação específica, o credor, já pela mora no cumprimento da obrigação, já pelas despesas que, pelo facto de o devedor não satisfazer voluntàriamente a prestação, tenha efeituado, pode ter sofrido prejuízos, de que o devedor tem de o indemnizar, sempre que êsses prejuízos resultem necessàriamente do não cumprimento da obrigação.

Quando o credor não possa obter coactivamente a prestação específica, essa prestação tem de ser substituída por uma equivalente em dinheiro, que neste caso exerce a sua função de padrão comum de valores, devendo ainda ser indemnizado o credor dos prejuízos que para êle derivem de a prestação não haver sido satisfeita dum modo específico e no tempo devido.

Os prejuízos que o credor sofre ou representam uma diminuïção no seu património efectivo, *damnum emergens*, ou a falta do aumento que nesse património se haveria dado, se a obrigação tivesse sido cumprida, *lucrum cessans*.

Compreendendo todos êstes prejuízos, declara-se (art. 706.°) que a indemnização pode consistir na restituïção da cousa ou do valor precipuamente devido, ou na restituïção dessa cousa ou dêsse valor, e dos lucros que o contraente teria tirado, se o contrato fôsse cumprido, sendo neste último caso que se diz haver a indemnização de perdas e danos.

Como, porém, posteriormente ao não cumprimento duma obrigação pode haver uma série mais ou menos complexa de efeitos danosos, que estejam diversamente relacionados com o não cumprimento da obrigação, necessário era deter-

minar qual a relação que deve haver entre os danos que o credor sofre e o não cumprimento da obrigação, e, para êsse fim, declarou o legislador (art. 707.°) que só podem ser tomados em conta de perdas e danos as perdas e danos, que *necessàriamente* resultam da falta de cumprimento do contrato.

O autor do código não adoptou a fórmula do código civil francês, que, para determinar as perdas e danos que devem ser indemnizados, declarou (art. 1151.°) que, no caso de inexecução da convenção as perdas e danos só devem abranger a perda sofrida e o ganho de que o credor foi privado que representem uma conseqüência imediata e directa da inexecução da obrigação.

Um dano pode realmente deixar de considerar-se como sendo a conseqüência directa e imediata da inexecução da obrigação, e representar todavia uma conseqüência necessária dessa inexecução. Assim, a diminuïção de valor que se dê em relação a um cavalo pelo facto de haver perecido o que com êle aparelhava, não é uma conseqüência directa e imediata do perecimento do cavalo, e não deixa todavia de ser uma conseqüência necessária dêsse perecimento.

Como se há de verificar, porém, se um prejuízo resulta necessàriamente da inexecução duma obrigação? Suponhamos que deixou de ser cumprido um contrato de fornecimento de grão para sementeira, e que, em virtude do não cumprimento do contrato, a sementeira não se fez. Será o devedor responsável pelos prejuízos que do facto de não se haver feito a sementeira resultaram para o credor?

Não é possível responder precisamente à pergunta formulada, sendo necessário tomar em consideração todas as circunstâncias, para formarmos a convicção de que existe ou não uma relação necessária entre a inexecução do contrato e o facto de não se fazer a sementeira. Assim, se o credor podia obter por qualquer outro meio o grão necessário para ela, o facto de a não fazer não representa uma conseqüência necessária do não cumprimento do contrato, e o credor não poderá portanto pedir indemnização pelos prejuízos que sofreu em virtude de não haver feito a sementeira. Apenas poderá pedir como indemnização a diferença entre o preço por que

obteria o grão e aquele por que o devedor lho devia fornecer. Se, porém, o credor não podia, em tempo útil, obter o grão, o não cumprimento do contrato representa a causa por que se não fez a sementeira, e o devedor deve considerar-se responsável pelos prejuízos que com isso sofreu o credor.

Como princípio geral, o que se deve ter em consideração é se, posteriormente ao não cumprimento do contrato, existe qualquer outro facto danoso que não seja uma conseqüência necessária dêle e que pudesse ser evitado pelo credor. Quando o facto danoso seja fortuito, torna-se necessário verificar se o caso fortuito deve ou não considerar-se como representando uma conseqüência da inexecução da obrigação, sendo só neste caso que o devedor se deve considerar responsável pelos prejuízos que dêle derivem (1).

Não fez o nosso código civil distinção entre o não cumprimento doloso e culposo das obrigações em relação ao quantitativo da indemnização. E não devia fazer essa distinção.

A responsabilidade civil pela inexecução duma obrigação vai filiar-se na culpa, e, portanto, num facto voluntário. Sendo assim, quem não cumpre a obrigação deve ficar responsável por todos os prejuízos que necessàriamente resultem dêsse facto. Não deve responder por menos, porque, nesse caso, o credor seria injustamente prejudicado; não deve ficar responsável por mais, porque, nesse caso, o credor locupletar-se-ia a expensas do devedor.

Estas considerações mostram-nos também que não se deve fazer distinção entre os danos que o devedor pode prever que resultem da inexecução da obrigação ao tempo em que a assume, e os danos que êle não podia prever. Dentro dos limites em que a inexecução da obrigação é imputável ao devedor, êste deve prever todas as conseqüências danosas que necessàriamente resultarão do não cumprimento da obrigação.

Fica ao juiz um certo arbítrio na determinação da inde-

(1) Veja-se estas *Instituïções*, vol. 1.°, n.° 223, e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 38.°, págg. 2, 434 e 449.

mnização dos danos que resultam do não cumprimento duma obrigação, quando esta não tenha por objecto uma prestação em dinheiro, atenta a impossibilidade que há em discriminar com toda a precisão, numa série mais ou menos complexa de prejuízos que podem dar-se posteriormente à inexecução da obrigação quais os que necessàriamente resultam dessa inexecução.

Para evitar êsse arbítrio e remover essas dificuldades, podem as partes convencionar no próprio momento em que se constitue a obrigação qual a indemnização que deve ser prestada pela que a não cumpra ou a cumpra tardiamente.

É a chamada *cláusula penal*, a que se refere o art. 708.°, declarando que a responsabilidade civil pode ser regulada por acôrdo das partes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.

Quando haja cláusula penal, não tem que se indagar quais os danos que resultaram do não cumprimento da obrigação. Essa cláusula deve ser cumprida quer os danos sejam superiores, quer inferiores, à indemnização que foi fixada pelas partes, e até no caso de não haver danos alguns que resultem do não cumprimento da obrigação, ou do seu não cumprimento no tempo devido, quando a cláusula penal se aplique pelo facto da mora.

Quando não haja cláusula penal e da inexecução duma obrigação não resultarem danos alguns, o credor não terá direito a indemnização. Assim, tendo-se passado procuração para inscrever no registo predial uma hipoteca e não havendo o mandatário requerido a inscrição, se, ao tempo em que ela devia ser requerida, já havia hipotecas inscritas de valor superior ao da arrematação do prédio, o credor não sofreu prejuízo algum pelo facto de se não haver cumprido o mandato, e não tem portanto direito a indemnização.

42. *Liquidação dos danos.* Ordinàriamente a determinação dos danos causados em virtude da inexecução da obrigação tem de ser feita judicialmente, devendo o juiz ter em consideração para êsse fim todos os elementos de prova que sejam ministrados pelas partes.

Em alguns casos, como relativamente às obrigações de dinheiro, é a própria lei que determina como deve regular-se a indemnização.

Podem finalmente as partes, como já notámos, fixar não só prèviamente a pena a que ficará adstrita a que não cumpra a obrigação, pena que só poderá ser reduzida, se a obrigação houver sido cumprida em parte (art. 675.°), mas podem também estabelecer por acôrdo entre si, visto que se trata dum interêsse de carácter privado, a indemnização que deve ser satisfeita em virtude do não cumprimento da obrigação.

§ 9 — *Efeitos indirectos das obrigações.*

DR. DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, notas aos artt. 1030.° a 1045.°; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. 2.°, n.os 332.°-370.°; MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 4.°, n.os 105.°-111.°; FILOMUSI-GUELFI, *Obbligazioni*, §§ 59.°-65.°; MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudulenti*; CHIRONI, *Questioni di diritto civile*, págg. 171-175; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. 16.°, n.os 431.° e segg.; DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 144.°-147.°; BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, tom. 1.°, págg. 589-767; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tom. 2.°, n.os 296.° e segg. e 1203.°.

43. *Efeitos indirectos das obrigações e seu fundamento.* O vínculo obrigatório é pessoal e patrimonial, ficando o devedor responsável, em virtude dêsse vínculo, pela prestação ou objecto da obrigação, e tendo o credor, para tornar efectiva essa responsabilidade, o património do devedor como garantia (artt. 1005.° e 2360.°).

O património que representa a garantia da obrigação não só compreende os bens existentes ao tempo em que a obrigação se constitue, mas todos aqueles que o devedor de futuro possa adquirir como resultado da sua actividade jurídico-patrimonial.

Sendo o património do devedor a garantia comum das suas obrigações, segue-se que o devedor, pela própria relação que há entre o património activo e passivo, não pode dispor em benefício de terceiros, e seja qual fôr o acto por

que se pretenda tornar efectivo êsse benefício, senão da diferença positiva entre o património activo e o passivo, e segue-se também que deve facultar-se aos credores o direito de anularem quaisquer actos do devedor, por que em prejuízo deles seja fraudulentamente desfalcado o património dêste.

Assim se o devedor, em virtude duma doação que fez, se tornar insolvente ou agravar essa insolvência, devem os credores ter o direito de rescindir essa doação, visto que seria feita não a expensas do devedor, mas dos seus credores. Se o devedor, por qualquer acto simulado, subtrair bens do seu património em prejuízo dos seus credores, deve reconhecer-se a estes o direito de fazer declarar judicialmente a simulação, para que se tornem assim efectivos sôbre o património real do devedor os seus direitos.

O direito que aos credores se deve atribuir de fazer anular os actos por que o devedor, tornando-se insolvente, agravando a sua insolvência, ou obstando a que esta deixe de subsistir, os vai prejudicar, resulta da própria obrigação em que o devedor se constituiu, pela relação que há entre esta e o seu património. Deve, portanto, considerar-se êsse direito como sendo um dos efeitos das obrigações.

O nosso código civil trata, sob a epígrafe *dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros,* da acção revogatória ou rescisória em seguida às garantias das obrigações. A acção revogatória, fazendo voltar ao património do devedor bens que por êle foram alienados, representa realmente uma garantia para os credores. Essa garantia não se dá, porém, em relação a obrigações determinadas, pertence a qualquer credor, devendo conseqüentemente considerar-se, de preferência, como sendo um efeito da obrigação. É assim que tanto podem propor a acção revogatória os credores cujas obrigações se achem especialmente garantidas, como os credores comuns ou quirografários.

Pelo código civil francês (art. 1166.°) os credores podem exercer todos os direitos e acções dos seus devedores, exceptuando os que tenham carácter exclusivamente pessoal. É a chamada *acção subrogatória,* que se distingue fundamentalmente da revogatória em ser exercida pelo credor em

nome do devedor. Aquela acção tem também por fim conservar o património do devedor, e funda-se, como esta, em que o património do devedor é garantia comum dos credores.

No nosso código civil não se consignou uma disposição correspondente à do artigo citado do código civil francês, não podendo assim os credores tornar efectivos contra terceiros, em nome e no lugar do devedor, as acções e direitos que êste tenha contra êles.

Em alguns casos, porém, em que se admite a acção rescisória, o credor vai exercer um direito no lugar e em nome do devedor. É o que se verifica no caso de repúdio duma herança, em que, segundo o disposto no art. 2040.°, os credores podem ser autorizados judicialmente a aceitá-la no lugar e em nome do devedor.

Quando pela realização dum negócio jurídico absolutamente nulo ou inexistente haja alterações no património do devedor em virtude das quais sejam prejudicados os credores, estes, na qualidade de interessados, podem requerer judicialmente a anulação dêsse negócio jurídico. Terão, porém, de proceder em próprio nome e não em nome do devedor, embora a sua acção tenha por fim tornar efectivos os direitos patrimoniais do devedor.

Quando se não trate duma nulidade absoluta, mas relativa, os credores não poderão requerer a anulação do negócio jurídico senão nos casos em que se admite a revogação dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros, pois que não podem pedir a anulação no lugar e em nome do devedor.

44. *Condição geral para que os credores possam anular actos do devedor.* Os actos praticados pelo devedor em prejuízo dos seus credores podem ser simulados ou verdadeiros, e estes podem ser a título gratuito ou oneroso. As condições que se exigem por lei para a rescisão dêsses actos pelos credores são diversas, devendo portanto tratar-se delas em separado. Há, porém, uma que é comum, a insolvência do devedor, a que nos referiremos em primeiro lugar.

Qualquer que seja o acto praticado pelo devedor em virtude

do qual seja desfalcado o seu património, o credor só terá interêsse em anular êsse acto, se no património do devedor não houver bens pelos quais se possa efeituar o pagamento do crédito. Não pode, portanto, considerar-se o credor parte legítima, sendo o interêsse, como é, a medida do direito, para pedir a anulação dum acto praticado pelo devedor, se dêsse acto nenhum prejuizo resulta para êle.

Nos termos do art. 1030.°, só podem ser rescindidos a requerimento dos interessados os actos que sejam praticados em seu prejuízo.

Esta doutrina aplica-se aos próprios actos simulados, pois que estes também só podem ser anulados a requerimento dos prejudicados (art. 1031.°).

45. *Anulação dos actos simulados.* Diz-se simulado o acto ou contrato, em que as partes declaram ou confessam falsamente alguma cousa, que na verdade se não passou, ou que entre elas não foi convencionada (art. 1030.° § único).

Tratámos da simulação a propósito dos requisitos essenciais dos negócios jurídicos, e aí dissemos que no caso de simulação, em que não existe correspondência entre a vontade real e a sua manifestação (1), ou era intenção das partes não realizarem acto algum, e então nenhuma obrigação ficava existindo entre elas, ou realisar outro acto, sendo êste jurídicamente possível ou não, e que, sendo o acto juridicamente possível e dando-se as condições exigidas por lei para a sua validade, era o acto verdadeiro e não o simulado que devia produzir efeitos (2).

Pelo contrato simulado podem, pois, aparentar-se alienações de bens, que realmente se não dão, ou aparentar-se alienações de bens que se dão em condições diversas das que constam do contrato, e, em qualquer dos casos, podem ser por êsse meio prejudicados terceiros. Ora sempre que se dê êste prejuízo, podem os interessados requerer a anulação do contrato simulado (art. 1031.°), não se tornando necessário, quando esses terceiros sejam credores, que o seu crédito seja anterior ao contrato. Assim, se um indivíduo vendeu ficticiamente uns títulos de crédito antes de contrair um empréstimo, o credor pode, quando venha a ser prejudicado pela venda fictícia e provando que o foi, requerer a qualquer tempo a anulação dêsse contrato.

Quando a simulação seja relativa e o acto que por ela se oculta deva considerar-se válido, a anulação dêste pelos credores poderá fazer-se nas mesmas condições que a dos actos verdadeiros.

Na acção de simulação não se pretende pròpriamente anular os efeitos dum negócio jurídico, mas declarar que o acto ou não existiu, ou não se deu nas condições enunciadas pelas partes, continuando, no primeiro caso, efectivamente no património do devedor os bens aparentemente alheados, e ainda no segundo, quando seja nulo o acto que se quis realizar (1).

Embora o acto simulado conste de documento autêntico ou de documento particular legalizado, não é necessário argüir êsse documento de falso para provar por meio de testemunhas a simulação.

[1 Erroneamente preceitua, por isso, o art. 114.° do decr. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, que «toda a obrigação, contraída sob outra forma que não seja a de arrendamento, mas que se prove ter realmente essa natureza ou resultar dêsse contrato, é nula por simulação em prejuízo do inquilino». Veja-se um artigo do *Autor* no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano v, págg. 244 e 245; *Revista de legislação e de jurisprudência*, 52.° ano, pág. 268; Dr. Beleza dos Santos, *A Simulação*, vol. 1.°, pág. 109].

(2) Veja-se estas *Instituïções*, 1.° vol., n.° 158.°.

(1) A nulidade do negócio jurídico simulado tanto pode ser declarada em acção para êsse fim intentada, como alegada em excepção, quando se exija o cumprimento da obrigação que pelo negócio jurídico se assumiu. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 43.°, pág. 167, e confr. o ac. da Relação do Pôrto de 28 de janeiro de 1908, na *Revista dos Tribunais*, volume 26.°, pág. 358.

Veja-se o ac. do S. T. de Justiça de 22 de fevereiro de 1908, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 21, pág. 573, em que se julgou que a simulação da hipoteca pode ser oposta em embargos e respectiva crítica, em que é desenvolvida esta doutrina, citando-se vários acs.

Nos nossos tribunais podia considerar-se corrente a doutrina de que a simulação era uma espécie de falsidade. Em vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça se lia o seguinte considerando, formulado quási sempre pelas mesmas palavras: «A simulação é uma espécie de falsidade, como a define o § único do artigo 1031.°; e, tendo-se articulado a simulação do contrato, era admissível prova contra o conteúdo da escritura, porque a sua fôrça probatória pode ser ilidida pela falsidade nela contida (art. 2493.°)» (1).

O dr. Dias Ferreira, expondo essa doutrina, diz: «Na prática é hoje admitido sem controvérsia, para prova de simulação de contratos feitos por escritura pública, como para prova da falsidade (art. 2496.° n.° 3.°), o depoimento de testemunhas prova aliás inadmissível em contrário, ou além do conteúdo de documentos autênticos, ou de escritos particulares legalizados nos termos dos artigos 2432.° e 2433.°, não se argüindo falsidade, êrro, dolo ou violência, por muito se aproximar da falsidade a simulação».

Esta doutrina era completamente inadmissível, sendo que a falsidade de modo algum se confunde com a simulação. A falsidade dá-se no documento, e consiste na sua suposição ou na suposição das pessoas nele mencionadas, ou em se dizer praticado *no acto da sua celebração* algum acto que realmente não existiu, ou na viciação da data, contexto ou assinaturas do documento (art. 2496.°). Pode portanto o documento *ser verdadeiro* e o acto que êle prova *simulado*. Assim, as partes declararam na presença do tabelião e de duas testemunhas que haviam feito um contrato de compra e venda dum prédio por dez contos de réis, e nesses termos foi lavrada a escritura. A venda havia sido realizada porém por vinte contos de réis, combinando entre si comprador e vendedor em declarar na escritura que se havia efeituado pela referida quantia, por causa da contribuïção de registo. A combinação não se fez

(1) Acórdão de 6 de março de 1903, na *Colecção Oficial* de 1902-1903, pág. 275. Veja-se também o acórdão de 27 de fevereiro do mesmo ano, na referida *Colecção*, pág. 273.

na presença do notário, nem no acto em que se celebrou a escritura.

Esta não pode portanto considerar-se falsa, e, como por ela só se prova autenticamente a existência das declarações relativas ao contrato da compra e venda e dos factos que o notário certificar haverem-se passado na sua presença, segue-se que é admissível a prova testemunhal para demonstrar que o preço, por que as partes declararam na presença do notário haver realizado o contrato de compra e venda, não é realmente o que entre elas foi ajustado.

Se na própria presença do notário e das testemunhas as partes houvessem declarado que a venda se efeituava por vinte contos, mas que na escritura se devia, por causa da contribuïção de registo, consignar que o preço era de dez contos, haveria falsidade, e, para ser admissível neste caso prova testemunhal, era necessário que essa falsidade fôsse alegada. O que ordinàriamente sucede, porém, é ser o notário público completamente estranho à simulação, certificando o que realmente se passou na sua presença.

Das considerações feitas resulta que, ao contrário do que já vimos escrito, a disposição exarada no § 1.° do artigo 112.° do regulamento da contribuïção de registo de 23 de dezembro de 1899 não se pode considerar uma excepção à disposição consignada no artigo 2507.° do código civil (1).

Em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 1908 (2) expõe-se já a respeito da simulação a verdadeira doutrina, dizendo-se nele que a simulação só respeita ao acto ou conteúdo dêle e não a outros vícios de forma com que foi celebrado, e, em relação à prova testemunhal, diz-se que ela é admissível sem violação do art. 2507.° do código civil, quando a simulação é argüida sôbre factos e actos anteriores ou posteriores à escritura.

(1) Veja-se *A jurisprudência dos tribunais em última instância*, vol. 8.°, pág. 359, nota 1.

(2) Na citada *Jurisprudência dos tribunais*, vol. 12.°, pág. 571. Veja-se também o ac. da Rel. do Pôrto de 28 de julho de 1898, na *Revista dos Tribunais*, vol. 17, pág. 43.

Quaisquer terceiros só têm o direito de requerer a anulação dos negócios jurídicos simulados, quando a simulação tenha por fim defraudar os seus direitos, sendo assim necessário, para que a acção seja julgada procedente, que se prove não só a simulação mas o prejuízo causado pelo acto simulado.

Provado que houve o prejuízo e a simulação, o negócio jurídico não pode deixar de considerar-se sem efeito algum, desde que não possa subsistir, no caso de simulação relativa, o acto que pela simulação se pretendeu encobrir. O fim de defraudar os direitos de terceiros, a que o art. 1031.° se refere, não deve considerar-se, em relação aos credores, como significando que o devedor teve a intenção directa de os prejudicar. Desde que haja prejuízo para êles em virtude do acto simulado, êste anula-se, consistindo a fraude na própria simulação.

A prova da simulação pertence ao autor, e não só é admitida a prova testemunhal, que em matéria de fraude é ilimitada, mas o autor pode invocar todos os factos que estabeleçam presunções de dolo, sendo que êste, como acto interno, só excepcionalmente poderá provar-se por meios directos. É assim que, tratando-se dum contrato de compra e venda, o facto de o vendedor continuar na posse dos objectos vendidos constitue um indício grave de que houve simulação, pois que, pela natureza dêsse acto, a posse dos bens devia passar para o comprador; o parentesco ou as relações de amizade que haja entre os contratantes e o facto de haver grande diferença entre o valor dos bens e o preço estipulado constituem também presunções de fraude.

Como esta matéria é de facto, não pode a lei, nem a doutrina, formular a respeito dela regras abstratas e precisas, sendo necessário que o juiz tenha na devida consideração todos os elementos fornecidos pelo processo, para formar juízo seguro (1).

(1) No ac. do S. T. de Justiça de 17 de agosto de 1909, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 42, pág. 207, julgou-se que a simulação era matéria de facto e de prova, que estava fora da apreciação do tribunal de revista.

Para se determinarem precisamente os efeitos da acção de simulação, é necessário ter em vista que o prejuízo que da simulação deriva pode dar-se em relação a créditos constituídos anteriormente ou posteriormente ao negócio jurídico simulado, em relação a créditos que se constituam pelo próprio acto que se pretendeu simular e ainda em relação a interêsses que sejam garantidos por lei a certas e determinadas pessoas, e que a acção pode ter ou não como conseqüência a rescisão do negócio jurídico. Assim, quem confessa simuladamente uma dívida ou realiza um contrato de doação sob as aparências dum contrato de compra e venda, tanto pode ter por fim prejudicar os seus credores, quando por esses negócios jurídicos se torne insolvente, como prejudicar os seus herdeiros legitimários, dispondo por êsse meio de mais bens do que a lei lhe faculta; quem realiza um contrato de venda por dez contos e declara na escritura que vendeu por cinco contos, tem em vista prejudicar o Estado, deixando de pagar a êste a contribuïção de registo devida pelo contrato.

Nas duas primeiras hipóteses, o negócio simulado tem de ser declarado nulo, e as conseqüências que derivam dessa anulação consistem em não se considerar subsistente a relação de crédito ou em reverterem ao património do devedor ou à herança os bens alienados. É assim que no art. 1032.° se preceitua que, rescindido o acto ou contrato simulado, será restituida a cousa ou o direito a quem pertencer.

Como na simulação há fraude, o adquirente dos bens aparentemente alienados fica sendo um possuïdor de má fé e, conseqüentemente, não pode fazer seus os frutos ou lucros que esses bens hajam produzido, tendo de os restituir (art. 1032.°), sendo ainda responsável, em harmonia com os princípios gerais, pela indemnização de perdas e danos.

Assim, tendo sido realizado um contrato de doação, com as aparências de compra e venda, e provando-se que por êsse meio se prejudicaram terceiros, os bens ou direitos doados têm de ser restituídos ao vendedor e ainda os frutos ou lucros que houverem produzido, se frutos ou lucros houver. O mesmo sucederá se se demonstrar que o contrato de

compra e venda foi apenas feito no intuito de prejudicar os credores, não havendo realmente acto algum jurídico, caso em que os bens aparentemente vendidos têm de reverter ao cúmulo dos bens do devedor com os frutos ou lucros, se os houver, em benefício dos credores. Em qualquer dos casos, se a cousa não produziu mas podia produzir frutos durante a retenção, o adquirente fica responsável por eles, como o fica também pelas perdas e danos resultantes de culpa ou negligência (artt. 496.° e 497.°).

Se a simulação disser respeito a algum dos elementos do negócio jurídico, de modo que entre o acto aparente e o real não haja diferença substancial pelo que respeita à sua natureza jurídica, êsse negócio jurídico não pode, só pelo facto da simulação que nele se deu, ser anulado, devendo apenas tornar-se efectivo, relativamente a terceiros, o acto como realmente foi realizado. Temos, em matéria de contribuïção de registo, um exemplo da doutrina exposta.

Nos termos do artigo 99.° do regulamento de 23 de dezembro de 1899, são nulos os contratos simulados, celebrados em fraude das leis sôbre a contribuïção de registo, e, pelo § 1.° do mesmo artigo, a simulação de valor nos actos ou contratos, que operam transmissão, por título gratuito ou oneroso, de propriedade mobiliária ou imobiliária sujeita a contribuïção de registo, será punida com multa igual à quarta parte do valor dissimulado. Assim, se um indivíduo quer fazer uma doação a um estranho, pela qual terá de se pagar a contribuïção de registo de 16 % a 17,75 % conforme o valor da doação (decr. de 24 de maio de 1911, art. 2.°), e, para evitar o pagamento dessa taxa, faz, em vez de doação, um contrato simulado de compra e venda, por que se paga a taxa de 8 % (dec. cit., art. 1.°), provada a simulação, deve ser decretada a nulidade do acto (1). Se, porém, havendo realmente um contrato de venda, apenas se deu simulação no preço, não pode

[1 As taxas da contribuïção de registo em vigor são fixadas pela lei n.° 1668, de 9 de setembro de 1924, art. 4.°].

ser decretada a nulidade do acto, que subsiste entre as partes contratantes, devendo estas indemnizar a fazenda nacional do prejuízo que lhe causaram, e ficando sujeitas à pena imposta à sua fraude nos termos da respectiva legislação (1).

Quanto ao tempo em que pode ser proposta a acção de simulação, dispõe-se (art. 1031.°) que o pode ser *a todo o tempo*. Não está conseqüentemente sujeito à prescrição o direito de fazer declarar nulo um negócio jurídico simulado. Não sucede, porém, o mesmo em relação à prescrição dos bens que pelo negócio jurídico simulado se transmitiram e às obrigações que por êle se constituiram. Quando o adquirente fique na posse dêsses bens, ou os transmita para terceiro, constitue-se uma relação de facto, independente do negócio jurídico simulado, dando-se a prescrição em harmonia com as regras gerais. Assim, se o adquirente de bens em virtude dum negócio jurídico simulado estiver na posse dêsses bens durante trinta anos, esses bens não poderão ser reivindicados, se êle alegar a prescrição; quando o adquirente tenha transmitido esses bens para terceiro, se êste estiver de boa fé, tiver justo título e registar a transmissão, esses bens, apesar de se declarar nulo na acção de simulação o negócio jurídico por que o transmitente adquiriu os bens e ser conseqüentemente nula também a alienação que êle fez, não poderão ser reivindicados desde que haja decorrido o prazo de dez anos, quando o possuïdor alegue a prescrição (2).

Para certos efeitos, a acção de nulidade por simulação está sujeita a limitação de tempo. Assim, a acção de nulidade dos actos ou contratos sujeitos à contribuïção de registo, por simulação, prescreve pelo lapso de cinco anos, e pelo mesmo lapso de tempo prescreve o direito às multas que se devam aplicar (regul. de 23 de dezembro de 1899, artt. 112.° § 2.°, 122.°, 123.° e 124.°).

O direito à contribuïção devida prescreve pelo prazo de

(1) Veja-se o DR. ASSIS TEIXEIRA, *Legislação portuguesa sôbre contribuïção de registo*, págg. 201 a 203.

(2) Veja-se estas *Instituïções*, vol. 1.°, n.° 285.

vinte ou trinta anos (regul. cit., art. 121.º), havendo assim o direito de intentar a acção de simulação, mas só para o efeito do pagamento dessa contribuïção.

46. *Condições de anulação dos negócios jurídicos verdadeiros celebrados em prejuízo dos credores.* Quando os actos praticados pelo devedor são verdadeiros, para que os credores possam requerer a sua rescisão é necessário que, como nos simulados, tenham sido praticados em prejuízo deles. Existe, porém, diferença substancial entre as condições que se exigem para que os credores se considerem prejudicados e nos efeitos da acção rescisória, conforme se trata de actos simulados ou verdadeiros. Nem sempre se tem atendido devidamente a essa diferença, sendo que, quando existe por parte do credor o intuito fraudulento, o acto tanto pode, em alguns casos, ser impugnado pelos credores sendo simulado, como sendo verdadeiro, e que por vezes se cumulam as duas acções, que não devem considerar-se, em nossa opinião, incompatíveis (1). Assim, pode requerer-se a anulação dum acto simulado pelo qual foram defraudados os direitos dos credores, e articular-se nessa acção que, se o acto não fôr simulado mas verdadeiro, foi todavia realizado em prejuízo dos credores, e que deve portanto ser rescindido (2).

As condições que devem verificar-se para que os credores possam fazer rescindir um acto praticado em seu prejuízo são diversas, conforme se trata de actos celebrados a título oneroso ou a título gratuito. Há, porém, condições comuns, de que trataremos em primeiro lugar.

(1) Vejam-se os acs. da Relação de Lisboa de 15 de janeiro e de 5 de novembro de 1890 (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 4.º, pág. 689 e vol. 5.º, pág. 17).

(2) A acção pela qual os credores podem anular os actos do devedor por que sejam fraudulentamente lesados nos seus direitos, ou pelos quais se dê o locupletamente de terceiros a expensas deles, é chamada acção *revogatória* ou *pauliana*, do nome do pretor romano que primeiro a concedeu num edicto. Veja-se sôbre a acção revogatória no direito romano, regulada no Digesto liv. 42, tit. 8, GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, 3.ª ediç., págg. 420 e segg.

Para que o acto ou contrato verdadeiro, mas celebrado pelo devedor em prejuízo do seu credor, possa ser rescindido a requerimento dêste, é necessário que o crédito seja anterior ao dito acto e que dêle resulte a insolvência do devedor (art. 1033.º). Se o devedor já estiver insolvente quando o acto se realiza, isto é, se a êsse tempo a soma dos seus bens e créditos, estimados no seu justo valor, não igualar a soma das suas dívidas (art. 1036.º), mas pelo acto se agravar essa insolvência e portanto o prejuízo dos credores, estes poderão também requerer a rescisão do acto. A razão é a mesma. Se, posteriormente ao acto de que resultou a insolvência ou em virtude do qual esta foi agravada, deixar de existir o estado de insolvência, podendo o devedor pagar integralmente a todos os credores, estes não podem propor a acção de rescisão ou prosseguir na intentada (art. 1040.º), visto que deixam de ter interêsse nela.

Qualquer credor pode requerer a rescisão do acto praticado em seu prejuízo e, portanto, os credores comuns e os que tenham direito de preferência sôbre determinados bens; é necessário, porém, que o seu crédito seja sempre, como já dissemos, anterior ao acto cuja rescisão se pede. Esta restrição basea-se em que o prejuízo, que tenham os credores posteriores ao acto, não é uma conseqüência dêste, pois que, quando o crédito se estabeleceu, já os bens que haviam sido alienados não faziam parte do património do devedor e não constituiam portanto garantia do credor.

Necessário é, pois, para que possa requerer-se a rescisão dum acto praticado pelo devedor em prejuízo dos credores, que se atenda à data do crédito e à do acto, cuja anulação se pretende, sendo essa data a que constar de documento autêntico, e, relativamente aos documentos particulares, a que se acha determinada no artigo 2436.º, devendo, na falta de documento, em que a data esteja fixada de modo que produza efeitos relativamente a terceiros, recorrer-se a outros meios de prova. Quando a data dos documentos particulares se ache determinada, em relação a terceiros, por algum dos factos especificados no art. 2436.º, entendemos que o credor pode

provar que o crédito é anterior a essa data. Pelo art. 2436.º teve o legislador em vista evitar que, pela antedata de documentos particulares, fôssem prejudicados terceiros. Ora na rescisão dos actos praticados pelo devedor em prejuízo dos seus credores, estes podem provar que houve fraude por parte do devedor e dos terceiros com quem êle contratou, e, portanto, que estes sabiam da existência do crédito. Esta prova incumbe ao credor, e, se por ventura não fôsse admissível, o legislador protegeria a fraude, que pelo art. 2436.º quis evitar. Se a data do documento particular se acha fixada por algum dos factos especificados no art. 2436.º, e essa data é anterior à do acto cuja rescisão se pretende, o credor não terá de provar a anterioridade do seu crédito. Quando o documento particular se ache datado, ou não tenha data, e não se haja dado, antes de se propor a acção rescisória, nenhum dos factos a que se refere o art. 2436.º, o credor terá de provar que o crédito é anterior ao acto cuja rescisão pretende. A data, embora para o crédito se exija documento escrito, pode provar-se em tal caso por qualquer meio de prova (1).

Escusado será notar que, quando a rescisão do acto dependa de má fé por parte da pessoa com quem contratar o devedor, se ela provar que ignorava a existência do crédito, que, em relação a ela, não tenha data, não poderá rescindir-se o negócio jurídico.

Quanto à data dos actos praticados pelo devedor, torna-se necessário verificar se foram praticadas todas as formalidades necessárias para que produzissem efeitos em relação a terceiros, em cujo número entram os credores do devedor.

Quando se dê a cessão ou subrogação do crédito posteriormente ao acto que se pretenda anular, o cessionário e o subrogado têem os mesmos direitos que o originário credor, pois que por esses actos apenas se dá a substituïção do credor, ficando o cessionário ou subrogado com os mesmos direitos que êle.

Para que os credores possam requerer a revogação dum acto praticado pelo devedor em prejuízo deles, não é necessário que os seus créditos sejam exigíveis. A lei não estabelece a êsse respeito distinção alguma, nem a devia estabelecer, visto que tanto pode ser prejudicado pelo devedor o credor cujo crédito seja exigível, como aquele cujo crédito o não seja.

(1) Confr. a *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 21, pág 417.

Para que a acção de rescisão seja julgada procedente, torna-se necessário que o credor prove a insolvência do devedor, e, verificada judicialmente essa insolvência, todos os créditos, como já vimos, se tornam exigíveis.

Quanto à prova da insolvência preceitua-se (art. 1043.º) que, se a parte que alega a insolvência do devedor provar a quanto montam as dívidas dêste, ao mesmo devedor incumbe a prova de que tem bens de igual ou de maior valor. O ónus da prova recai portanto em parte sôbre o credor, e em parte sôbre o devedor, atendendo o legislador à dificuldade que teria o credor de determinar quais os bens que estavam no património do devedor.

O estado de insolvência pode verificar-se judicialmente em concurso de credores (cód. de proc. civil, art. 933.º). Quando o estado de insolvência se tenha assim verificado judicialmente desnecessário se torna provar o estado de insolvência pelos meios indicados no art. 1043.º.

Nos termos do art. 256.º do código de processo comercial, a determinação da data da falência estabelece presunção legal de insolvência contra terceiros alheios ao processo, e faz prova plena dêsse facto contra os credores que a êle tiverem concorrido.

Estudadas as condições que em geral se exigem para a rescisão dos actos praticados em prejuízo dos credores, vejamos agora quais as que se exigem em especial para os actos a título oneroso.

Preceitua o código que, sendo o acto oneroso, só pode ser rescindido havendo má fé, tanto da parte do devedor como da outra parte (art. 1034.º), e diz que a má fé consiste, em tal caso, no conhecimento da insolvência do devedor (art. 1036.º).

Fixemos a nossa atenção neste requisito.

Cumpre-nos assentar em primeiro lugar a doutrina, que é incontestavel, de que o devedor não fica inibido, pelo facto

de estar insolvente, de dispor dos seus bens e de realizar quaisquer actos de administração, salvas as disposições de direito comercial, pelo que respeita ao falido, de que não nos cumpre tratar. O que o devedor não póde é efeituar, sem que os credores tenham o direito de os rescindir, quaisquer actos por que eles sejam prejudicados.

Bastará, porém, o facto de o devedor saber que está insolvente, e de haver prejuízo para os credores em virtude do acto que realizou, para que êste seja rescindível?

Exemplifiquemos: Pedro sabia que estava insolvente e, julgando que fazia uma operação vantajosa vendendo um prédio por menos do que o seu valor para comprar títulos de crédito, em que esperava uma grande alta na cotação, vendeu êsse prédio. O comprador tinha conhecimento da insolvência do devedor e de qual era o seu fim ao vender a propriedade. Haverá, neste caso, motivo para a rescisão do contrato?

Dizendo o código que a má fé consiste no conhecimento do estado de insolvência, e dando aos credores o direito de fazerem rescindir o contrato desde que sejam prejudicados, parece que deve responder-se afirmativamente.

Não se nos afigura, porém, que devam ser assim interpretados os artigos 1034.° e 1036.°. Não basta que o devedor e o terceiro com quem êle contrata tenham conhecimento do estado de insolvência; é necessário que tenham a consciência de que com êsse acto vão prejudicar os credores, quer em benefício do próprio devedor, quer de terceiros, ou, por outras palavras, que o prejuízo causado aos credores seja fraudulento.

Pode o vendedor não ter como fim directo e imediato o prejuízo dos credores, ou ùnicamente a intenção de lhes causar um dano, mas a de locupletar um terceiro ou ainda a de gastar improdutivamente o preço da venda em prejuízo dos seus credores. Em qualquer dêstes casos, o acto é rescindível, porque há a consciência do prejuízo causado aos credores, e é nessa consciência que consiste a má fé.

Parece-nos que é esta a doutrina verdadeira em face dos artigos citados, em que o legislador, definindo o que era má

fé, talvez tivesse em vista evitar que no fôro se levantassem dúvidas sôbre se, para que ela exista, basta a consciência do prejuízo causado aos credores, ou é necessária a intenção directa de lhes causar prejuízo. Admitida esta doutrina, não poderia, por exemplo, considerar-se como acto fraudulento em prejuízo dos credores aquele por que o devedor tivesse em vista, não o prejuízo deles, mas beneficiar um terceiro, ou aumentar as suas comodidades.

Raras vezes sucederá que o devedor realize actos por que prejudique os credores, só em ódio a estes, e o fundamento da acção rescisória evidencia-nos que os credores devem ter o direito não só de impugnar esses actos, mas todos aqueles que o devedor realize em seu prejuízo, desde que tenha a consciência de que êste se dá.

A lei exige que, sendo o acto oneroso, haja a má fé tanto da parte do devedor como do terceiro com quem êle contrata. É fácil justificar esta disposição.

Nos actos a título oneroso, o fundamento da acção rescisória está no prejuízo causado aos credores; mas como os efeitos dessa acção não respeitam ao devedor, mas a terceiros, que pelo contrato adquiriram direito aos bens, a rescisão do contrato, que constituiria um prejuízo para eles, seria ao mesmo tempo uma grave injustiça, se da parte dos adquirentes não houvesse má fé.

Pelo acto verdadeiro que praticaram, os terceiros que de boa fé contrataram com o devedor, não ofenderam os direitos dos credores: *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

Os credores do devedor são vítimas da confiança que neste depositaram, e não dos actos praticados por terceiros. De justiça é portanto que estes actos produzam os seus devidos efeitos.

A prova de má fé incumbe ao credor, e, como se trata dum acto interno, essa prova basear-se há principalmente em presunções. No art. 256.° § 1.° do código de processo comercial preceitua-se, porém, que os pagamentos em fazendas ou de créditos não vencidos, a constituïção de penhôres ou hipote-

cas, e quaisquer outros actos prejudiciais aos credores, realizados pelo falido nos quarenta dias anteriores à data da sentença declaratória da falência, presumem-se praticados de má fé pelos interessados que neles intervierem.

Nos actos a título gratuito não se exige para a rescisão a má fé tanto da parte do devedor como de terceiros (art. 1035.°), porque, sendo princípio geral de direito que, quem exercendo o próprio direito, procura interêsses, deve, em colisão e na falta de providência especial,. ceder a quem pretende evitar prejuízos (art. 14.°), os direitos de terceiro, para quem gratuitamente foram transferidos os bens, e que se locupletaria à custa dos credores, devem ceder perante os dêstes.

Se o originário adquirente dos bens os transmitir a um terceiro por título gratuito ou oneroso, em que condições pode ser intentada contra êste a acção rescisória?

A resposta está formulada no artigo 1037.°, que vamos analisar.

É condição fundamental para que a acção rescisória possa ser intentada contra os sucessores mediatos, que o pudesse ser contra os originários. Se não podia ser proposta contra êstes, escusado é indagar se da parte dos sucessores mediatos houve má fé, ou se a transmissão dos bens para eles se efeituou a título gratuito ou oneroso, pois que em nenhum dêsses casos são responsáveis para com os credores do originário transmitente, que nenhuns direitos tinham relativamente ao adquirente imediato.

Quando o adquirente originário seja responsável para com os credores do transmitente, se a transmissão se verifica a título universal, os herdeiros do adquirente ficam responsáveis para com os credores, nas mesmas condições que o autor da herança; se a transmissão se verifica a título singular, é necessário que nos sucessores mediatos se verifiquem pessoalmente as condições que se exigem no adquirente originário, para que contra êles possa ser intentada a acção rescisória, isto é, que estejam de má fé, se a adquisição se realizar a título oneroso, sendo indiferente a boa ou má fé, se se verificar a título gratuito.

É esta doutrina a que está sancionada no código, e que julgamos completamente aceitável.

Se o originário adquirente comprou bens ao devedor, desconhecendo que êste se achava insolvente, ou, se conhecia o seu estado, na previsão de que êste, pelo acto que ia realizar, tinha em vista melhorar as suas condições económicas, e se, em vez disso, o transmitente prejudicou os seus credores dissipando o preço da venda, não podem estes intentar a acção rescisória contra o adquirente, em cujo património os bens entraram definitivamente. Não a podendo propor contra o originário adquirente, também a não podem intentar contra qualquer adquirente mediato, embora êste tenha conhecimento de que o originário transmitente procedeu de má fé, porque, sendo irrevogável a primeira transmissão, os bens não podem voltar ao património do devedor.

Se, porém, o originário adquirente estava de má fé; se sabia que o devedor alienava os bens para dissipar o preço e se tornaria assim insolvente, ou agravaria o seu estado de insolvência, êsse obstáculo ao exercício da acção rescisória desaparece, e, se o segundo adquirente por título oneroso conhecia as condições em que foram transmitidos os bens, e portanto que o acto realizado pelo devedor podia ser rescindido a requerimento dos credores, justo é que fique também responsável para com êles. Sancionar doutrina contrária, seria permitir que os direitos dos credores fôssem impunemente defraudados.

Quando a adquisição se tenha realizado por título gratuito, também se não devia permitir que o sucessor mediato se locupletasse à custa dos credores.

47. *Actos que podem ser rescindidos pelos credores.* Preceitua o código (artt. 1038.°, 1039.° e 1042.°): que a rescisão pode dar-se tanto nos casos em que o devedor aliena os bens que efectivamente possue, como naqueles em que renuncia a direitos que lhe advieram e que não sejam meramente pessoais; que pode igualmente rescindir-se o paga-

mento feito pelo devedor insolvente antes do prazo do vencimento da obrigação; que da fraude, que consiste ùnicamente na preferência indevida, obtida por algum credor, resulta só a perda dessa vantagem.

Em face destas disposições, vê-se que, em geral, podem ser rescindidos a requerimento dos credores quaisquer actos praticados pelo devedor, desde que dêsses actos resulte uma diminuïção no património do devedor em prejuízo dos seus credores, e compreendem-se portanto nos limites da acção rescisória dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros as alienações de bens ou cessões de créditos, as obrigações constituídas pelo devedor, as renúncias que êste faça a quaisquer garantias que tenha contra os seus devedores, como a hipoteca ou a fiança, as renúncias a quaisquer direitos, ou o seu abandono voluntário, como a renúncia à prescrição e a uma herança ou legado, o pagamento de dívidas que não estejam vencidas, as preferências concedidas a certos credores.

Para que estes actos sejam rescindidos pelos credores, o que se torna necessário é que lhes tenham causado prejuízo, e, como já sabemos, êste consiste em haver resultado dêsses actos a insolvência do devedor, ou em esta se ter agravado. É assim que, se em resultado do acto praticado pelo devedor êste não pode solver integralmente os seus créditos, ou se, em virtude dêsse acto, a percentagem que pertence aos credores tem de ser reduzida, pode, verificando-se as condições já por nós referidas, ser intentada pelos credores a acção revogatória.

O devedor pode, apesar de se achar insolvente, pagar as suas dívidas. O que êle não pode é pagar, com prejuízo dos outros credores, essas dívidas emquanto não estiverem vencidas, ou garantir, concedendo preferências pela consignação de rendimentos, por penhor ou por hipoteca, o seu pagamento.

Assim, se o devedor, achando-se insolvente, pagar uma dívida que ainda não era exigível, como, a êsse tempo, já lhe não era possível pagar integralmente a todos os credores, estes ficam prejudicados por êsse acto, e podem requerer a sua rescisão; e se, nas mesmas condições, houver constituido

uma hipoteca para garantia dum crédito comum, os credores podem requerer o cancelamento dessa hipoteca. No primeiro caso, os credores ficam prejudicados pelo que o credor, cujo crédito foi pago, recebeu a mais do que o que lhe pertenceria pelo rateio entre os credores; no segundo, dar-se-ia o mesmo prejuízo, se a hipoteca subsistisse, pelo que o credor hipotecário recebesse, além da quota que lhe pertencia no rateio, em virtude do seu direito de preferência sôbre o produto dos bens hipotecados.

Quanto às dívidas que já estão vencidas, o seu pagamento integral é considerado irrevogável, embora dêle resulte prejuízo para os outros credores.

A doutrina que a êste respeito está sancionada no nosso código é universalmente aceita, embora não haja acôrdo entre os jurisconsultos quanto ao seu fundamento.

Uns afirmam que não pode conceber-se fraude em receber um crédito e cumprir uma obrigação; outros baseam-se em que do pagamento duma dívida vencida não resulta diminuïção do património: *bona non intelliguntur, nisi deducto æere alieno;* outros fundam-se em que não pode ser inibido um credor de exercer o seu direito para garantia dos direitos dos outros credores.

As novas dívidas que o devedor contraia, estando insolvente, ficam sujeitas a rescisão, se da parte dos credores houver má fé, isto é, se estes tinham conhecimento de que o devedor ficava insolvente e de que eram, por êsse facto, prejudicados os outros credores.

Na renúncia do credor a quaisquer direitos, como a uma herança ou legado, visto que dessa renúncia não deriva, por modo imediato e directo, a adquisição de direitos em favor de uma terceira pessoa, pois que a renúncia não é um acto translativo de direitos, mas apenas a perda voluntária dum direito, basta que os credores aleguem e provem o prejuízo, para que a renúncia deva considerar-se sem efeito ou seja revogada, não se tornando necessário alegar e provar que houve fraude, sendo a renúncia, como é, um negócio jurídico gratuito.

A renúncia, para que possa ser revogada pelos credores, deve respeitar a um direito já adquirido pelo devedor. É assim que a renúncia à prescrição pode ser anulada pelos credores, quando o devedor haja renunciado ao direito adquirido por meio dela (art. 509.°); a renúncia a uma herança ou legado pode anular-se pelos credores (art. 2040.°), porque a transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se desde o momento da morte do autor dela (art. 2011.°).

Quando o devedor, pelo facto que pratica e em virtude do qual prejudica os credores, não renuncia a um direito adquirido, mas apenas obsta a que seja aumentado o seu património, êsse facto não pode ser revogado pelos credores. Assim, se o devedor reconhece o direito do credor antes de haver decorrido o prazo da prescrição, ou não quer aceitar uma doação que lhe seja feita, os devedores não podem anular as conseqüências que derivam dêsses factos.

A acção revogatória pressupõe um acto praticado pelo devedor em virtude do qual houve uma diminuïção no seu património, não sendo susceptível de impugnação a inacção do devedor, embora desta resulte a não adquisição de bens, que ficariam sendo uma garantia dos credores. Era esta já a doutrina do direito romano: *pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* (*D.* 42, 8, 6 pr.).

No artigo 1038.° estabelece-se uma restrição à acção revogatória, declarando-se que esta não tem lugar, quando os direitos que advieram ao devedor sejam *exclusivamente* pessoais.

Para determinar o que sejam estes direitos, cumpre ter em consideração, em primeiro lugar, que a rescisão dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros respeita apenas a direitos de carácter patrimonial. Não podem, portanto, os credores opor-se a qualquer acto do devedor em virtude do qual se dê a perda dum direito que não faça parte do seu património, embora dêsse acto resulte, como conseqüência, a perda dum direito patrimonial. Assim, um pai, pode emancipar um filho, e perde pela emancipação não só o poder paternal, mas também o usofruto dos bens do filho, o qual lhe pertencia até à maioridade dêste. Ora, apesar de a perda do usofruto poder representar um prejuízo para os credores, estes não podem opor-se à emancipação, porque sendo o pátrio poder de carácter exclusivamente pessoal, não podem os credores anular qualquer acto que os pais pratiquem no exercício dêsse poder, nem as conseqüências que legalmente derivam dêsse acto.

A renúncia a direitos patrimoniais que não sejam susceptíveis de transmissão nem de penhora também não pode ser anulada pelos credores, visto que esses direitos não constituem garantia dos devedores. Assim, tendo carácter pessoal o direito de uso e de habitação, não podem opor-se os credores a que o devedor renuncie a êsse direito, como não podem opor-se à mesma renúncia no caso de alimentos devidos por direito de sangue ou de apanágio, pois esses direitos não são susceptíveis de penhora (cód. de proc. civ., art. 815.° n.°s 9.° e 10.°).

Há direitos que são inerentes à pessoa do devedor de fórma que, embora tenham carácter patrimonial, não podem ser anulados pelos credores os actos que a eles respeitem. Assim, como a revogação duma doação por ingratidão só pode ser pedida pelo devedor (art. 1491.°), se êste propuser a acção e, depois dela proposta, desistir, os credores não poderão rescindir a desistência.

48. *Efeitos da acção revogatória.* A determinação dos efeitos da acção revogatória suscita graves dificuldades em face do nosso código.

Em harmonia com os princípios nele consignados, o acto praticado pelo devedor só é rescindível pelos credores em virtude do prejuízo que a estes causou. Esses actos não são, portanto, absolutamente nulos, produzindo todos os seus efeitos emquanto se não der a rescisão, e a própria acção de rescisão não prossegue, logo que o devedor satisfaça a dívida ou adquira bens com que possa desempenhar-se (art. 1040.°),

ou o adquirente demandado satisfaça a importância da mesma dívida (art. 1041.º).

E, fundando-se a acção de rescisão no prejuízo que os adquirentes causaram aos credores do devedor, ou em virtude dum acto fraudulento, ou por se haverem locupletado à custa dos mesmos credores, e tendo portanto a obrigação em que se constituiram, por êsse modo, para com os credores do devedor por objecto a indemnização dum dano, logo que êste cesse, a acção não devia prosseguir. As disposições citadas representam, portanto, uma conseqüência lógica da natureza da acção rescisória dos actos praticados em prejuízo dos credores, cumprindo-nos notar que, pelo facto de o terceiro que foi demandado pagar a dívida ao credor que propôs a acção de rescisão, não fica isento de que outro credor intente contra êle nova acção para idêntico fim, se o seu crédito fôr anterior ao acto cuja rescisão é requerida.

Em face das disposições referidas, parece que só ao credor demandante aproveitam os efeitos da acção rescisória, devendo portanto atender-se nesta à importância do crédito do demandante para, pelo prejuízo que lhe foi causado, se determinar, até ao máximo do prejuízo que foi causado no património do devedor, a restituïção que deve ser feita pelo terceiro demandado.

No artigo 1044.º preceitua-se, porém, que, rescindido o acto ou contrato, revertem os valores alienados ao cúmulo dos bens do devedor, em benefício dos seus credores.

Desprendendo-nos por ora da redacção dêste artigo, que talvez seja pouco rigorosa, vejamos como poderá combinar-se esta disposição com as que atribuem ao devedor e ao terceiro demandado o direito de fazerem cessar a acção, pagando ao credor.

Pelo artigo 1044.º, parece que o autor do código se colocou ao lado dos jurisconsultos que afirmam que o benefício resultante para o património do devedor da acção rescisória proposta por um dos credores deve aproveitar a todos, tanto aos anteriores ao acto que se rescindiu, como aos posteriores.

Sendo assim, os próprios credores que não podiam propor

a acção rescisória lucrarão com ela, em prejuízo dos credores que a propuseram, sempre que, em virtude da insolvência do devedor, os credores não possam ser integralmente pagos.

Basta esta consideração, para se ver que tal doutrina não é aceitável. Parece, porém, que é a sancionada no código, pois que, revertendo ao cúmulo dos bens do devedor, em benefício dos seus credores, o que tiver de ser restituido em virtude da acção rescisória, e não fazendo a lei distinção pelo que respeita aos credores, nem havendo preferências que não sejam estabelecidas expressamente na mesma lei, é conclusão lógica que a acção rescisória tanto aproveita ao credor que a propôs, como a qualquer dos outros credores.

Cessando, porém, a acção rescisória logo que o credor demandante seja pago, não podendo assim êste credor considerar-se representante legal dos outros credores, dos quais também não é mandatário, parece que os efeitos da acção rescisória só a êle deviam aproveitar, e que o terceiro demandado deveria ser condenado até á importância do crédito do demandante.

Assim, se fôr proposta a acção de rescisão dum contrato de compra e venda duma propriedade do valor de dez contos, e o crédito pertencente ao demandante fôr de um conto, parece que, se êste obtiver sentença favorável, deverá ter direito a receber o conto de réis, ficando o demandado com o valor restante, sujeito embora a que outros credores proponham de novo contra êle a acção rescisória.

É esta a doutrina que, não havendo no direito civil um instituto, para o caso da insolvência do devedor, por que todos os credores tenham uma representação comum, como sucede na falência, que apenas existe por-ora para os comerciantes, se nos afigurava mais razoável.

Em face do código, porém, e a-pesar-de nos parecer que há incoerência nas disposições que temos referido, na hipótese por nós formulada a propriedade que foi alienada terá de reverter ao património do devedor, contra o qual o demandante terá de proceder para haver a importância do seu crédito.

Determinados os efeitos da acção rescisória pelo que respeita aos credores do devedor, vejamos quais são relativamente ao terceiro demandado.

Preceitua o código (art. 1044.°) que, rescindido o acto ou contrato, revertem *os valores alienados* ao cúmulo dos bens do devedor. Notámos já que esta fórmula, por que parece haver-se pretendido determinar os efeitos da acção rescisória relativamente aos adquirentes, é pouco rigorosa, pois que o devedor não pode prejudicar os credores só por meio de alienações de bens, mas contraindo novas dívidas, renunciando a direitos, pagando antecipadamente algumas dívidas e dando indevidas preferências aos credores.

Necessário se torna, pois, determinar, em qualquer dêstes casos, quais são os efeitos da acção rescisória.

Pelo que respeita à preferência indevida, diz a lei expressamente qual o resultado da acção revogatória: a perda da vantagem que dessa preferência resulta (art. 1042.°).

Relativamente aos outros casos, é necessário ter em vista que o fundamento da acção rescisória é o prejuízo causado aos credores do devedor. A rescisão nunca deve, pois, ir além dêsse prejuízo. Por outro lado, a obrigação que impende sôbre os adquirentes de indemnizarem êsse prejuízo, ou seja em virtude de um acto a título oneroso ou gratuito, em que estejam de má fé, ou seja em virtude dum acto a título gratuito, em que estejam de boa fé, não vai, no primeiro caso, além do dano que pelo facto ilícito causaram, e, no segundo, além daquilo com que se locupletaram.

Precisadas assim as normas fundamentais reguladoras da acção rescisória, pelo que respeita aos seus efeitos quanto aos adquirentes, vejamos como devem aplicar-se.

Referir-nos hemos em primeiro lugar ao adquirente a título oneroso.

Se o acto por êste realizado tinha por objecto uma cousa certa e determinada, e esta está no património do adquirente, é a própria cousa que êste tem de restituir; se a cousa já não estiver no seu património, deverá restituir o preço por

que a houver adquirido, ou o seu valor, se o preço fôr inferior a êste.

Se o acto não tinha por objecto uma cousa certa, mas um determinado género ou quantidade, deverá restituir o mesmo género ou quantidade que recebeu.

Quando o acto por que os credores do devedor foram lesados seja a renúncia dum direito, por exemplo, o perdão duma dívida, o efeito da acção rescisória consistirá em fazer renascer a dívida, como se não houvesse sido perdoada. Se êsse prejuízo resulta do pagamento duma dívida que ainda não estava vencida, parece que o credor, a quem se fez o pagamento, só deveria restituir o benefício que para êle resultou do pagamento antecipado. O código preceitua, porém, que o pagamento será rescindido, e parece-nos que o credor tem portanto de restituir toda a importância que recebeu, pela qual continua a ser considerado credor.

Se o prejuízo causado resulta de se haver constituido algum ónus sôbre os bens do devedor, como uma servidão, o efeito da sentença de rescisão será a extinção dêsse ónus. Se êsse prejuízo deriva de se haverem contraido novas dívidas ou de se haverem constituido garantias especiais em virtude das quais um credor fica tendo o direito de preferência, o efeito da acção rescisória consistirá na anulação das dívidas ou das garantias.

Relativamente aos actos a título oneroso, pode suscitar-se a seguinte questão: o terceiro, que tem de restituir o que adquiriu pelo acto revogado, terá o direito de exigir que lhe seja entregue o que o devedor dêle recebeu?

Assim, se foi comprada uma propriedade que valia dez contos de réis por oito contos, o adquirente, rescindido que seja o contrato, poderá exigir que lhe sejam entregues os oito contos, ou ficará com a propriedade e só terá que entregar dois contos de réis, visto ser êsse o prejuízo causado aos credores?

É necessário a êste respeito ter em vista que a má fé do adquirente não consiste em êle haver comprado por menos do que o valor real da propriedade, mas em saber que o devedor estava insolvente, ou que o ficava sendo pelo contrato que realizou, e que eram prejudicados os credores. Se,

por exemplo, êle sabia que o vendedor pretendia dissipar o preço da venda ou subtraí-lo aos credores, não prejudicou estes só no valor dos dois contos, mas na importância em que realmente haja sido desfalcado o património do devedor. E êsse desfalque pode ser o do valor total da propriedade, se no património do devedor já se não encontrar o preço que êste recebeu.

Neste caso, entendemos que o adquirente nada pode exigir.

Se, porém, o preço se encontrar no património do devedor, parece-nos que o adquirente pode exigir a restituïção dêle. Desde que a propriedade reverte ao cúmulo dos bens do devedor, seriam os credores, se se seguisse doutrina contrária, que se locupletariam à custa do adquirente. Ora êste só tem obrigação de os indemnizar do prejuízo que lhes causou.

Quanto ao adquirente a título gratuito, parece-nos que, se para a acção rescisória ser julgada procedente não é necessário distinguir entre o adquirente de boa e de má fé, já o mesmo não sucede pelo que respeita aos efeitos que resultam da rescisão.

O adquirente a título oneroso não pode deixar de ser, quando o acto seja rescindido pelo prejuízo causado a terceiros, considerado como um possuïdor de má fé, e portanto é responsável não só pela restituïção dos objectos alienados, mas fica responsável também por perdas e danos, excepto provando que não procederam de culpa ou negligência sua, e responde até por perdas e danos acidentais, provando-se que estes se não teriam dado, se a cousa estivesse na posse do devedor, assim como tem de restituir os frutos que a cousa produziu ou podia produzir durante a detenção (artt. 496.º e 497.º).

Confrontando o artigo 1044.º com o artigo 1032.º, parece que o legislador não admitiu a indemnização de perdas e danos no caso de rescisão dos actos verdadeiros celebrados em prejuízo de terceiro, pois que apenas se refere no primeiro artigo aos valores alienados. E desta opinião parece ser o conceituado comentador do código civil, na doutrina com que anota o artigo 1032.º. Afigura-se-nos, porém, que

a fórmula usada pelo legislador de modo algum exclue a aplicação dos princípios gerais, e que portanto se deve distinguir entre o adquirente de boa e de má fé para determinar os efeitos que, relativamente a êle, derivam da acção rescisória.

Mais nos convenceremos desta doutrina, se aplicarmos o artigo 1044.º ao adquirente a título gratuito.

Como sabemos, para que êste fique sujeito à rescisão, não é necessário que esteja de má fé, sendo que só se atende ao facto de êle se haver locupletado à custa dos credores.

O fundamento da acção rescisória contra o adquirente por título gratuito, que esteja de boa fé, evidencia-nos que êle nem sempre pode ser obrigado a restituir ao cúmulo dos bens do devedor todos os valores alienados, tendo apenas de restituir aqueles com que se haja locupletado : *quatenus locupletior factus est.*

Da parte do credor, o dano causado é, tanto neste caso, como no de o adquirente estar de má fé, o critério por que se determina o máximo de efeitos da acção revogatória. Quanto ao adquirente de boa fé, porém, é necessário ter em consideração que êle está adstrito à indemnização do dano causado, não em virtude dum facto ilícito, mas por se haver locupletado à custa dos credores, e que portanto sòmente deve ser obrigado a restituir os bens que recebeu do devedor, ou os subrogados no lugar deles, isto é, os que efectivamente se encontrem no seu património, ao tempo em que é proposta a acção rescisória. Quando êle, portanto, haja perdido, antes de ser proposta a acção rescisória, os bens que lhe haviam sido doados pelo devedor, ou esses bens tenham sofrido deteriorações, não é responsável pelo seu valor ou pela indemnização correspondente às deteriorações, não tendo dado causa a estas ou à perda (art. 494.º), e faz seus os frutos ou lucros que a cousa haja produzido, durante o tempo em que a deteve de boa fé (art. 495.º).

Pelo que respeita aos adquirentes mediatos, os que o sejam a título universal, ficam, embora estejam de boa fé, sujeitos à mesma responsabilidade que o adquirente imediato, pois que a obrigação de indemnizar as perdas e danos em virtude dum facto ilícito transmite-se com a herança, salvo nos casos

em que a lei expressamente determinar o contrário (art. 2366.º). Quanto aos que o sejam por outro título, a acção rescisória dá-se nos mesmos termos que para os adquirentes originários.

49. *Prazo dentro do qual pode ser proposta a acção rescisória.* Preceitua-se (art. 1045.º) que a acção de rescisão dos actos e contratos verdadeiros celebrados em prejuízo dos credores prescreve não sendo intentada dentro dum ano, contado desde o dia em que a insolvência do devedor haja sido judicialmente verificada.

Infere-se desta disposição que a acção rescisória dos negócios jurídicos verdadeiros celebrados em prejuízo dos credores pode ser proposta a todo o tempo, emquanto a insolvência não haja sido judicialmente verificada, e esta doutrina acha-se expressamente sancionada no cód. de proc. comercial, em que se declara (art. 256.º § 2.º) que são rescindíveis os actos e contratos celebrados pelo falido em qualquer época com detrimento dos credores, nos casos dos artigos 1030.º e seguintes do código civil.

O facto, porém, de se poder propor a acção não significa que possam ser reivindicados os bens que hajam sido alienados pelo devedor, ou que possa tornar-se efectiva contra os adquirentes a responsabilidade em que incorreram pelo facto de haverem contratado com o devedor em prejuízo dos credores. Em relação à adquisição dos bens e à obrigação em que se constituem as pessoas que contratem com o devedor, têm de aplicar-se as normas relativas à prescrição positiva e negativa. É assim que, decorrido o prazo de trinta anos desde que se haja realizado o negócio jurídico, já não poderá tornar-se efectiva a responsabilidade que por êle se assumiu, e o direito aos bens alienados pelo devedor pode adquirir-se pela prescrição num prazo mais curto.

Embora, pois, possa ser rescindido o acto ou contrato celebrado pelo devedor em prejuízo dos credores, os efeitos que dessa rescisão deviam resultar podem anular-se desde que possa ser alegada a prescrição, a qual não tem por fundamento o negócio jurídico celebrado pelo devedor e cuja nulidade se declarou.

A verificação judicial da insolvência dá-se, no processo de falência, pela sentença de verificação de créditos, sendo o prazo dum ano contado desde que essa sentença passe em julgado (cód. de proc. comercial, art. 257.º). Quando não haja processo de falência, a verificação judicial da insolvência pode dar-se, já em acção intentada para a própria rescisão dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiro, já em processo executivo, quando os bens do devedor não sejam suficientes para o pagamento das suas dívidas, caso em que deve haver concurso de credores (cód. de processo civil, art. 933.º).

Em qualquer dêstes casos, a acção de rescisão dos actos verdadeiros tem de ser proposta dentro do prazo dum ano, tendo o legislador em vista tornar fixas as relações que se constituiram por negócios jurídicos, que, embora celebrados em prejuízo dos credores, são verdadeiros e só por estes podem ser rescindidos. No art. 1045.º não se trata duma questão de prescrição, mas dum têrmo fixado ao exercício dum direito de acção, pela qual podem invalidar-se as conseqüências dum negócio jurídico.

Sendo assim, o prazo estabelecido para o exercício da acção revogatória só devia aplicar-se aos negócios jurídicos verdadeiros. E é esta indubitàvelmente a doutrina sancionada no código civil, no qual se preceitua que a nulidade dos negócios jurídicos simulados pode ser requerida a todo o tempo pelos interessados (art. 1031.º), sendo indiferente quanto à declaração da nulidade dêsses negócios jurídicos que haja sido ou não verificada judicialmente a insolvência do devedor.

No código de processo comercial preceitua-se (art. 257.º), porém, que a acção rescisória, a qual pertence ao administrador e a qualquer credor verificado, prescreve por um ano, sem se fazer distinção entre actos verdadeiros e actos simulados, e referindo-se tanto a uns como a outros o § 2.º do art. 256.º. Em face destas disposições parece que, ao contrário do que se dispõe no código civil, se não pode propor a acção de simulação dum negócio jurídico celebrado em prejuízo dos credores, nos casos em que se deva aplicar o código

de processo comercial, desde que haja decorrido o prazo dum ano depois de passar em julgado a sentença de verificação de créditos. E assim se tem opinado na nossa jurisprudência (1)

Contra esta doutrina, que é completamente injustificável, pois que pode representar um meio de garantir a eficácia de negócios jurídicos que, em virtude da própria intenção das partes ou de disposição da lei, nenhuns efeitos devem produzir, pode dizer-se que o autor do código das falências não teve em vista revogar, no que respeita aos negócios mercantis, a disposição consignada no art. 1031.°, nem a do art 1045 °, fixando apenas a data em que começava a contar-se o prazo estabelecido neste artigo.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 42, pag 539 e DR. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Codigo de falências anotado*, pag. 247.

CAPÍTULO IV

DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ 10 — *Conceito de sucessão nas obrigações.*

SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg. 64-76; GIORGI, *Obbligazioni*, vol 6, n os 44-50, BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, § 66, DERNBURG, *Obbligazioni*, § 47, WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 328 e 329, BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, § 2, COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, no *Archivio giuridico*, vol 56, pagg 287 e segg e vol. 57, pagg 89 e segg, 334 e segg, PLANIOL, *Traite elementaire*, tomo 2 °, n os 389-398

50. *Princípio relativo à sucessão nas obrigações por morte e entre vivos* No art 703 ° declara-se que os direitos e obrigações, resultantes dos contratos, podem ser transmitidos entre vivos, ou por morte, salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoais, por sua natureza, por efeito do contrato, ou por disposição da lei. Êste princípio é comum a todas as obrigações, qualquer que seja a sua fonte.

Tendo as obrigações carácter pecuniário, constituindo uma parte importante do património, a regra é que elas se transmitem, por morte, com a herança, e que podem transferir-se, entre vivos, para outras pessoas por título singular. Não se verifica, porém, com a mesma amplitude a sucessão nas obrigações por título universal e por título singular.

Por título universal transmite-se a obrigação tanto pelo lado activo como pelo lado passivo, isto é, o crédito e a dívida, significando essa transmissão que aos sujeitos da obrigação se substituiram outros quanto ao direito de exigir a prestação ou à necessidade de a efeituar As obrigações que não tenham carácter pessoal passam para os herdeiros,

em virtude da sucessão dêstes ao autor da herança nas suas relações jurídico-patrimoniais. Por título singular, a sucessão duma pessoa a outra no vínculo obrigatório só pode dar-se em relação ao crédito A substituição por título singular duma pessoa a outra na dívida não pode dar-se sem que se extinga o vínculo obrigatório

É esta a doutrina que está sancionada no nosso código civil, e que se inspira no conceito de que o crédito, sendo uma pretensão a uma prestação com valor económico, pode considerar-se independente do seu titular quanto à utilidade que representa, podendo esta transferir-se consequentemente para outra pessoa, entrar na circulação de valores, sem que se altere a situação do devedor, que fica sempre adstrito à mesma pretensão A sucessão duma pessoa a outra na dívida por título particular não se tem admitido, pela relação que existe entre a prestação e a pessoa que tem de a efeituar A substituição dum devedor por outro só pode realizar-se pela novação, pela qual se extingue a eficacia jurídica do título constitutivo da primitiva obrigação

A verdade, porém, é que a novação pela substituiçao do devedor pode fazer-se subsistindo os acessórios da obrigação, que o credor pode, em certos casos, ser autorizado a fazer prestar por outrem o facto a que se obrigou o devedor, e que a prestação, em princípio, tanto pode ser efeituada pelo devedor como por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada nela

Sendo assim, a obrigação deixou de se considerar como sendo uma necessidade jurídica que respeite pessoalmente a uma pessoa determinada, para se considerar uma relação tendente a um determinado fim. E deve poder, consequentemente, substituir-se o devedor, sem que essa substituição importe a extinção da obrigação, do mesmo modo que a não importa a substituição do credor.

Pelas relações que existem entre a obrigação e o património do devedor, é óbvio que a substituição dêste não poderá verificar-se sem o consentimento do credor; mas o vínculo obrigatório é que pode, pelo que respeita ao seu conteúdo, subsistir o mesmo, a-pesar-da mudança na pessoa do devedor.

É o conteúdo que constitue essencialmente a obrigação, podendo ser indiferente, para o devedor, a pessoa a quem ela aproveitará, e, para o credor, a pessoa que tenha de a cumprir, devendo consqüentemente admitir-se, desde que o credor o consinta, a substituição do devedor, sem que essa substituição extinga o vínculo obrigatório preexistente, que pode, em virtude da mesma causa jurídica, continuar a subsistir com os seus acessórios

Chega-se assim, pela ampliação do conceito da cessão de créditos, à idea duma transmissão da dívida por título particular, a qual pode ter importância prática, já quando se aliena uma universalidade de bens, como uma herança ou todos os bens dum património ou uma quota parte deles, já quando se aliena um imóvel que esteja hipotecado, podendo, em qualquer dos casos, ficar o adquirente da universalidade dos bens ou do prédio subrogado nas dívidas do transmitente, sem que haja a responsabilidade pessoal dêste.

A idea da transmissibilidade das dívidas por título singular penetrou já no domínio da legislação

É esta a doutrina que está sancionada no código civil alemão, em que se admite não só a cessão do crédito mas também a cessão da dívida, que se acha regulada nos artt 414.º-419.º Exporemos a teoria dêste código quando tratarmos da novação

No direito romano, desde tempos antiquíssimos os créditos e as dívidas passavam em regra para os herdeiros, em que continuavam para assim dizer a viver os originários interessados, mas a sucessão particular numa obrigação era inadmissível, considerando-se que pela intervenção dum novo credor ou dum novo devedor na obrigação se alterava a constituição essencial desta Quando, por consentimento do credor ou do devedor, era substituído o devedor ou o credor, dava-se a extinção da obrigação, que era substituida por outra.

Tornando-se as obrigações um elemento considerável do património, sentiu-se a necessidade de que os créditos pudessem ser alienados sem consentimento do devedor, que êste só daria em condições onerosas para o credor

O meio de que os jurisconsultos romanos primeiro lançaram mão para êsse fim, foi o seguinte. o credor transferia, sem consentimento do devedor e mantendo-se a mesma obrigação, para outrem o direito à prestação, autorizando-o a recebê-la em nome dêle credor e a conservar para si o que houvesse recebido. Era o *procurator in rem suam* Para que a transferência do crédito assim efeituada ficasse devidamente garantida, não podendo o devedor pagar ao primitivo credor e não podendo êste revogar a procuração, estabeleceu-se que o adquirente do crédito participasse a cessão dêste ao devedor, *denuntiatio,* não podendo desde então o devedor pagar ao originário credor, e que o adquirente ficasse com uma *actio utilis*, em virtude da qual êle já não procedia como procurador mas em próprio nome, ficando assim a cessão do crédito garantida contra a revogação da procuração (1).

Reconheceu-se assim, no direito romano, ao credor, o direito de transferir para outrem a faculdade de exigir, em vez dêle, o que lhe era devido por sucessão a título singular, sendo essa faculdade exercida em próprio nome e não em nome do credor, mas como, em harmonia com o princípio de que a obrigação recebia pelo seu título constitutivo uma forma imutável, a acção pertencia sempre ao originário credor, o cessionário ficava tendo uma *actio utilis* e não *directa*

No direito intermédio estabelece-se o princípio da transmissibilidade do crédito por título singular, ficando o cedente completamente privado do seu direito e tornando-se o mandato *in rem propriam* uma fórmula antiquada, por que se exprimia o contrato de cessão

(1) O modo por que no direito romano se conseguiu praticamente a cessão de creditos, antes de se estabelecer o direito a essa cessão, explica o facto de aparecer na nossa antiga jurisprudência ao lado da cedência de creditos a constituição de procurador *in rem propriam*, pela qual se cedia o direito e acção, perdendo o mandato o caracter de revogavel por vontade do mandante Veja se PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas civis,* notas 252 e 763, CORREA TELES, *Digesto português,* tomo 3.°, art 651.° COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 899, Nov Ref. Jud , artt. 255.° § unico n.° 4.° e 634.°; e a *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 17.°, pág 516

No código civil francês aparece-nos já regulada (art 1689.°) a cessão de créditos por título de venda, ou a venda de créditos, parecendo assim equiparar-se os direitos de crédito aos direitos reais. Daí as expressões *propriedade do crédito, alienação da propriedade dum crédito, compra da propriedade dum crédito,* de que tanto se tem abusado, confundindo-se situações jurídicas completamente diversas

Não há, entre o credor e o objecto imediato da obrigação, ou a prestação a que se acha adstrito o devedor, uma relação directa, de forma que o credor fique tendo um poder sôbre êsse objecto A prestação tem de ser efeituada por uma pessoa e, pela cessão do crédito, o vínculo que havia entre ela e o primitivo credor fica subsistindo, dando-se apenas a substituição dêste pelo adquirente do crédito

Daqui resulta que na teoria da cessão nos aparece uma pessoa determinada em relação à qual se fica tendo um direito, ao contrário do que se da na transferência dos direito reais.

51. *A cessão e a transmissão dos títulos de crédito* Na cessão, o crédito que se transfere existe não só em relação a uma pessoa determinada, mas o cessionário fica sendo, pela transferência do crédito, representante do cedente Daqui deriva não só que é necessário que ao devedor seja dado conhecimento do novo credor, mas também que se podem opor pelo devedor ao cessionário as mesmas excepções que êle podia opor ao cedente e que, anulada que seja qualquer das cessões anteriores, o cessionário perde o seu direito contra o devedor.

A teoria da cessão de créditos estabelecida nestas bases constituia um grave obstáculo à circulação dos créditos, embaraçando o desenvolvimento das relações comerciais Sob o impulso destas formaram-se os títulos de crédito em que, tornando-se o crédito literal e autónomo, se pode efeituar a sua transmissão de forma que não só se torna desnecessário notificar esta ao devedor, mas que ao adquirente dum direito de crédito não podem opor-se as excepções que ao seu antigo titular podiam ser opostas pelo devedor

Em relação aos títulos de crédito não há, portanto, pela sua

transmissão, a sucessão duma pessoa no direito doutra, de forma que aquela fique sendo representante desta O direito do adquirente deriva do próprio titulo, tem na posse dêste a sua causa

A transmissão dos títulos de crédito tem, portanto, uma teoria diversa da cessão. Assim, há títulos de crédito com a cláusula *à ordem*, como as letras de câmbio, cuja transmissão se faz por meio dum endosso, há títulos de crédito *ao portador*, cuja transferência se efeitua pela tradição Em relação aos títulos de crédito nominativos, a sua transmissão faz-se com formalidades diversas das que se exigem para a cessão ordinária

A transmissão dos títulos de crédito é regulada pelo código comercial e por leis especiais Como há, porém, títulos de crédito de natureza civil e não pode formar-se uma idea exacta acêrca da transmissão das obrigações sem se determinar, dum modo geral, como se transferem os títulos de crédito, trataremos da transmissão dos títulos de crédito em seguida à *cessão* e à *subrogação*, formas por que no direito comum, ou segundo o código civil, se efeitua essa transmissão

§ 11 — *Da cessão de créditos.*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 155 e 156, DR DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, notas aos artt 785 °-795 °, SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg. 76-95; GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 6.°, n os 51-175; MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 5 °, n os 117-152, DERNBURG, *Obbligazioni*, §§ 48-52, WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 329-337, PLANIOL, *Traite elementaire*, tomo 2 °, n os 1603-1646.

52 *Noção da cessão de créditos* A palavra *cessão* designa, na sua significação técnica, a sucessão por negócio jurídico entre vivos num crédito (1) No artigo 785.° declara-se que o credor pode transmitir a outrem o seu *direito* ou *crédito*, e no art 786 ° fala-se da cessão em favor de *comproprietário do direito cedido* e em favor de *possuidor de imóvel que é objecto do direito*, vendo-se desta disposição que a palavra *direito* do art 785 ° abrange os direitos reais e parecendo assim que estes direitos também podem ser objecto de cessão

Não é, porém, exacta tal doutrina

Na cessão há sempre um *cedente*, que é a pessoa que transfere o crédito, um *cessionário*, que é a pessoa para quem o crédito se transfere, e um *devedor*, que é a pessoa adstrita à prestação. Vê-se claramente do art 785 ° que na cessão entram necessàriamente todos estes sujeitos, e que, portanto, a cessão só pode referir-se a uma relação de obrigação e não a um direito real

A relação de crédito pode, porém, recair sôbre uma cousa certa e determinada, cuja propriedade pertença ao credor, e pode ser garantida por meio de penhor ou de hipoteca No primeiro caso há, juntamente com a transferência do direito real, a cessão do direito de exigir a entrega da cousa, e, portanto, um contrato de venda, de troca ou de doação, e de cessão, no segundo caso, os direitos reais de garantia acompanham, como acessórios que são, o crédito, havendo assim, juntamente com a cessão do crédito, a transferência dum direito real.

As considerações que acabamos de fazer explicam a terminologia do código, em que não há, aliás, uma linguagem jurídica rigorosa

Entre a cessão dum crédito e a alienação dum direito real existe, pela prestação a que o devedor está adstrito, uma diferença fundamental A transferência do direito real dá-se em relação a todos, independentemente de qualquer notificação, logo que tenham sido cumpridas as formalidades exigidas pela lei; a cessão dum crédito, produzindo imediatamente os seus efeitos pelo contrato nas relações entre o cedente e o cessionário, só produz esses efeitos em relação a terceiros e ao devedor, desde que seja notificada a êste ou por qualquer

(1) A cessão de créditos tambem pode efeituar-se judicialmente por meio de arrematação ou de adjudicação, e pode haver cessão de creditos na venda ou doação duma universalidade de bens. Trataremos da sucessão nos creditos pela transferência duma universalidade de bens a proposito das doações e das sucessões

outro modo levada ao seu conhecimento, comtanto que o seja por forma autêntica (art 789 °) O devedor só fica, pois, adstrito para com o novo credor ao cumprimento da obrigação, desde que a cessão lhe haja sido notificada ou tenha conhecimento dela por fórma autêntica Ainda que se considere a notificação feita ao devedor como uma formalidade cujo fim é, em relação a terceiros, a publicidade da cessão, por se entender que pedirá informações ao devedor sôbre o crédito quem pretenda exercer sôbre êste algum direito ou efeituar algum contrato, é certo que só pela notificação ao devedor se transfere efectivamente o direito de crédito para o cessionário. O devedor não pode opor-se (art 785 °) à cessão, mas esta só existe em relação a êle desde que se dê a notificação.

Da noção de cessão vê-se quais as vantagens que ela pode ter para o credor e para o cessionário

Por êste contrato, pode um credor a têrmo obter imediatamente o pagamento do seu crédito ou dar êsse crédito em pagamento a um terceiro, mediante um pequeno desconto correspondente aos juros que o capital venceria no tempo que falta para o vencimento do crédito O cessionário pode conseguir, pela cessão, uma colocação vantajosa para o seu capital

53. *Créditos que podem ser cedidos* No art 785 ° declara-se que o credor pode transmitir a outrem o seu direito ou crédito, não se estabelecendo restrição alguma e parecendo, consequentemente, que todos os créditos podem ser objecto de cessão É necessário, porém, subordinar a disposição dêste artigo à que está consignada no art 703 °, em que se declara que não podem ser transmitidos entre vivos os direitos e obrigações puramente pessoais por sua natureza, por efeito do contrato, ou por disposição da lei

Para se determinar se um crédito é intransmissível por cessão por sua própria natureza, deve verificar-se se êle foi ou não constituído em proveito exclusivo do credor, tendo por fim a satisfação das suas necessidades pessoais É assim que

o direito de alimentos por vínculo de sangue, o direito de apanágio do cônjuge viúvo, o direito de uso e de habitação, não podem ser cedidos, porque esses direitos, tendo por fim prover às necessidades do alimentando, ou da pessoa a quem foi concedido o uso e a habitação, são de carácter exclusivamente pessoal Também por sua própria natureza não poderá ser cedido um crédito, quando se trate dum serviço pelo qual se estabeleça uma relação de dependência pessoal entre o credor e o devedor, como a prestação de serviço doméstico, ou quando se tenham em consideração especial as qualidades ou condições do credor

Por efeito do contrato um crédito não pode ser transmitido por cessão, já quando tenha sido constituído em proveito exclusivo do credor, já quando se haja estipulado que o credor não poderá transferir entre vivos o seu crédito, parecendo-nos que, em face do nosso código, é permitida esta cláusula

No art 785.° declara-se que o credor pode transmitir a outrem o seu crédito, independentemente do consentimento do devedor O consentimento do devedor, a que êste artigo se refere, respeita à cessão, e, em virtude duma cláusula contratual, pode o credor ficar inibido de transmitir o seu crédito por acto entre vivos sem consentimento do devedor

Contra esta doutrina pode dizer-se que a cláusula de intransmissibilidade dum crédito será inconciliável com as necessidades do comércio, com o fim económico dos créditos e com a própria natureza dêstes, pois que o conteúdo das obrigações deve considerar-se independente das pessoas em favor de quem elas hajam sido constituídas, sempre que êsse conteúdo não esteja, como na obrigação alimentícia, em relação com as necessidades do credor, caso em que a intransmissibilidade resulta da própria natureza do crédito.

A verdade, porém, é que, embora uma relação de crédito se caracterize pelo seu objecto, êste não pode deixar de considerar-se em relação aos sujeitos dessa relação, e, pelo próprio título em virtude do qual o crédito se constitue, êste pode ficar tendo um carácter pessoal. É esta a doutrina que

foi sancionada no código civil alemão (art 399 °), e é também, a nosso ver, a sancionada no nosso código no art 703 °, pois tal é a significação das palavras *por efeito do contrato*

Por lei pode ser proibida a cessão dum crédito, designadamente em relação a certas pessoas [1]

54. *Créditos litigiosos, a quem não podem ser cedidos e direitos do devedor em relação ao cessionário* Estão sujeitos a disposições especiais os créditos litigiosos

Os créditos que forem litigiosos, entendendo-se como tais os que tenham sido contestados na sua substância, isto é, na sua existência ou legitimidade, em juízo contencioso, por algum interessado (art 788 °), não poderão ser cedidos de qualquer forma a juízes singulares ou colectivos, nem a outras autoridades, se êsses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que eles exercerem as suas atribuições, sendo a cessão, feita com quebra desta disposição, nula de direito (art 785 ° § único), e podendo portanto essa nulidade ser alegada por qualquer interessado Exceptua-se desta disposição a cessão, feita a título oneroso, de acções hereditárias, se os juízes ou autoridades forem coerdeiros, e de créditos garantidos com hipotecas, quando os referidos juízes e autoridades sejam possuidores dos bens hipotecados (art 1563 °) excepção que, incoerentemente, não abrange a cessão a título gratuito.

Assim, salva a excepção referida, um juiz do Supremo Tribunal não poderá adquirir por cessão crédito algum litigioso em território português, um juiz das Relações não o poderá adquirir no respectivo distrito, o juiz de direito na respectiva comarca, um administrador do concelho dentro dêste, um regedor dentro dos limites da respectiva freguesia

Como a cessão dum crédito litigioso tem por fim o lucro e

[1] O dec n ° 5392, de 10 de abril de 1919, art 1 °, preceitua que «são nulas de pleno direito todas as vendas, compensações e transferências, a qualquer título, de creditos sôbre o Estado não reconhecidas (parece que deve ser «reconhecidos») por sentença transitada em julgado»]

carácter aleatório, e são ordinàriamente suspeitas as pessoas que adquirem direitos litigiosos, as quais especulam com os processos obtendo por baixo preço os direitos contestados, o autor do codigo entendeu que, em nome da moralidade e da decência pública, devia proibir aos juízes e autoridades que se entregassem a êsse tráfico odioso. A Ordenação (liv IV, tít. 10 °, § 3 °) era mais radical a êste respeito, considerando nula a venda, troca ou doação de cousa litigiosa, para evitar as fraudes que a êsse respeito podia haver,e não permitindo (liv III, tít 39 °) a cessão a pessoas poderosas, pela influência que poderiam exercer no ânimo do julgador

Apesar de o autor do código civil declarar que esta razão nada importa num sistema regular de administração da justiça, em que as garantias, segundo êle afirma, são iguais e as mesmas para todos, não pode deixar de, pelos abusos que sempre se darão, considerar-se essa razão como uma das que justificam a proibição consignada na lei [1].

Mesmo relativamente às pessoas a quem não é proibido adquirir por cessão uma obrigação litigiosa, a lei, em ódio a esses contratos, atribue ao devedor, quando a cessão haja sido feita a título oneroso, o direito de se livrar satisfazendo ao cessionário o valor que êste houver dado pela dívida, com seus juros e as mais despesas feitas na adquisição, isto é, com o contrato e formalidades necessárias para produzir efeitos relativamente a terceiros, como a notificação (art 786 °). O preço da cessão é o que constar do contrato, podendo o devedor provar, nos termos gerais de direito, que houve simulação

O direito concedido ao devedor de se livrar pagando ao cessionário o preço por que adquiriu o crédito teve a sua origem no propósito de evitar actos de odiosa especulação e tendentes a prolongar as demandas, havendo jurisconsultos que, em homenagem à liberdade contratual e ainda em atenção ao benefício que o credor, impotente para obter do deve-

(1) Veja-se a *Resposta do autor do projecto do código civil as observações do* SR. DR JOAQUIM JOSE PAIS DA SILVA, pag. 73.

dor o cumprimento da obrigação, pode auferir legitimamente pela cessão, impugnam êsse direito (1).

Se a cessão do crédito litigioso houver sido feita a juízes ou a outras autoridades, não pode o devedor, visto que a cessão é nula, usar do direito referido Também não pode usar dêste direito, se a cessão houver sido feita a título gratuito, pois que, representando essa cessão um acto de liberalidade, exclue por sua natureza o intuito especulativo Sendo a cessão feita com encargos e parecendo assim poder considerar-se em parte a título oneroso e em parte a título gratuito, há quem sustente que, para o efeito de que estamos tratando, se deve considerar sempre a título oneroso, outros afirmam que deve separar-se a cessão onerosa da gratuita, e que o devedor só tem o direito de pagar pelo valor da adquisição a parte onerosa, e, finalmente, há quem opine que deve ficar no prudente arbítrio do juiz verificar se a cessão é gratuita ou onerosa, afirmando que o devedor deve ter aquele direito sempre que haja intuito especulativo, o que não só depende do ónus imposto ao cessionário, mas do fim que êste se propôs Parece-nos que uma cessão feita a título gratuito, mas *sob modo* ou com encargos, nunca pode deixar de considerar-se como representando uma liberalidade, fundando-se os encargos que o cessionário assume na própria cessão e não na causa desta A cessão não deixa portanto de ser a título gratuito e o devedor não pode usar do direito de se livrar pagando o preço

Ao princípio de que o devedor dum crédito litigioso cedido pode livrar-se satisfazendo ao cessionário o que êste houver dado por êle, os juros e as despesas feitas na adquisição, faz a lei as seguintes excepções (art 786 °)

1 ª Em favor de herdeiro ou de comproprietário do direito

(1) Na nossa antiga jurisprudência, como precaução contra as cessões usurarias, reconhecia-se ao devedor o direito de, sendo demandado pelo cessionario, pagar unicamente o que êste houvesse desembolsado pela cedência e os seus juros Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 156 ° e nota H no fim do volume.

cedido, porque, embora a demanda se extinguisse relativamente ao credor cedente, continuaria a respeito dos outros credores pela sua quota parte,

2 ª Em favor do possuidor do imóvel que é objecto dêsse direito, isto é, de quem tenha hipotecado bens para garantia do crédito litigioso (art 1563 °), o qual se presume ter em vista manter-se na posse do imóvel e não o intuito lucrativo;

3 ª Sendo a cessão feita a um credor em pagamento do que lhe é devido, o qual se presume que teve por fim pagar-se do seu crédito e não especular com a cessão

O devedor pode renunciar ao direito de pagar o preço do crédito cedido, e presume-se a renúncia não usando dêsse direito emquanto não houver passado em julgado a sentença por que se resolveu o litígio (art 787 °), e em virtude da qual o direito deixa de ser litigioso

55 *Formalidades da cessão* O código civil não estabelece formalidades especiais para o contrato de cessão de créditos, podendo consequentemente manifestar-se a vontade das partes contratantes por qualquer modo e admitindo-se qualquer meio de prova. Para êste efeito, o contrato de cessão não é equiparável ao de compra e venda e ao de doação, visto que êle está especialmente regulado no código e não se exigem em relação a êle formalidades especiais, devendo portanto aplicar-se a disposição consignada no art 686 ° (1) (2)

Celebrado o contrato de cessão entre o cedente e o cessionário, o crédito transfere-se, só por efeito do contrato, para êste (art 789 °), não se tornando necessária mais formalidade alguma. O legislador aplicou ao contrato de cessão o mesmo princípio que à transferência do direito de propriedade (art 715 °)

Em relação a terceiros, e são assim consideradas todas as

(1) Veja-se o ac do S. T. de Justiça de 27 de outubro de 1893, na *Revista dos Tribunais*, vol 12, pag. 308

[2 So por documento autêntico extra-oficial podem provar-se as cessões de créditos hipotecarios (dec n.º 8373, de 18 de setembro de 1922, art 63.º, n.º 3 ° e § 1 ° e lei n.º 1552, de 1 de março de 1924, art. 6.º)].

pessoas estranhas ao contrato de cessão que possam ser lesadas por êle nos seus direitos, como os credores do cedente e quaisquer pessoas com quem o cedente realize um novo contrato relativo ao crédito, o contrato de cessão só produz efeitos desde que seja notificado ao devedor ou por outro modo levado ao seu conhecimento, contanto que o seja por forma autêntica (art 789 °) A notificação ou conhecimento dado por fórma autêntica ao devedor do contrato de cessão constitue assim uma formalidade necessária para que os efeitos do contrato de cessão se estendam a terceiros, não tendo êsse contrato existência jurídica em relação a estes, emquanto se não der aquela notificação ou conhecimento

É assim que o devedor pode livrar-se pagando ao cedente, e êste pode exercer contra aquele todos os seus direitos (art. 791 °), que os credores do cedente podem igualmente exercer os seus direitos sôbre a dívida cedida, emquanto a cedência não fôr notificada ou conhecida na forma sobredita (art. 792 °), que, se o credor houver cedido o direito de crédito a mais do que uma pessoa, a cessão que primeiramente fôr notificada ou de que primeiro tiver conhecimento o devedor cedido é a que prefere, a que vale, embora anteriormente haja sido realizada outra cessão, e que, dando-se a notificação no mesmo dia, os cessionários serão considerados iguais em direitos, se a hora da notificação se não achar precisamente declarada (art 790 °)

Daqui a grande importância da notificação ou conhecimento da cessão pelo devedor, pois que, não existindo o direito de crédito do cessionário em relação a êste senão por êsse meio, pode ser privado dêle quer por um acto do credor, quer do devedor cedido, quer de terceiro, ficando apenas com o direito de indemnização de perdas e danos contra o cedente

A notificação ou conhecimento dado ao devedor tem assim um fim diverso do que tinha a *denuntiatio* no direito romano Para êste direito, a *denuntiatio* representava um meio de o *procurator in rem propriam* se garantir principalmente contra o cedente, evitando que êle revogasse o mandato, e, depois que se introduziu a cessão da acção útil, como o cedente ficava com a acção directa, parece que tinha, anteriormente

à *denuntiatio*, o mesmo direito contra o devedor que o cessionário, havendo assim um caso de solidariedade activa. No direito moderno, a notificação ou conhecimento da cessão representa principalmente uma condição de publicidade, entendendo o legislador que os interessados no crédito cedido se dirigirão ao devedor quando sôbre êle pretendam exercer algum direito ou realizar qualquer contrato, e que, assim, ficam os direitos de terceiros, e designadamente os do devedor, que é sem dúvida alguma o mais interessado, devidamente garantidos (1)

Quando o crédito cedido esteja garantido por hipoteca, o contrato de cessão pode ser registado por averbamento à inscrição hipotecaria, mas êste averbamento não se torna necessário para que o credor fique com o direito de hipoteca, pois que esta acompanha, como acessório, o crédito cedido, nem é necessário para que a cessão produza efeito em relação a terceiros O código não exige o registo da cessão, embora seja incontestável que êle seria um meio de publicidade mais eficaz do que a notificação feita ao devedor ou o conhecimento pessoal que êste tenha por fórma autêntica da cessão (2).

Do que acabamos de dizer resulta que, embora se haja registado a cessão, tal registo não supre a falta de notificação ou o conhecimento dado ao devedor por forma autêntica, pois que êste não é obrigado a ter conhecimento do registo e a lei exige a notificação ou conhecimento pessoal do devedor.

Esta notificação ou conhecimento não constitue o devedor em situação jurídica diversa daquela em que se achava, o seu efeito consiste apenas em o vincular para com o cessionário. Daqui resulta que não é necessário, para que a notificação se considere validamente feita ao devedor, que

(1) No codigo civil alemão não e necessaria a notificação para que a acção produza efeitos em relação ao devedor e a terceiros. A notificação que se faz ao devedor so tem por fim impedir que êle, ignorando a cessão, pague ao credor sem ficar responsavel para com o cessionario.

(2) Em algumas legislações exige-se o registo da cessão dos creditos hipotecarios, determinando-se os efeitos dêsse registo em relação ao devedor. Veja-se SALEILLES, *obr cit*, n° 102

êste tenha capacidade para contrair a obrigação a que ela respeita. É em todo o caso necessário que o devedor a quem se notifica a cessão ou se dá conhecimento desta possa verificar se a cessão foi ou não feita nas devidas condições, pois que, se assim não fôr e se efeituar o pagamento ao cedente, o cessionário não poderá, em harmonia com os princípios relativos à responsabilidade civil, torná-lo responsável pelo acto que praticou Em relação a terceiros entendemos que, desde que se faça a notificação ao devedor nas condições exigidas por lei, e quer êle fôsse quer não capaz de conhecer da validade da cessão, esta produz todos os seus efeitos.

Quando se trate duma obrigação solidária, é necessário notificar a cessão a todos os condevedores, visto que, podendo ser exigido o cumprimento da obrigação de qualquer deles, ou podendo um deles cumprir a obrigação voluntàriamente, o cessionário não poderá anular o pagamento, se o devedor que o efeituou não houver sido notificado

A notificação a que se refere o art 789.° deve ser feita nos termos do art 645 ° do código de processo civil. Êste artigo, referindo-se expressamente àquele artigo do código civil, teve só em vista regular o modo por que se devia fazer a notificação, não revogando a parte em que se determina que a cessão pode ser levada ao conhecimento do devedor por outro modo, comtanto que o seja por forma autêntica. Também se nos afigura que não modificou o disposto no art. 789 ° do código civil o que se preceitua nos artt 351.°, 1123.° e 1175.° do código de processo civil, em que se estabelece, relativamente a créditos sôbre que haja litígio judicial, o modo por que pode realizar-se a cessão. A acção continua contra o devedor independentemente de notificação, mas a cessão só produz efeito em relação a êle desde que, pela sua intervenção no processo, tenha conhecimento dela Aplica-se assim o disposto no art 789 ° (1)

(1) Veja-se o ac. do S. T J de 17 de novembro de 1898, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 38, pag. 297, e esta *Revista*, vol 10, pag. 166.

A notificação ou conhecimento da cessão devem dar-se em condições tais que o devedor fique sabendo quem é o novo credor e o acto pelo qual se efeituou a cessão Desde que haja qualquer acto autêntico, por que o devedor fique sciente da cessão nos termos referidos, esta produz todos os seus efeitos em relação a êle. É assim que, se o devedor intervier na escritura por que se faz a cessão, ou se fôr citado judicialmente pelo cessionário para a conciliação ou para a acção, não pode deixar de considerar-se como tendo conhecimento da cessão por forma autêntica

Na nossa jurisprudência tem havido hesitações sôbre se a citação e o arresto podem suprir a notificação (1) Afigura-se-nos, porém, que essas hesitações só poderão recair, desde que haja um acto autêntico pelo qual se dê conhecimento da cessão ao devedor, não sôbre os efeitos civis dêsse acto, mas sôbre a legitimidade do cessionário para proceder contra o devedor cedido.

A lei parece que torna o exercício do direito creditório dependente de que o devedor seja notificado, ou tenha conhecimento da cessão por forma autêntica E' assim que no art 791 ° se declara que o cessionário só pode, no intervalo entre a cessão e a notificação, proceder contra o cedente aos actos necessarios à conservação dos seus direitos Desta disposição parece depreender-se não só que o cessionário não

(1) Vejam-se os acs da Relação do Pôrto de 17 de junho de 1871 e de 4 de maio de 1883, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 4, pag 605, e vol. 25, pag 234, e de 14 de maio de 1901, na *Revista dos Tribunais*, vol. 20, pag 82, da Relação de Lisboa de 18 e 25 de fevereiro e 5 de dezembro de 1891, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 5, pagg 233, 621 e 813, e do S T. de Justiça de 19 de maio de 1885, no *Boletim dos Tribunais*, vol 1 °, pag 104, em que se julgou que é necessaria a notificação, não bastando a citação e o arresto, e os acs da Relacão do Pôrto de 1 de agosto e 19 de dezembro de 1871, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 6, pag 443, do S T. de Justiça de 26 de março de 1909, na *Gazeta da Relacão de Lisboa*, vol 22, pag. 749, da Relação de Lisboa de 17 de outubro de 1908, na mesma *Gazeta*, vol. 22, pag 354 e da Relacão do Pôrto de 7 de março de 1911, na *Revista dos Tribunais*, vol. 30, pag 135, em que se seguiu doutrina contraria.

pode, nesse intervalo, exigir do devedor cedido o cumprimento da obrigação extrajudicialmente, mas que também o não pode pedir judicialmente, sendo consequentemente parte ilegítima para a acção ou para a execução

Talvez não seja portanto completamente verdadeira a doutrina de que «o único fim do aviso é premunir o cessionário contra o pagamento a outrem feito pelo devedor por antes disso não ter razão de saber que outro era o seu credor», e de que o devedor não «pode arguir a ilegitimidade de pessoa ao cessionário com o fundamento de lhe não ter sido notificada a cessão, pois que bem notificada vai ela no requerimento para começo de acção», e de que «nem o devedor pode valer-se contra o cessionário da falta de uma formalidade só em favor dêste introduzida» (1).

Para nós é, pelo menos, incontestável, em face do disposto no art 791.°, que, se o devedor cedido pagar ao cessionário depois da citação, pela qual teve conhecimento da cessão, quem terá de pagar as despesas com êsse acto judicial será o cessionário.

A notificação pode ser feita pelo cedente ou pelo cessionário, visto que ambos nela têm interêsse: o cessionário, porque pode perder o crédito tanto por segunda cessão, feita pelo cedente, que seja notificada anteriormente à dêle, como pelo pagamento que o devedor faça ao cedente; o cedente em virtude da garantia a que fica obrigado pela cessão.

Pela notificação ao devedor, ou pelo conhecimento que êste tenha da cessão, entende-se que ficam notificados quaisquer outros interessados, quanto aos efeitos que a cessão deva produzir relativamente a eles (art 792 °) Exigindo-se a notificação, ou que o conhecimento da cessão seja dado de forma autêntica ao devedor, não é possível, por qualquer acôrdo entre o devedor, o cedente e o cessionário, defraudar os direitos de terceiros.

Para a notificação não há prazo prefixado, podendo ser feita a qualquer tempo, mesmo depois da morte do cedente.

(1) Veja-se o DR. DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, vol. 2.°, 2.ª ediç., pagg. 103 e 104.

56. *Efeitos da cessão* Para se determinarem os efeitos que derivam da cessão, é necessário verificar se o devedor foi notificado ou dela tem conhecimento.

Vejamos, em primeiro lugar, os efeitos que derivam da cessão antes da notificação

O cessionário exerce o seu direito contra o cedente que, pelo contrato, transferiu para êle o crédito (art 791 °); não pode, porém, exercer êsse direito contra o devedor e contra terceiros, em relação aos quais não existe a cessão É assim que os credores do cedente podem exercer todos os seus direitos sôbre a dívida cedida (art. 792.°), não produzindo efeito a cessão relativamente aos credores que tenham feito penhora ou arresto no crédito.

O devedor pode livrar-se pagando ao cedente e êste exercer contra o devedor todos os seus direitos (art 791.°), e, portanto, o devedor que pagar ao cedente, ou que tiver o direito de opor em compensação algum crédito sôbre o cedente, não será prejudicado pela cessão, e não poderá até invocar esta, quando dela não tiver conhecimento por forma autêntica, para recusar-se ao pagamento, se depois do vencimento da dívida esta lhe fôr exigida pelo cedente

Anteriormente à notificação, ficam o cedente e o cessionário sujeitos a todas as obrigações que resultam do contrato de cessão.

Pelo que respeita ao cessionário, essas obrigações consistem em pagar o preço estipulado, e, quanto ao cedente, em entregar ao cessionário os títulos da dívida (art 1571 °), abandonando-lhe o gôzo do direito ou o exercício das acções creditórias, e em lhe prestar a garantia.

A prestação da garantia por parte do cedente, que é um elemento natural da cessão, consiste em êle assegurar a existência e a legitimidade do crédito ao tempo da cessão (art. 794.°) Nas palavras *existência* e *legitimidade* do crédito compreende-se a exigibilidade ou subsistência do crédito ao tempo da cessão com todas as suas garantias ou acessórios (art. 793 °), a qualidade de credor no cedente e a sua faculdade de dispor do crédito

O cedente ficará portanto responsável por quaisquer factos de que resulte a anulação do crédito, quando eles sejam anteriores à cessão e embora a anulação seja posterior, pois que o crédito considera-se como não existente, em virtude dêsses factos, pela sentença de rescisão, e portanto, no momento em que se realizou a cessão, já não era verdadeiro o crédito.

A cargo do cessionário só fica o risco por factos posteriores à cessão, e que não dependam do cedente E assim que, se a prescrição extintiva se houver dado depois do contrato de cessão, a perda do crédito, que dêsse facto resulte, não terá que ser indemnizada pelo cedente

Sendo a garantia da existência e da legitimidade do crédito considerada como um elemento natural do contrato de cessão, não o é a da solvência do devedor, a qual o cedente não é obrigado a assegurar, salvo se no contrato de cessão foi pactuada essa garantia (art. 794.°) Se, porém, da parte do cedente houver má fé ou dolo, dissimulando o estado de insolvência do devedor, ou induzindo o cessionário em êrro a êsse respeito, poderá êste rescindir o contrato, e o cedente ficará, nos termos gerais de direito, responsável por perdas e danos.

Na garantia do direito cedido compreendem-se também, pelo que respeita à sua existência e legitimidade, os acessórios do crédito, como a fiança e a hipoteca. O cedente só é responsável, porém, pela subsistência e validade dêsses acessórios, não o sendo pela bondade deles, como a solvência do fiador, o valor da hipoteca.

A garantia de direito produz, relativamente à cessão de créditos, os mesmos efeitos que na compra e venda (art 1581.°), sendo o cedente obrigado a restituir o preço ou valor que o cessionário deu pelo crédito, as despesas feitas pelo cessionário e a indemnização dos danos, não entrando nestes, se o cedente estiver de boa fé, a diferença entre o preço e o valor nominal do crédito.

Sendo a garantia do crédito um elemento natural da cessão, podem os contraíantes modificar os termos por que ela é regulada no código, tornando-a mais onerosa ou mais leve para o cedente, e o cedente ficará isento dessa garantia, não

só quando haja prevenido o cessionário do risco que o crédito pode sofrer, e êste o haja tomado sôbre si (art 1051.° n.° 1 °), mas quando da própria natureza do contrato resulte que o cessionário comprou o crédito sob sua responsabilidade, como na cessão dum crédito litigioso, e quando o cessionário, conhecendo que o crédito não existia, ou não era legítimo, ocultou essas circunstâncias ao cedente (art 1051.° n ° 2.°).

Quando o cedente se responsabiliza pela solvência do devedor, agrava-se a garantia, ficando êle obrigado a assegurar não só a existência e a legitimidade do crédito, mas ainda que êste é bom, e parece-nos que, neste caso, o cedente fica responsável pelo valor do crédito cedido, e não só pelo valor da adquisição.

A responsabilidade do cedente pela solvência do devedor dar-se há durante o tempo por que foi estipulada É assim que, se se tiver pactuado que o cedente responderá pela solvência do devedor ao tempo do vencimento do crédito, e êle se tornar insolvente posteriormente, cessa a referida responsabilidade

Quando não se haja declarado o tempo por que essa responsabilidade há de durar, limitar-se há esta a um ano, contado desde a data do contrato, se a dívida estiver vencida, e, se o não estiver, desde a data do vencimento (art. 795 °).

Se a cedência fôr de rendas ou de prestações perpétuas, a responsabilidade do cedente durará por dez anos (art 795.° § único).

O cessionário, para que tenha regresso contra o cedente, deve provar a insolvência do devedor

Pelo que respeita aos efeitos da cessão posteriores à sua notificação ao devedor, esses efeitos dão-se entre o cedente e o devedor cedido, entre êste e o cessionário, e entre o cessionário e terceiros

Quanto às relações entre o cedente e o devedor cedido, êste, pela notificação, fica obrigado só para com o cessionário, perdendo o cedente a qualidade de credor. Não pode portanto o devedor cedido pagar ao cedente, embora êste lhe exija o pagamento (artt. 789 ° e 791.°).

Relativamente ao devedor cedido e a terceiros dá-se, pela notificação feita ao devedor, a transferência integral do crédito para o cessionário, com todos os direitos e obrigações acessórias, no estado em que se encontrar ao tempo da notificação, quando não haja estipulação em contrário (art. 793 °) O cessionário fica portanto representando o cedente, pertencendo-lhe o exercício de todos os direitos de que aquele era credor, se a cessão foi total, e até à concorrência da parte cedida, se fôr parcial

Pela cessão, o crédito não pode tornar-se mais oneroso para o devedor, tendo êste o direito de opor ao cessionário todos os meios de defesa que podia opor ao cedente Assim, qualquer facto de que resulte a nulidade do crédito ou a sua extinção, e que seja anterior à cessão, pode ser invocado contra o cesssionário; se o devedor era obrigado a pagar no domicílio do cedente, não ficará pela cessão obrigado a pagar no domicílio do cessionário, se com isso se agravar a sua situação.

Não pode, porém, o devedor cedido aproveitar-se de circunstâncias acidentais que se dariam na pessoa do cedente, e que se não dêem no cessionário, para as opor a êste É assim que, se a prescrição ficasse suspensa relativamente ao cessionário por êste ser menor, ao passo que correria contra o cedente, porque era de maioridade, não pode o devedor julgar a dívida extinta por êsse facto.

§ 12 — *Da subrogação nos créditos.*

Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 152-154, Dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, tomo 2 °, nota ao art. 747, Bevilaqua, *Direito das obrigações*, § 39, Giorgi, *Obbligazioni*, vol 7, n os 156-262; Mazzoni, *Istituzioni*, vol 4, n os 120-124, Planiol, *Traite elementaire*, tomo 2.°, n os 473-521, Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, tomo 2 °, pagg 615-683

57. *Conceito e espécies de subrogação nos créditos.* Em princípio, uma obrigação tanto pode ser cumprida pelo próprio devedor, como por terceiros. Quando a obrigação é

cumprida por terceiros, podem estes ter a intenção: *a*) de efetuar por êsse meio uma doação, *b*) de criar pelo pagamento uma nova obrigação do devedor para com eles, *c*) de se substituirem ao credor nos direitos dêste

a) Nesta hipótese extingue-se a obrigação, e o devedor não fica constituido em obrigação alguma para com a pessoa que efetuou o pagamento *b*) Neste caso extingue se pelo pagamento a obrigação anterior, mas êsse pagamento é a causa jurídica duma nova obrigação É assim que, se o devedor se achar ausente na ocasião em que terceiro paga a dívida por êle e com êsse pagamento receber manifesto proveito (art 747.°), fica obrigado para com êsse terceiro, representando o pagamento feito por êste uma gestão de negócios. *c*) Quando o terceiro que paga se substitue ao antigo credor, não se dando a extinção da obrigacão em que o devedor se achava constituído para com êste, dá-se o que se chama *subrogação*

Nos dois primeiros casos, extingue-se a obrigação, no terceiro caso, a obrigação extingue-se em relação ao primitivo credor, mas o terceiro que efeitua o pagamento fica com os mesmos direitos que êle, quer em relação ao devedor, quer em relação a terceiros Nesta hipótese, o crédito anterior subsiste com todos os seus acessórios, determinando-se por êle a medida dentro da qual se podem exercer as pretensões do credor subrogado.

Assim, se António dever a Pedro um conto de réis e houver uma hipoteca para garantia dêsse crédito, quando um terceiro efeitue o pagamento e fique subrogado nos direitos de Pedro, essa hipoteca subsistirá, como se o pagamento se não houvesse realizado O efeito do pagamento não consiste, neste caso, em extinguir a obrigação, mas na substituição do credor.

A subrogação pode ser *convencional* e *legal*, *total* e *parcial*.

Há subrogação *convencional*, quando o terceiro efeitua o pagamento com consentimento do devedor, ou por acôrdo com o credor, há subrogação *legal*, quando o terceiro que

paga se substitue ao credor por disposição da lei, independentemente da vontade dêste ou do devedor (1)

A subrogação é *total*, quando pelo pagamento se extingue completamente a obrigação em relação ao originário credor; é *parcial*, quando essa extinção se dá apenas em parte, ficando o devedor conjuntamente obrigado para com o originário credor e para com quem efeituou o pagamento parcial.

58. *Subrogação convencional* A subrogação *convencional* pode dar-se: 1) por acôrdo entre o terceiro que paga e o devedor, 2) por acôrdo entre o terceiro que paga e o credor.

1) Nesta espécie de subrogação, o devedor como que dispõe do crédito, transferindo-o duma pessoa para outra, quando não é êle o titular do crédito

Para lhe atribuir êste direito, atendeu o legislador a que pode haver grande vantagem para o devedor na substituição do credor, e a que o credor não é prejudicado, nem são prejudicados terceiros, por essa substituição. É assim que o devedor pode, pelo pagamento do crédito por terceiro, conseguir modificações vantajosas para êle, como a da taxa de juro, e, como o terceiro subrogado nos direitos do credor nunca pode ter sôbre o património do devedor mais vantagens do que o primitivo credor, ninguém pode ser lesado nos direitos que tenha sôbre êsse património pela subrogação

O nosso código civil admite, porém, a subrogação por acôrdo entre o devedor e o terceiro que paga em termos que se nos afiguram demasiadamente amplos. E' assim que se declara (art 778 °) que aquele que paga pelo devedor com seu consentimento expressamente manifestado, ou por factos donde tal consentimento claramente se deduza, fica subrogado nos direitos do credor

O pagamento a que êste artigo se refere, verifica-se em virtude dum mandato ou duma gestão de negócios, e parece que o efeito dêsse pagamento deveria consistir em extinguir a obrigação, formando-se uma nova obrigação para com o mandatário ou gestor, e não ficando portanto êste com os mesmos direitos que o antigo credor Para que se désse a subrogação em qualquer dêstes casos, deveria exigir-se que ela constasse de documento autêntico ou autenticado

Se é certo que o terceiro que paga não fica com mais direitos que o antigo credor, não o é menos que êle pode por êsse meio tornar efectivas garantias, que se não podem justificar pelas relações que, anteriormente ao pagamento, havia entre êle e o devedor E é possível que por êste meio se faça reviver um crédito que se devia considerar extinto com os seus acessórios, ficando assim prejudicados os outros credores

O efeito normal do pagamento deve ser a extinção do crédito, devendo fixar-se precisamente na lei os casos em que se dá, pelo pagamento, a subrogação

Outro caso em que se dá a subrogação por acôrdo entre o devedor e o terceiro que paga é o do pagamento feito pelo próprio devedor, mas com dinheiro que um terceiro para êsse fim lhe emprestou.

Neste caso, para que o terceiro que empresta o dinheiro para o pagamento fique subrogado nos direitos do credor, são necessárias cumulativamente as seguintes condições, que se acham especificadas no art. 780 ° 1.ª que o empréstimo conste de título autêntico; 2.ª que nesse título se declara que

(1) No codigo civil suiço das obrigações não se admite em principio a subrogação convencional, regulando-se nele apenas a subrogação legal. e nota ROSSEL, que, para o legislador suiço, o meio normal da subrogação dum terceiro nos direitos do titular dum credito e a cessão, so admitindo raras excepções a êste principio, e não se podendo inferir do silêncio do codigo acêrca da subrogação convencional que seja implicitamente autorizada esta forma de subrogação «Ha um grande interêsse, continua êle, para o credito público em que a transferência de creditos se efeitue em condições que permitam verificar a sua sinceridade e lealdade. E nada seria mais facil do que tornar illusorias certas prescrições da lei, escolhendo, em vez da cessão, o meio indirecto da subrogação convencional todas as vezes que uma cessão se não fizesse por escrito, ou fôsse imperfeita, o cessionario teria o direito de invocar a subrogação, que a maior parte das vezes conseguiria provar». *Manuel du droit federal des obligations*, pagg. 188 e 189

o dinheiro foi pedido para pagamento da dívida, sendo esta especificada (1)

E' necessário, pois, para que o terceiro que empresta o dinheiro ao devedor fique subrogado nos direitos do credor, não só que se prove que a dívida foi paga, pois que sem o pagamento não pode haver a subrogação, mas que o dinheiro emprestado ao devedor para o pagamento foi pedido para êsse fim, e que tanto o empréstimo, como o fim que o devedor teve em vista ao realizá-lo, constem de documento autêntico

Exigindo estas condições, teve o legislador em vista evitar que fôssem defraudados os direitos de terceiros E' assim que, se não fôsse exigido documento autêntico, que tem por fim não só provar que o empréstimo foi destinado ao pagamento da dívida, mas certificar a data em que êsse empréstimo se fez, poderia estipular-se, embora a dívida já estivesse extinta, que o empréstimo que se contraiu em data anterior era destinado ao pagamento da dívida, quando o não havia sido, ou antedatar um empréstimo posterior à extinção da dívida, e fazer reviver em qualquer dos casos cauções ou garantias que já estivessem extintas, como a fiança e a hipoteca, prejudicando-se assim terceiros possuidores, outros credores ou os fiadores

Desde que se verifiquem as condições referidas — ter sido paga a dívida com dinheiro para êsse fim emprestado por um terceiro e constar de título autêntico o empréstimo e o fim a que era destinado, a subrogação dá-se independentemente da declaração por parte do devedor de que o segundo credor fica subrogado nos direitos do primeiro. Essa subrogação opera-se, nesse caso, em virtude de disposição da lei, que presume ser essa a vontade das partes.

(1) No codigo civil francês (art 1250.° n ° 2.°) e no italiano (art. 1252 °) exige-se tambem que o credor declare no recibo que o dinheiro para o pagamento foi emprestado pelo novo credor As duvidas que na jurisprudência francesa se suscitaram relativamente ao tempo em que podia realizar-se o emprestimo e o pagamento, isto e, sobre se deviam fazer-se contemporâneamente para que se desse a subrogação, ou se esta existia embora êsses actos se realizassem em momentos diversos, e quanto aos documentos por que se devia provar o emprestimo e a quitação, talvez determinassem o nosso legislador a não seguir nessa parte o codigo francês, não exigindo essa condicão. Veja-se DEMOLOMBE, *Traite des contrats*, tomo 4.°, pagg. 558 e segg., e LAURENT, *Principes*, tomo 18 °, pagg 72 e segg

2) A subrogação convencional por acôrdo entre o credor e o terceiro que paga a dívida dá-se quando o credor que recebe o pagamento subroga o terceiro que o efeitua nos seus direitos, fazendo esta declaração expressamente e no acto do pagamento (art 779.° n ° 2 °).

Não se presume, pois, a subrogação do terceiro que paga ao credor nos direitos dêste, sendo necessário que seja expressamente declarada essa intenção pelo credor, e assim devia ser porque, havendo dúvida, deve considerar-se que pelo pagamento se extinguiu a dívida, pois é essa a consequência normal dêsse acto Não é necessário, porém, que o credor use de fórmulas sacramentais, podendo exprimir por quaisquer palavras a intenção de que o terceiro que paga fique subrogado nos seus direitos Não se exige também que a subrogação do credor seja feita em documento, pois que a lei apenas exige que seja feita expressamente, e portanto tanto o pode ser por meio de palavras como por escrito (art. 686 °).

Exige-se ainda que a subrogação seja contemporânea ao pagamento pela razão de que, se fôsse posterior, seria inútil, pois que pelo pagamento havia-se extinguido a dívida com todos os seus acessórios, e a subrogação posterior não a poderia fazer reviver (1)

59 *Subrogação legal.* Não pode haver subrogaçao legal fora dos casos em que a lei expressamente a admite, e que são, salvas disposições excepcionais, aqueles em que a pessoa que faz o pagamento seja fiador ou interessado por qualquer modo em que o pagamento se efeitue (art. 779.° n.° 1 °).

(1) Vejam-se os acs. da Relação do Porto de 27 de março de 1906 e de 11 de janeiro de 1907, e o do S. T. de Justiça de 31 de março de 1908, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 21, págg. 138, 146 e 731.

Dá-se portanto a subrogação legal 1 ° em benefício de quem, sendo credor, paga a outro que tenha, nos bens do devedor, qualquer direito de preferência, e, mesmo que o não tenha, se provar que realizou o pagamento para evitar que fôsse prejudicado, como credor, pela arrematação de bens do devedor em condições desfavoráveis, pelas despesas judiciais com a execução, ou por qualquer outro motivo, que se reconheça ser procedente Não ficando o credor, que efeitua o pagamento, pelo que respeita à sua dívida, em situação diversa daquela em que estava, pois a subrogação só se verifica relativamente ao crédito que foi pago, vê-se que o único interêsse que êle pode ter no pagamento consiste em esperar ensejo mais oportuno para exigir a dívida ou em evitar as despesas dum pleito judicial, e qualquer destas circunstâncias tanto se pode verificar tratando-se dum crédito privilegiado como dum crédito comum, 2 ° em benefício de quem seja, principal ou acessòriamente, obrigado ao pagamento da dívida. É assim que o comprador dum imóvel, que esteja onerado com uma hipoteca, fica subrogado nos direitos do credor, se paga a dívida para libertar o seu prédio (1). O mesmo se dá com o fiador e com quem garantiu a dívida por meio de hipoteca em prédios seus, os quais ficam subrogados em todos os direitos que o credor, a quem pagaram, tinha contra o devedor, por isso que eram interessados nesse pagamento.

60. *Efeitos da subrogação.* Pelo que respeita aos efeitos da subrogação, o princípio consignado no código (art 781 °) é que o subrogado pode exercer todos os direitos que competem ao credor, tanto contra o devedor como contra os seus fiadores.

A êste respeito, não há que distinguir entre subrogação

(1) A subrogação pode ter, neste caso, a seguinte vantagem se houver outros direitos de garantia constituidos no predio posteriormente a hipoteca, em virtude dos quais o adquirente do predio venha a ser expropriado dêle, o comprador ficara com direito de preferência em relação aos outros cre ores.

legal e convencional, salvo o caso em que, por fôrça da convenção, e não sendo prejudicados direitos de terceiros, se tenham modificado algumas cláusulas da obrigação Pela subrogação fica, pois, subsistindo a dívida com todos os seus acessórios, não tendo o pagamento que se fez outro efeito que não seja o da substituição do credor A dívida extingue-se em relação ao primeiro credor, mas subsiste nas relações entre o devedor e o terceiro que paga, como se êste fôra o originário credor

O pagamento pode ser total ou parcial, não se extinguindo por êste completamente o crédito e podendo dar-se assim a subrogação parcial nas dívidas cuja solução não seja indivisível (art 783 °). Ora quando haja subrogação parcial, o credor pode exercer os seus direitos, com preferência ao subrogado, pelo resto da dívida (art 782.°) Quando a dívida haja sido paga em parcelas por diferentes pessoas, que sejam contemporâneamente ou sucessivamente subrogadas nos direitos do credor, não haverá, neste último caso, direito algum de preferência entre os subrogados (art. 782.° § único), tendo apenas os que hajam sido subrogados em primeiro lugar e quando não possam ser todos pagos ao mesmo tempo, direito a que o pagamento seja feito pela ordem sucessiva das diversas subrogações (art 784 °) Fica, porém, tendo o mesmo direito que o originário credor o cessionário do crédito (art 782 ° § único), tendo êste portanto o direito de ser pago de preferência ao subrogado, posto que a cessão seja posterior à subrogação.

Alguns jurisconsultos impugnam a preferência que, no caso de subrogação parcial, é dada ao originário credor, não se lhes afigurando razoável que, estando o devedor insolvente, o credor que já recebeu parte da dívida receba o resto por inteiro, podendo dar-se para o subrogado, que não teve nenhum intuito lucrativo no pagamento, um prejuízo total Esta doutrina foi sancionada no código civil italiano (art 1254 °)

Não foi esta doutrina seguida no código civil alemão, em que se preceitua (art. 268 °) que a subrogação não pode ser exercida em prejuízo do credor

A doutrina tradicional funda-se em que o credor não admi-

tiria a subrogação, quando esta revertesse em prejuízo dêle: *nemo contra se subrogasse censetur*. Na subrogação convencional por acôrdo entre o credor e o subrogado pode estabelecer-se a cláusula de que o credor não ficará tendo direito algum de preferência em relação ao subrogado.

61. *Diferenças entre a subrogação e a cessão.* O código, ao determinar os casos em que se dá a subrogação por acôrdo entre o credor e o devedor, diz «se o credor, que recebe o pagamento, *ceder* os seus direitos.. , ou *subrogar* quem houver pago nos seus direitos», parecendo assim equiparar a cessão à subrogação. A verdade, porém, é que são importantes as diferenças que há entre êstes dois meios de transferencia de creditos.

1) A subrogação resulta do facto do pagamento, não tendo o credor subrogado direito a receber do devedor mais do que efectivamente pagou. Se o credor der quitação integral do crédito mas houver recebido uma quantia inferior à importância dêle, o credor subrogado só terá direito a exigir do devedor o que efectivamente haja pago Quer o pagamento efeituado por terceiro tivesse por causa o interêsse do devedor, quer o interêsse do próprio terceiro que pagou, êste não teve intuito especulativo, e, como não é representante do credor, mas apenas fica subrogado nos seus direitos, não tem título algum em virtude do qual possa exigir a diferença entre o que pagou e a importância total do crédito Com a cessão da-se o contrario. Os direitos do cessionário derivam do próprio contrato de cessão, em virtude do qual êle fica sendo representante dos direitos do credor, e pode exigir portanto a importância total do crédito, qualquer que seja o valor por que o haja adquirido, quando a cessão se tenha realizado a título oneroso. Na cessão, quando o valor porque se adquire o crédito é inferior à importância dêste, existe ordinàriamente intuito especulativo.

Pode o credor fazer abatimento na dívida em proveito do terceiro que paga, e, neste caso, êste tem o direito de exigir do devedor o pagamento integral. Não se trata, porém, como é óbvio, duma subrogação, mas duma cessão, pois que a

subrogaçao nunca se pode dar a título gratuito. É assim que no art. 839 º § único se declara que, se o fiador transigiu com o credor, não pode exigir do devedor senão o que na realidade desembolsou, excepto se o credor lhe fez doação de qualquer abatimento feito na dívida

Esta disposição não representa uma modificação, como parece opinar o DR. DIAS FERREIRA, aos princípios em que assenta a subrogação, sendo uma mera aplicação dêsses princípios.

2) O cedente garante a existência e a legitimidade do crédito ao tempo em que se fez a cessão, e o cessionario fica tendo portanto uma acção de garantia contra o cedente, em virtude da qual tem o direito de ser reembolsado do que houver pago pela transmissão do crédito, das despesas que por essa causa haja feito, e ainda das perdas e danos que tenha sofrido, quando o cedente esteja de má fé No caso de subrogação, o credor não garante a quem paga o crédito a existência e legitimidade dêle Quando haja recebido o que não lhe era devido, não é pela acção de garantia, mas pela de repetição do que haja sido pago indevidamente, que se poderá proceder contra êle (1)

3) A cessão de créditos não se pode opor a terceiros, emquanto não houver sido notificado o devedor ou êste não tenha conhecimento, por forma autêntica, da cessão Pelo contrário, o pagamento com subrogação produz efeito contra terceiros, independentemente de quaisquer formalidades.

(1) O conceituado comentador do codigo civil diz que a subrogação feita nos termos do art 779 º n º 2.º «representa, para assim dizer, a venda de todos os direitos do credor, que fica ate responsavel pelas consequências da cedência, no caso de insolvência do devedor, etc »

Esta doutrina não e verdadeira

Se ha subrogação, esta resulta do pagamento e não da venda ou cessão do credito, extinguindo-se êste em relação ao originario credor, logo que o pagamento se efeitua. Se ha cessão, os principios que têm de se aplicar são os que regulam êste meio de transferência de creditos, não ficando, em harmonia com eles, o cedente responsavel pela solvabilidade do devedor

O codigo não estabelece disposições especiais para a subrogação quando esta e feita por acordo entre o credor e o terceiro que paga

Assim, se António houver pago a Paulo um conto de réis, e o credor, depois de efeituado o pagamento, ceder por título oneroso o seu crédito a Joaquim, que ignorava a extinção da obrigação pelo pagamento, embora o cessionário notifique imediatamente o devedor da cessão, esta não poderá produzir efeito, visto que a subrogação no crédito pelo pagamento produziu os seus efeitos contra terceiros Esta diferença entre a cessão e a subrogação explica-se pelo facto de o crédito se extinguir, em relação ao credor, pelo pagamento

4) A cessão só pode dar-se por vontade do credor, ao passo que a subrogação pode dar-se tanto por acôrdo entre o terceiro que paga e o credor, como por acôrdo entre êle e o devedor, independentemente da vontade do credor

5) A capacidade que se exige para a cessão não é a mesma que para a subrogação É assim que, não podendo um tutor adquirir por cessão um crédito do tutelado, pode ficar subrogado nos direitos do credor, se efeituar o pagamento dum crédito por ter interêsse nesse pagamento (art. 244.° n ° 3 °).

§ 13 — *Transmissão dos títulos de crédito*

Dr José Alberto dos Reis, *Dos títulos ao portador*, Giorgi, *Obbligazioni*, vol 7, n.os 176-295; Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol 3, §§ 77 e segg.; Umberto Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, 1.° vol n os 61-66, Bruschettini, *Trattato dei titoli al portatore*, Saleilles, *Theorie de l'obligation*, pagg 297-340.

62. *Natureza jurídica dos títulos de crédito* (1) A expressão *título de crédito*, por que pode designar-se qualquer escrito que seja prova duma obrigação, aplica-se tècnicamente às obrigações que, sendo literais e autónomas, têm leis próprias de circulação, em virtude das quais são negociáveis.

[1 Sôbre esta materia leia-se um artigo do *Autor* no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano V, n.os 44-46, pagg 241 e segg].

A obrigação constituída por um título de crédito é *literal*, porque o devedor fica adstrito à prestação tal como consta do título, nas condições neste especificadas ou dependentes da sua natureza, representando êsse escrito a medida dos direitos do credor Contra o título não é admissível qualquer prova tendente a demonstrar que o direito nele contido não foi constituído, deixou de subsistir ou se modificou em virtude de qualquer facto que não conste do próprio título ou que êste não pressuponha

A obrigação constituída por um título de crédito é *autónoma*, porque o indivíduo para quem seja transmitido êsse crédito fica sendo sempre um credor com direito próprio, independente do direito do transmitente, de quem não é representante. Donde resulta que o devedor não lhe pode opor qualquer excepção que se funde em relações existentes entre êle e qualquer dos precedentes credores.

A autonomia do título de crédito resulta de o devedor, no momento em que o emite, se constituir em obrigação para com qualquer pessoa para quem êle seja transmitido nas condições designadas no próprio título ou dependentes da natureza dêste, como se êle fôra o originário credor A prestação a que o devedor fica adstrito é, pela própria natureza do título, independente da causa jurídica que, em relação ao originário credor determinou a sua emissão, sendo só em relação ao credor que exija o cumprimento da obrigação que poderão tornar-se efectivas quaisquer excepções que contra êle tenha o devedor Assim, tendo-se efectuado um contrato de venda e aceitando o comprador uma letra sacada pelo vendedor, o aceitante constitue-se na obrigação de pagar o montante da letra não só ao sacador, mas à sua ordem, e portanto à pessoa a quem ela seja endossada, e, sendo o endossado estranho ao contrato que foi causa da emissão da letra ou em virtude do qual o aceitante desta se tornou devedor, é-lhe completamente indiferente que o contrato de compra e venda seja válido ou nulo e que tenha ou não sido cumprida a obrigação a que o vendedor, sacador da letra, ficou adstrito por aquele contrato

As relações resultantes do contrato tornam se efectivas

entre os contratantes, e, para facilitar a prova a êste respeito, pode declarar-se na letra a causa da obrigação por que ela se assume Essas relações não têm, porém, efeito algum quanto às pessoas para quem seja transmitida a letra, porque o aceitante desta, embora declarasse a causa da sua emissão, fez uma promessa abstracta, obrigando-se independentemente dessa causa, desde que ficou adstrito a pagar não só ao sacador, mas à sua ordem A obrigação constituiu-se assim para com pessoas indeterminadas, de forma que as pessoas a quem a letra seja sucessivamente endossada ficam tendo contra o aceitante um direito próprio.

O carácter literal e autónomo dos títulos de crédito, tornando êstes títulos negociáveis, exige que o direito neles contido só possa ser exercido por quem os possue. O devedor ficou adstrito, pelo próprio título, a efectuar a prestação nas condições nele designadas e portanto a qualquer pessoa para quem o título venha a ser transmitido Donde resulta que o título não é apenas uma prova do direito do credor; é por êle que se há de determinar quem é o credor Quem possue o título de crédito tem a certeza de que ninguém pode exercer o direito nele contido, porque não pode provar que seja credor.

Quando se dê a perda ou o extravio dum título de crédito, a sua reforma terá de fazer-se de modo que o devedor não seja prejudicado pela apresentação do título anterior e que também não possam ser lesados nos seus direitos os possuidores dêsses títulos

63. *Classificação dos títulos de crédito.* Os títulos de crédito, pelo que respeita ao modo por que pode efectuar-se a sua transmissão, classificam-se em *nominativos, à ordem e ao portador*

São *nominativos* os títulos que se emitem a favor duma pessoa determinada, para com a qual o emitente se obriga, e cujo nome consta ordinàriamente de livros de registo, nos quais têm de ser averbadas as transmissões dêsses títulos, para que produzam efeito em relação ao emitente. Nestes títulos é, pois, em geral necessária a cooperação do devedor

na transmissão. Esta não deve considerar-se, porém, como cessão, porque o direito que a pessoa para quem o título é transmitido fica tendo contra o devedor é completamente independente do direito do transmitente Êsses títulos são autónomos

Pelos títulos de crédito *à ordem* constitue-se uma obrigação para com uma pessoa cujo nome é declarado no próprio título, mas há nestes títulos uma cláusula expressa, ou que a própria designação do título envolve, em virtude da qual o credor pode transmitir o título para qualquer pessoa, ficando o devedor obrigado para com esta independentemente de qualquer cooperação ou intervenção da sua parte

Nos títulos *ao portador*, quem os emite constitue-se em obrigação para com quem esteja na posse do título e lho apresente, desinteressando-se assim completamente da pessoa do credor (1)

As prestações a que o devedor fica adstrito pelos títulos de crédito podem ser de natureza diversa. Assim, há títulos de crédito que têm por objecto uma prestação pecuniária, como as notas do Banco de Portugal, os títulos da dívida pública, as obrigações de bancos e companhias, há títulos de crédito que têm por objecto a entrega de cousas, como os títulos de depósito nos armazéns gerais, as guias de transporte; há títulos de crédito de prestação de serviços, como os bilhetes do caminho de ferro; há títulos de crédito a cuja posse estão inerentes os direitos de sócio, como as acções das sociedades anónimas. Seja qual fôr a natureza da pres-

(1) Os títulos de credito podem revestir um caracter mixto, sendo nominativos e ao portador, a ordem e ao portador. Veja-se o decr de 8 de outubro de 1900, art 34.° § 1.° n.° 5.°, e o cod. com., art 300.° §§ 1.° e 2.°. Ha tambem titulos que, tendo as aparências de titulos ao portador, representam apenas um meio de facilitar a realização de determinados actos, como são as guias de bagagem nos caminhos de ferro, as senhas de depositos que se façam num teatro. Êstes titulos, que se denominam de *legitimação*, dão aos respectivos empregados do caminho de ferro ou do teatro o direito de se certificar da legitimidade do portador

tação, o título de crédito está sujeito, na sua circulação, às normas estabelecidas para os títulos nominativos, à ordem e ao portador Notaremos apenas que, se o título de crédito der direito à entrega duma cousa determinada, a transmissão do título importa não só a transmissão do direito de exigir a entrega, mas a transferência do direito real sôbre as cousas que devem ser entregues

64. *Modos por que se realiza a transmissão dos títulos de crédito.* No art. 483.º do código comercial declara-se que a transmissão dos títulos à ordem far-se há por meio de endosso, a dos títulos ao portador por entrega real, a dos títulos públicos negociáveis na forma determinada pela lei da sua criação ou pelo decreto que autorizar a respectiva emissão, e a dos não endossáveis nem ao portador nos termos prescritos no código civil para a cessão de créditos

Para se compreender bem o alcance desta última parte do art. 483.º é necessário atender, por um lado, a que há documentos por que se provam obrigações mercantís e que não são rigorosamente títulos de crédito, isto é, representativos de obrigações literais e autónomas, transmitindo-se os créditos constantes dêsses documentos, em que há um credor determinado, pela cessão e pela subrogação, em harmonia com as disposições do código civil; e, por outro lado, a que os títulos públicos negociáveis, em que se compreendem não só títulos nominativos mas ao portador, só estão sujeitos a normas especiais quando sejam nominativos, transmitindo-se os títulos ao portador pela tradição real

A palavra *negociáveis* exprime a idea de que êsses títulos são destinados a circular como valores patrimoniais e que essa circulação tem normas especiais, não sendo consequentemente aplicáveis a êsses títulos as disposições que em geral regulam a transmissão dos créditos

Não são só os títulos nominativos da dívida pública, que, embora sejam negociáveis, têm natureza civil, que estão sujeitos a normas próprias pelo que respeita à sua circulação.

Há disposições especiais também para a transmissão de

títulos nominativos emitidos por sociedades anónimas comerciais e civis, quando estas se constituam por qualquer das formas estabelecidas na lei comercial. Essas sociedades constituem-se por acções, que são títulos de crédito, e podem emitir obrigações, que são títulos de crédito também, podendo tanto umas como outras ser nominativas ou a portador (cód. com , artt 166.º §§ 1.º e 2.º e 196.º)

Há ainda outras pessoas colectivas que, como os corpos administrativos, podem emitir títulos de dívida que tenham o carácter de negociáveis, quando para isso sejam devidamente autorizadas.

Pelo que respeita à transmissão dos títulos nominativos, essa transmissão faz-se por uma declaração no próprio título em que se designa a pessoa a quem êle fica pertencendo, mas, para que essa transmissão produza efeitos em relação a quem emitiu o título e a terceiros, torna-se necessário que seja averbada no livro destinado ao registo dêsses títulos. Assim, no cód. com preceitua-se (artt. 168.º § 1.º e 198.º) que a transmissão das acções e das obrigações nominativas não produzirá efeitos para com a sociedade e para com terceiros senão desde a data do respectivo averbamento nos livros destinados ao registo dêsses títulos

No decr n.º 7, de 30 de dezembro de 1892, declara-se que os títulos de dívida interna nominativos transmitem-se por endosso e por todos os modos de cessão admitidos em direito

Esta linguagem não é rigorosa Aos títulos nominativos da dívida pública não se aplica a teoria da cessão, que, como contrato, representa um meio ou modo único de transferência de créditos. A transmissão dos títulos nominativos ou se faz por uma declaração feita pelo credor no próprio título em que se designa a pessoa a quem êle fica pertencendo, declaração a que se dá no decreto citado o nome de *endosso*, representando êste todavia o meio por que se faz a transmissão dos títulos à ordem, ou por outros modos por que se verifica a transmissão de direitos, como por testamento e por sucessão legítima. Nestes casos, quem sucede no direito ao título tem de o fazer averbar para que fique sendo conside-

rado, em relação ao emitente, como credor e possa exercer os direitos nele contidos

Quando a transmissão do título se faça por uma declaração nele escrita, torna-se necessário também o averbamento para que essa transmissão produza efeitos em relação ao emitente e a terceiros. É de notar, porém, que, sendo necessária a posse do título para que se possa realizar outra transmissão, não há, quanto aos títulos de crédito nominativos e desde que o adquirente esteja na posse dêles, a possibilidade de que o transmitente anule, por meio duma nova transmissão, a anterior. Podem, porém, os credores do transmitente, por meio de arresto ou de penhora que façam no título de crédito, invalidar a transmissão que haja sido feita emquanto ela não fôr averbada, pois que só pelo averbamento é que produz efeitos em relação a êles.

A transmissão dos títulos à ordem realiza-se por meio de *endosso*, que é uma declaração escrita e assinada no próprio título com as formalidades prescritas na lei, mediante a qual se transferem os direitos nele contidos Desde que o endossado esteja de posse do título de crédito, o endosso, que produz efeitos em relação ao devedor e a terceiros independentemente de qualquer outra formalidade, representa a transmissão definitiva dêsse título

A transmissão dos títulos ao portador verifica-se pela tradição real dêsses títulos, sendo apenas necessária a posse deles para que seja atribuida a quem está nessa posse a qualidade de credor

65 *Efeitos da transmissão dos títulos de crédito, excepções que o emitente pode opor.* Desde que se transmite um título de crédito com as formalidades prescritas na lei para que produza efeitos em relação ao devedor e a terceiros, o devedor ou emitente do título fica adstrito para com o novo credor, como se êste o houvera sido desde que se constituiu a obrigação. Atenta a autonomia da obrigação que o devedor assumiu pelo título de crédito, os credores que se sucedem ao originário credor não são representantes dêste, têm um direito próprio, independente.

Da autonomia dos títulos de crédito resulta, pois, que o devedor ou emitente do título só pode opor ao credor qualquer excepção ou defesa: 1) que se funde no próprio título, como a sua nulidade ou falsidade, 2) que seja pessoal ao devedor, como a sua incapacidade, 3) que seja pessoal ao credor que pretende tornar efectivo o direito constante do título, como se êste houver adquirido o título ilegitimamente, por meio de furto, de roubo ou por qualquer meio fraudulento Quaisquer irregularidades que tenha havido na circulação do título de crédito não podem ser opostas ao adquirente do título, desde que êste esteja de boa fé O negócio jurídico em virtude do qual se verifica a transmissão do título de crédito deve ser considerado de per si, independentemente dos direitos do transmitente, sendo assim considerado como legítimo possuidor do título e verdadeiro credor quem o adquira por qualquer dos modos estabelecidos na lei

Quando o título de crédito haja sido adquirido ilegitimamente, como, em relação aos títulos nominativos e à ordem, por meio de falsificação da assinatura do transmitente, e, em relação aos títulos ao portador, por meio de furto ou roubo, é óbvio que tal transmissão não pode produzir efeitos jurídicos, e, se o emitente ou devedor tiver conhecimento de que a adquisição é ilegítima, não só pode mas deve recusar-se a efectuar o pagamento ao autor de qualquer dos factos referidos, pois, se assim não proceder, cooperará na prática dum crime Se, porém, tendo um título de crédito sido adquirido por qualquer dêsses meios, houver sido transmitido a quem, no momento da adquisição, esteja de boa fé, o devedor não poderá recusar-se a cumprir a obrigação que pelo título assumiu, nem o credor que dêste haja sido ilegitimamente privado poderá exigir a sua restituição

Esta doutrina, que é uma mera ilação da teoria da autonomia do título de crédito e que se acha, pelo que respeita às letras, consignada no art. 336 ° do cód. comercial, em que se declara que toda a assinatura aposta numa letra sujeita o signatário à obrigação que ela implica, sem embargo da nulidade de qualquer outra obrigação ou da falsidade de qualquer assinatura, tem sido contestada, aplicando-se aos títulos

de crédito as disposições relativas à transmissão da propriedade e dando-se consequentemente ao credor, que ilegitimamente haja sido privado do título de crédito, o direito de exigir a sua restituição, visto que, segundo os princípios sancionados no nosso código civil, a posse não vale título.

Assinalando as deficiências da nossa legislação sôbre êste momentoso assunto e as incorrecções de linguagem que têm levado a considerar cousas corpóreas os títulos de crédito, falando-se em *propriedade* dos títulos de crédito, em títulos de crédito *alodiais*, etc , parece-nos que não pode considerar-se tal doutrina, que não só desconhece a natureza do título de crédito, mas atacaria fundamentalmente a negociabilidade dêsses títulos e a sua circulação, aceita pela nossa legislação.

Em relação aos títulos à ordem vê-se, pelo que dispõe o art. 336 ° do código comercial, que a transmissão dêsses títulos não pode equiparar-se à alienação das cousas móveis Nesta alienação, o adquirente fica sendo o representante do transmitente, quanto aos direitos sôbre a cousa ; na transmissão do título de crédito, o adquirente dêste fica tendo um direito *próprio* em relação ao devedor Êste não póde opor-lhe portanto qualquer vício que tenha havido na adquisição do título pelo transmitente, não se podendo consequentemente aplicar o princípio da cessão dos créditos civis, nem o relativo à transmissão da propriedade das cousas

E afigura-se-nos que não pode deixar de seguir-se a mesma doutrina pelo que respeita aos títulos de crédito nominativos e ao portador.

Nos títulos de crédito nominativos a transmissão verifica-se, com efeitos em relação ao devedor e a terceiros, desde que tenha sido averbada no competente livro do registo Por êste averbamento, o emitente do título fica directamente vinculado com o novo credor e como se êle o fôra desde a emissão do título. E um título negociável, autónomo, e portanto o direito do credor não pode ser invalidado por qualquer excepção que o devedor poderia opor contra qualquer credor intermediário, fundando-se na ilegitimidade da adquisição dêste

No momento em que se faz o averbamento, o devedor deve verificar cuidadosamente as condições em que se efectua a

transmissão do título (1) Quaisquer terceiros que de boa fe adquiram o título não podem nem devem ficar responsáveis pelas irregularidades que tenha havido nas transmissões anteriores Essas responsabilidades hão de tornar-se efectivas contra quem delas foi autor ou contra quem, podendo e devendo evitá-las, o não fez por culpa sua

Para nós, o averbamento dum título de crédito nominativo não estabelece apenas, como o registo predial, a presunção de que a pessoa a favor de quem o título é averbado tem a qualidade de credora Atribue-lhe realmente esta qualidade em relação a terceiros, atenta a autonomia da obrigação, e quando venha a ser anulado o negócio jurídico em virtude do qual se fez o averbamento, essa anulação não pode prejudicar qualquer adquirente do título que, desconhecendo a referida nulidade, procedesse de boa fé O negócio jurídico por que êle adquire tem de ser considerado de per si, abstractamente, sendo assim improcedentes contra êle quaisquer excepções que, fundadas na nulidade de transmissões anteriores, se pretenda alegar

Quanto aos títulos de crédito ao portador não pode deixar de seguir-se a mesma doutrina

A sua transmissão verifica-se pela tradição real Desde que o adquirente esteja de boa fé, essa transmissão não pode ser anulada, porque, no próprio momento em que ela se deu, o possuidor do título ficou tendo um direito autónomo, independente do direito do credor que dêle foi ilegitimamente desapossado Não pode êste exigir portanto a restituição do título, nem o emitente ou devedor se pode recusar ao seu pagamento

Escusado será notar que a doutrina que acabamos de expor se aplica só aos títulos de crédito pròpriamente ditos, isto é, às obrigações que tenham um carácter literal e autónomo Em relação aos títulos nominativos, devem considerar-se tais os que sejam declarados negociáveis, pois que a negociabili-

(1) Vejam-se as regras prescritas sobre o averbamento dos títulos da divida publica no decr de 8 de outubro de 1900, art 39.°

dade do título envolve a aplicação das normas relativas à circulação dos títulos de crédito

Concluiremos notando que, para se ver que aos títulos de crédito não podem aplicar-se as disposições relativas à transferência dos direitos reais, bastará atender a que êsses títulos não têm valor de per si, dão direito a uma prestação, que tem de ser efectuada por um devedor O título apenas é uma condição necessária para o exercício dum direito de crédito.

Na transmissão dos títulos de crédito não há, só pelo facto da transmissão, a responsabilidade do transmitente do título de crédito para com a pessoa a quem êle é transmitido, não garantindo o transmitente a existência e a legitimidade do crédito

Nos títulos à ordem o transmitente fica responsável pelo endosso, mas essa responsabilidade tem, do mesmo modo que o direito contido no título, um carácter autónomo, sendo considerada de per si e não em relação aos outros coobrigados no título Não há a garantia da existência e da legitimidade do crédito pelo facto da transmissão, mas pelo da assinatura, há uma responsabilidade própria que se assume pelo facto do endosso, a qual é válida, embora se anule a transmissão da letra para o endossante. Assim, tendo sido falsificada a assinatura da pessoa a quem uma letra estava endossada, é claro que por êsse endosso esta pessoa não contraiu responsabilidade alguma, sendo o endosso nulo em relação a ela, se, porém, o endossado transmitir a letra por novo endosso, tornando-se endossante, assume, pela sua assinatura, a obrigação do pagamento da letra. Havendo um endosso em branco e transmitindo o portador a letra sem a assinar não se constituirá em responsabilidade.

CAPÍTULO V

DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ 14 — *Ideas gerais.*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 1 °, § 143, GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 7 °, n.os 1-6, MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 4.°, n ° 112, BEUDANT, *Les contrats et les obligations*, n.os 765-769, PLANIOL, *Traite elementaire*, tomo 2 °, n ° 399.

66 *Factos de que resulta a extinção das obrigações.* O vínculo que pela obrigação se estabelece entre o devedor e o credor pode deixar de existir ou de ter eficácia jurídica em virtude de diversos factos. Esses factos não actuam, porém, do mesmo modo sôbre o vínculo obrigatório, não tendo todos eles cabimento no capítulo relativo à extinção das obrigações

Já dissemos (n ° 27) que o nosso código trata dos factos extintivos das obrigações sob a epígrafe *Dos efeitos e cumprimento dos contratos*, e acham-se nele especialmente regulados os seguintes: o pagamento, a proposta de pagamento e consignação em depósito, a compensaçao, a confusão, a novação e o perdão ou renúncia.

Outros factos determinam, porém, a extinção das obrigações, como a impossibilidade casual do seu cumprimento, uma condição resolutiva, a anulação do título constitutivo da obrigação, o acôrdo entre o devedor e o credor em virtude do qual fique sem efeito o título constitutivo da obrigação e, em certas obrigações, a vontade duma das partes, a morte do devedor ou do credor, a prescrição negativa Não devemos tratar dêstes factos no presente capítulo.

A extinção do vínculo obrigatório por facto não imputável ao devedor dá-se em virtude da relação que há entre êsse vínculo e o conteúdo da obrigação Assim, dada a perda casual da cousa devida, o vínculo obrigatório não pode subsistir, porque falta o seu conteúdo, dada a impossibilidade casual da prestação dum facto, o vínculo obrigatório não pode subsistir também, porque não podem produzir-se os seus efeitos E como em qualquer dos casos é necessário determinar as consequências que, em relação ao devedor e ao credor, derivam da impossibilidade do cumprimento da prestação, e estas consequências podem ser diversas não só em virtude da natureza do vínculo obrigatório mas das cláusulas do negócio jurídico, segue-se que a doutrina relativa à impossibilidade do cumprimento das obrigações deve ser exposta, dum modo geral, no capítulo relativo aos efeitos das obrigações e, quanto a certas categorias de obrigações, na parte em que se determinarem os efeitos que delas derivam

A extinção do vínculo obrigatório em virtude de se haver verificado uma condição resolutiva dá-se com efeito retroactivo, considerando-se a obrigação como se não tivesse existido O mesmo sucede com a anulação ou rescisão do título constitutivo da obrigação Por estes factos não se extinguem pròpriamente obrigações, declaram-se essas obrigações inexistentes ou ineficazes e consequentemente destituídas, desde o momento da sua aparente constituição, de efeitos jurídicos É portanto na teoria do negócio jurídico dum modo geral, e, em especial, na parte em que se trata das fontes das obrigações, que se devem determinar os efeitos da condição resolutiva e da nulidade ou anulabilidade das obrigações

O acôrdo entre o devedor e o credor, em virtude do qual deixa de subsistir o vínculo obrigatório, pode dar-se em condições diversas Assim, por êsse acôrdo, como na dação em pagamento, na novação, pode extinguir-se a obrigação por uma fórma especial, havendo, nestes casos, uma extinção pròpriamente dita da obrigação pelo seu cumprimento, a qual produziu os seus efeitos, embora não fosse normalmente cumprida Pode pelo acôrdo entre o devedor e o credor considerar-se como inexistente o vínculo obrigatório (art 702 °), e, em tal caso, êste não produziu efeitos alguns, não tendo conseqüentemente que tratar-se da sua extinção

Só por vontade duma das partes podem rescindir-se certos vínculos de obrigação, como o contrato de sociedade e o de mandato (art 1278 ° e 1363 ° n°s 1 ° e 2 °). São, porém, casos excepcionais, em que se põe têrmo a uma determinada situação subjectiva, e cujas condições e efeitos têm de integrar-se na disciplina jurídica da respectiva obrigação

Em princípio, as obrigações são transmissíveis, não se extinguindo pela morte do credor ou do devedor. Há, porém, obrigações que têm por sua natureza carácter pessoal e outras que terminam com a morte do credor ou do devedor, quando não haja cláusula em contrário. Assim, a obrigação de alimentos termina com a morte do alimentado, transmitindo-se para os herdeiros do devedor (art. 176 °), o mandato termina pela morte do constituinte ou do mandatário (art 1363 ° n.° 3 °), o contrato de sociedade acaba pela morte de um dos sócios, se não se tiver estipulado que ela continue com os seus herdeiros (art 1276 ° n ° 4 ° e 1277 °) São casos especiais, que não podem ter cabimento no capítulo em que se trata da extinção das obrigações em geral Cumpre-nos notar ainda que a morte do devedor ou do credor pode, em determinados casos, fixar ou precisar o conteúdo da obrigação, pondo-lhe têrmo e determinando-se por êste a prestação, a qual se extinguira em harmonia com os princípios gerais

A prescrição não actua directamente sôbre o vinculo obrigatório, extinguindo os seus efeitos, pela prescrição o devedor adquire o direito de se libertar do cumprimento da obrigação, alegando-a e paralizando consequentemente a acção do credor E, como se trata dum efeito da prescrição que é comum aos direitos reais e às obrigações, ocupámo-nos dessa matéria na parte geral.

67. *Classificação dos factos extintivos das obrigações.* Das considerações que acabamos de fazer vê-se que há factos que actuam sôbre o próprio título constitutivo da obrigação, de modo que esta deixa de produzir os seus efeitos, não pela extinção directa dêstes, mas da sua causa geradora; que há

outros que põem têrmo a uma situação concreta de que a obrigação deriva; que em alguns casos se dá a ineficácia da obrigação, não podendo ser exercido o direito de crédito em virtude dum facto que o devedor pode alegar como excepção, e que não temos que nos ocupar de nenhum dêsses factos neste lugar Trataremos apenas dos factos que actuam directamente sôbre os efeitos da obrigação

Os modos por que as obrigações se extinguem, e que, tomando-se a palavra *extinção* no seu sentido rigoroso, são os que actuam directamente sôbre os seus efeitos, ou representam o cumprimento da prestação prometida, ou a substituição desta prestação por outra, ou a libertação do devedor sem que êste tenha de efectuar a prestação.

O cumprimento da prestação prometida dá-se pelo pagamento, pela proposta de pagamento ou consignação em depósito e pela compensação

A substituição da prestação devida pode dar-se pela dação em pagamento e pela novação

A libertação do devedor, sem que êste tenha de efectuar a prestação a que estava adstrito, dá-se pela confusão e pelo perdão ou renúncia

§ 15 — *Do pagamento*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, vol. 1.°, §§ 143-149, GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 7 °, n.os 8-16 e 68-155, BAUDRY-LACANTINERIE, *Des obligations*, tomo 2.°, pagg. 495 e segg , BEUDANT, *Les contrats et les obligations*, n os 772 e segg , PLANIOL, *Traite*, tomo 2.°, n.os 400 e segg., MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 4.°, n os 113-119, WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 2.°, parte 1 ª §§ 342 e 343 °

68 *Noção de pagamento Terminologia do código* O nosso código designa o cumprimento normal das obrigações pelas expressões *prestação de factos e prestação de cousas* e só pela palavra *prestação* (artt 711 °, 714.°, 721.°, 744.°, 747.°-750 °, etc), usa também por vezes da palavra *pagamento*, já tomando-a no sentido vulgar de prestação de uma quantia de dinheiro (artt. 724 °, 725 °, 727.°, 729, etc.), já para significar o cumprimento normal da obrigação, seja qual fôr o conteúdo desta (artt. 740 °, 758 °). Emprega ainda a expressão *cumprimento* da obrigação, como sinónima de pagamento, neste último sentido (art. 741 °)

Das expressões referidas, a que julgamos mais adequada para significar a extinção da obrigação pelo seu cumprimento normal é a palavra *pagamento* A palavra *prestação* refere se directamente ao objecto da obrigação, e a palavra cumprimento é um têrmo genérico, que significa não só a execução normal da obrigação pelo pagamento, mas pela proposta de pagamento e consignação em depósito e ainda por qualquer facto em virtude do qual o devedor extinga a obrigação mediante uma prestação equivalente àquela a que ficou adstrito

O pagamento pressupõe uma obrigação, e por esta se determina o conteúdo da prestação e o lugar e tempo em que deve ser efectuada. Na teoria do pagamento não temos que ocupar-nos destas matérias, cumprindo-nos apenas determinar quem pode efeituar o pagamento e a quem pode ser feito, quais são os efeitos do pagamento, e, no caso de o devedor estar adstrito para com o credor por obrigações diversas, em qual destas deve ser imputado o pagamento; qual a prova que se exige para o pagamento, e quais os efeitos que resultam do pagamento não devido

69. *Quem pode efectuar o pagamento.* O pagamento tanto pode ser realizado pelo próprio devedor ou por um representante seu, como por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada no pagamento (art 747 °).

O motivo por que, em princípio, se faculta a qualquer terceiro que, em seu próprio nome ou em nome do devedor, pague por êste, é que, consistindo o interêsse do credor em que a obrigação seja cumprida, e o interêsse do devedor em ser libertado dela, não seria justo que o credor não pudesse receber a prestação de terceiro, pelo facto de o devedor se opor, nem tão pouco o seria que o devedor não pudesse ser favorecido pelo pagamento feito por terceiro, pelo facto de o credor se recusar a aceitá-lo. Quando haja, porém, acôrdo

entre o credor e o devedor, em virtude do qual aquele não possa receber a prestação dum terceiro ou fique com o direito de a não receber, êsse acôrdo deverá ser cumprido, não podendo o credor ser compelido a aceitar a prestação (art 747 ° § único) E também o não pode ser quando seja prejudicado pelo pagamento feito por terceiro (art. 747 ° § único), o que se dará não só quando a prestação requeira uma habilidade especial ou determinadas condições no devedor, mas quando possa ficar constituído em responsabilidade para com o devedor (1).

Os efeitos do pagamento realizado por terceiro são, relativamente ao credor, os mesmos que se o pagamento fôsse feito pelo próprio devedor, ficando a obrigação extinta Quanto às relações que pelo pagamento se formam entre o devedor e o terceiro que paga, é necessário verificar se quem paga tem a intenção de realizar um acto de liberalidade para com o devedor, libertando êste da obrigação, ou se pretende reaver do devedor o que tenha pago. No primeiro caso, o terceiro que paga ficará sem direito algum contra o devedor No segundo caso são diversas as relações que se estabelecem entre êle e o terceiro que paga, conforme o pagamento é feito por pessoa interessada ou não interessada e as condições em que esta efectua o pagamento

Se o terceiro que paga a dívida tem qualquer interêsse de carácter patrimonial no pagamento (veja-se o n ° 59) ficará subrogado nos direitos do credor

Se o terceiro, não tendo interêsse no pagamento, efectua êste com consentimento do devedor, ou sendo subrogado pelo credor expressamente e no próprio acto do pagamento nos seus direitos, ficará com os mesmos direitos que se fôra interessado no pagamento Quando se não verifique nenhum dêstes factos, não terá direito algum contra o devedor, excepto se, achando-se êste ausente em parte certa ou incerta e não podendo efectuar o pagamento em virtude dessa ausência, receber com êle manifesto proveito (art. 747.°). Á ausência deve equiparar-se para êste efeito qualquer impedimento que impossibilite o devedor de cumprir a obrigação.

Neste caso há uma gestão de negócios (art. 1723.°) e o devedor fica responsável por essa gestão, em virtude do proveito que por ela auferiu (art 1725 °)

O credor não pode opor-se ao pagamento por um terceiro, salvos os casos especificados no § único do art. 747 °, mas não pode ser constrangido a subrogar o terceiro que paga nos seus direitos Para esta subrogação torna-se necessária a vontade dêle expressamente manifestada (art 779.° n ° 2 °), evitando-se assim que um terceiro realize o pagamento, em que não tem interêsse, com o único intuito de vexar o devedor

a quem deve ser feito o pagamento. O pagamento deve ser feito ao próprio credor, ou ao seu legítimo representante (art 748 °) Quando o credor seja incapaz, como um menor, um interdito, o devedor não ficará desobrigado, se pagar ao incapaz, contra o qual só poderá proceder na medida daquilo em que êste se haja locupletado pelo pagamento

O pagamento que o devedor faça a qualquer terceiro não o livra, excepto (art. 749 °) 1 ° se assim houver sido estipulado, caso em que o terceiro deverá considerar-se como mandatário para o efeito de receber o pagamento, como se numa escritura de empréstimo se estipular que o pagamento se fará no cartório dum certo notário, ou quando o credor tenha consentido em que o pagamento se faça a um terceiro, consentimento que pode ser manifestado antes ou depois do pagamento, pela ratificação dêste ou pelo facto de se aproveitar dêle; 2 ° nos casos em que a lei o determinar, como havendo penhora e tendo o devedor de pagar ao depositário dos bens penhorados

Quando o pagamento feito a terceiro não produza efeito em relação ao credor, o devedor continuará adstrito à prestação para com êste, em harmonia com o ditado *quem paga mal paga duas vezes.* Poderá, porém, reaver do terceiro a

(1) Veja-se o ac. do S T J de 15 de junho de 1894, na *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol. 34 °, pag 141.

quem tenha pago, quando êste não seja incapaz, o que êle tenha recebido para pagar ao credor, e, quando êle seja incapaz, poderá exigir aquilo que ainda tenha no seu património ou que lhe haja servido de proveito.

Quando o crédito haja sido arrestado ou penhorado por qualquer credor do credor, o devedor não poderá pagar ao credor. Se o fizer, ficará constituído em responsabilidade para com o arrestante ou exequente, que pode obrigá-lo a pagar de novo.

71. *Efeitos do pagamento e imputação dêste* Pelo pagamento feito nas condições devidas e aceito pelo credor, e até ao montante dêle quando a dívida não seja integralmente paga, ficará a obrigação extinta.

O credor não pode ser constrangido a receber o pagamento parcial. Pode, porém, aceitar o pagamento nestas condições, e, quando a dívida vença juros, entender-se há, na falta de acôrdo entre o credor e o devedor, o qual constará ordinàriamente do recibo que aquele passar, que as quantias prestadas são por conta dos juros e não do capital (art. 730.°).

O mesmo devedor pode estar adstrito para com o credor a diferentes prestações, que estejam vencidas ou não, e, quando não efectue o pagamento integral de todas elas, necessário é verificar a qual das dívidas há de referir-se o pagamento.

O princípio que na lei se estabelece a êste respeito é que pertence ao devedor a escolha da dívida (art. 728 °)

O arbítrio do devedor tem, porém, restrições Se as obrigações ainda não estiverem todas vencidas, e o prazo houver sido estabelecido em proveito do credor, não podera o devedor escolher a dívida não vencida para que nela seja imputado o pagamento. Se o pagamento fôr insuficiente para extinguir completamente um crédito, como o credor não é obrigado a receber o pagamento parcial, não poderá também o devedor designar êsse crédito para que o pagamento se considere feito por conta dêle.

Quando o devedor não escolha a dívida a que o pagamento

se refere, entender-se há (art 729.°) que o pagamento é por conta da mais onerosa, e considera-se como mais onerosa a dívida que vença maior juro e a que esteja caucionada; em igualdade de circunstâncias, que é por conta da mais antiga, para o que se deverá atender, quando todas as obrigações sejam exigíveis, não à época do vencimento, mas à data em que se constituirem; quando todas as obrigações sejam da mesma data e igualmente onerosas, entender-se há que o pagamento é feito por conta de todas elas, rateadamente. Quando todas as obrigações não estejam vencidas, deve entender-se que o pagamento é feito por conta da que se tornou exigível, embora esta seja menos onerosa.

72. *Prova do pagamento.* O princípio que se pode estabelecer acêrca da prova do pagamento é o seguinte quando a lei exija para prova da obrigação documento escrito, ou o devedor o tenha passado, êste terá de exigir, para sua segurança, recibo, embora, se a lei o não exigir para o pagamento, êste admita qualquer prova Em algumas disposições do código declara-se que a quitação se prova pelos mesmos meios que a obrigação (artt 1434 ° § 2.°, 1534 ° § único, 1643.°). Deve, porem, ter-se em vista o que se acha disposto nos artt. 2438 ° e 2439 ° (1).

Deve ter-se também em consideração que, se a dívida se provar por documento particular, a entrega dêste ao devedor faz presumir o pagamento.

Em relação aos títulos de crédito, qualquer meio por que o devedor prove a quitação não produzirá efeito em relação ao adquirente deles, desde que a quitação não conste do próprio título O credor não poderá exercer o seu direito sem o título; mas, desde que esteja na posse dêle, não poderá o devedor, que já o tenha pago, alegar êste facto e provar que o crédito está extinto senão contra a pessoa a quem fez o pagamento.

(1) Vejam-se estas *Instituições*, 1.° vol , n.° 251

73. *Pagamento indevido.* O pagamento pressupõe necessàriamente uma obrigação, e pode dar-se o caso de alguém pagar o que não deve, já por não ser devedor, já, sendo-o, por não ser ao verdadeiro credor que fez o pagamento No primeiro caso sempre e, no segundo, quando o pagamento não produza efeitos em relação ao credor, do facto de involuntàriamente se pagar o que se não deve deriva a obrigação para quem recebeu de restituir o objecto do pagamento

Para que a pessoa que efeituou o pagamento possa exigir o cumprimento desta obrigação, deve provar não só o facto do pagamento e que a dívida não existia ou foi anulada (1), mas que o pagamento foi realizado em virtude de êrro de facto ou de direito (art. 758.°). Quando a pessoa que paga sabe que não deve, não pode repetir o que tenha pago, embora não estivesse adstrita ao pagamento por um vínculo jurídico. Neste caso haverá uma doação ou o cumprimento dum dever de honra ou de consciência, e, sempre que êste dever exista, será muito difícil a prova de que houve êrro, pois há, provada a relação especial entre quem recebeu o pagamento e quem o fez, a presunção de que o pagamento que se fez voluntàriamente, isto é, sem dolo nem violência, não se fez por êrro, mas para cumprir um dever imposto pela moral ou pela conveniência social.

Quanto à pessoa que recebe o pagamento, se ela sabe que êste não é devido, estará de má fé, se também há êrro por parte dela acêrca da existência da obrigação, estará de boa fé Em qualquer dos casos, há obrigação de restituir, mas as condições em que deve efectuar-se a restituição não são as mesmas, visto que, no caso de má fé, há um facto ilícito e a consequente responsabilidade civil.

Assim, o que de má fé recebeu cousa indevida deve restituí-la com perdas e danos (art 758 °) Ficará responsável até por perdas e danos acidentais, quando se prove que estes não se haveriam dado se a cousa estivesse em poder de quem fez o pagamento (art 496.°).

Quando a cousa indevida não seja fungível e o que a recebeu de má fé a tenha transmitido a outrem, é necessário verificar se êste tinha ou não conhecimento da obrigação em que o transmitente se achava constituido para com quem fez o pagamento Se tinha conhecimento, estará também de má fé, e o lesado poderá reivindicá-la, se não tinha conhecimento, haverá boa fé, e quem fez o pagamento não poderá reivindicá-la, se a transferência houver sido feita por título oneroso. Quando o tenha sido por título gratuito e o alheador se acha insolvente poderá dar-se a reivindicação (art. 758.° § 1 °)

Quando se tenham realizado bemfeitorias na cousa indevida, observam-se os princípios gerais (art. 758 ° § 2 °).

Se o pagamento fôr duma cousa fungível, quem o recebe de má fé ficará responsável também por perdas e danos, e, se fôr uma quantia de dinheiro essas perdas e danos consistirão nos juros legais, desde o momento em que o pagamento se fez

Quando o pagamento haja sido feito a um incapaz tem, como verêmos, aplicação o princípio do não locupletamento à custa alheia.

(1) Veja-se o ac. do S T. de J. de 9 de dezembro de 1893, na *Revista dos Tribunais,* vol 17 °, pag 51

§ 16 — *Da proposta de pagamento e consignação em depósito.*

DR. DIAS FERREIRA, *Código civil anotado,* tomo 2 °, notas aos artt. 759-/64, CORRÊA TELES, *Digesto Português,* tomo 1 °, n.os 1118-1126, GIORGI, *Obbligazioni,* tomo 7 °, n.os 267-296, MAZZONI, *Istituzioni,* vol. 4.°, n.os 125-129, BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations,* tomo 2 °, pagg 719-725; SALEILLES, *Theorie de l'obligation,* pagg 40-43, DEMOLOMBE, *Cours,* tomo 28 °, n.os 63 e segg.

74 *Casos em que é admitida a proposta de pagamento e consignação em depósito e quem a pode requerer* No art 759 ° declara-se que o devedor pode livrar-se, fazendo depositar judicialmente, com citação do credor, a cousa devida nos seguintes casos: 1.° se o credor recusar recebê-la; 2 ° se o

credor não vier ou não mandar recebê-la na época do pagamento, ou no lugar para isso designado, 3.° se o credor não quiser dar quitação, 4 ° se o credor fôr incapaz de receber e não houver quem legalmente o represente (cód de proc civil, art. 628 ° § 3 °), 5 ° se o credor fôr incerto

Em harmonia com o disposto no art 760 °, se os credores forem conhecidos, mas duvidoso o seu respectivo direito, poderá o devedor fazer depositar a cousa devida, fazendo-os citar para que façam certo o seu direito pelos meios competentes; e no art. 635 ° do cód de proc civil preceitua-se ainda que, estando pendente acção ou execução sôbre a dívida, pode o devedor requerer por êsse processo o depósito da quantia ou cousa que julgar dever, intimado prèviamente o credor para recebê-la, por têrmo nos autos no dia e hora que o juiz designar.

Vê-se destas disposições que a proposta de pagamento e consignação em depósito, a qual representa um pagamento forçado, só é admitida excepcionalmente Necessário se torna, pois, que se alegue o facto que dá direito à consignação em depósito, para que êste possa ser judicialmente ordenado (cód de proc civil, art. 628 °) Quando o facto que se alega fôr a incerteza do credor, o depósito não poderá efectuar-se sem que se verifique essa incerteza pelo não comparecimento de alguma pessoa na qualidade de credor, depois de chamados por éditos de trinta dias, nos termos dos artt 195 ° e segg do cód de proc civil, todos os que se considerarem com direito ao recebimento da quantia ou cousa que se pretender depositar (cód de proc civil, art 628.° § 1 °) Se o depósito fôr requerido em processo pendente, é necessária a intimação prévia do credor nos termos do art. 635 ° do cód de proc civil.

Quando se verifique judicialmente que não é verdadeiro o motivo invocado pelo devedor para requerer a consignação em depósito, o pedido deverá ser declarado improcedente, não produzindo o depósito efeito algum e podendo ser levantado Assim, alegando-se que o credor se recusava a passar quitação e provando-se que não houve tal recusa mas apenas a de passar a quitação como o devedor pretendia, atribuindo-se

nela a êste um direito que realmente não tinha, deve considerar-se o depósito sem efeito (1)

Desde que o pagamento pela consignação em depósito representa um meio especial facultado ao devedor para se libertar da obrigação, e que o credor fica, quando a acção de depósito seja julgada procedente, responsável pelas despesas feitas com o depósito (art 764 °), êste meio só pode considerar-se legítimo nos casos determinados pela lei: recusa do credor em receber ou passar quitação; não proporcionar ao devedor os meios necessários para que êste possa cumprir a obrigação; a incapacidade ou incerteza do credor ou dos direitos dêste; o procedimento judicial do credor contra o devedor (2)

Sôbre as pessoas que podem requerer a proposta de pagamento e consignação em depósito. entendemos que o pode fazer, pelo menos no caso de recusa do credor em receber ou passar quitação, qualquer terceiro que pretenda efectuar o pagamento e o possa fazer. Se é verdade que os artt 759 ° do cód civil e 628 ° do cód. de proc civil só falam no *devedor*, parecendo assim excluir qualquer terceiro, embora interessado no pagamento, vê-se do disposto no art 747 ° e § único que o credor só não pode ser *constrangido* a receber de terceiro a prestação, havendo no contrato declaração expressa em contrário, ou se com isso fôr prejudicado Ora o meio por

---

(1) Veja-se o ac da Relação de Ponta Delgada de 23 de janeiro de 1892, na *Revista dos Tribunais*, vol 10°, pag 359, e mesma *Revista*, vol 11.°, pag 50

(2) A *Revista de legislação e de jurisprudência* diz no vol. 15 °, pag 340, que os herdeiros dum devedor, não sabendo qual a importância exacta das dívidas do autor da herança a um determinado credor e recusando-se êste a dar nota dessa importância, podem requerer a consignação em depósito da quantia que com probabilidade julguem que o autor da herança devia, porque se a dívida fôr igual fica paga e se for maior o credor o alegara nos embargos a acção

Parece-nos que não esta compreendida a hipotese em nenhuma das disposições que legitimam a proposta de pagamento e consignação em deposito. As duvidas acêrca dos direitos dos credores não recaem sobre o quantitativo do credito, mas sôbre quem e titular do credito ou sôbre a a quota que neste lhe pertence

que um terceiro pode constranger o credor a aceitar o pagamento é pela consignação em depósito.

Para se julgar da legitimidade de quem requer a consignação em depósito para o efeito do pagamento duma dívida não deve, em nosso parecer, verificar-se se êle é ou não o devedor. mas se tem o direito de pagar.

E, posta a questão assim, o art. 747 ° não deixa dúvidas (1).

75 *Onde é requerido e como se faz o depósito.* No art 628 ° § 4 ° do cód. de proc civil preceitua-se que o depósito só pode ser efectuado no juízo em que deveria ser cumprida a obrigação, disposição que se funda em que a consignação em depósito equivale ao pagamento

Os depósitos em dinheiro, valores de oiro, prata e pedras preciosas, e quaisquer papeis de crédito são, nos termos da carta de lei de 10 de abril de 1876 e do regul de 23 de junho de 1897 (art. 15 °), feitos na caixa geral dos depósitos.

Tratando-se de quaisquer outros bens ou valores, é o juiz que nomea o depositário (2) (3)

O devedor tem de depositar a cousa devida, não podendo substituí-la por uma prestação equivalente. O depósito é para o efeito do pagamento, e o credor tem o direito de recusar o pagamento sempre que a prestação não seja feita em harmonia com o título constitutivo da obrigação

Daqui resulta que a consignação em depósito só pode dar-se na prestação de cousas

O depósito faz-se antes da citação do credor, excepto quando o depósito facultado pelo art 635 ° do cód de proc civil, que só pode ser feito quando o credor, intimado prèviamente, não fôr receber a prestação no dia e hora designados, e o da incerteza do credor, caso em que o depósito só pode ser feito depois da citação por éditos (cód de proc. civil, art 628.° § 1 °) (1)

(1) No ac do S T. de J de 21 de dezembro de 1904 (na *Col. Of.*, vol v, pag 105) lê-se. «Atendendo a que a consignação em deposito, para o efeito do pagamento e extinção da obrigação, somente ao devedor dessa obrigação e permitida, como preceituam os artt 759 ° do cod civil e 628 ° do cod de proc civil, do que resulta que so o devedor tem legitimidade para tal consignação».

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 27.°, pag 308.

[3 Vejam-se o dec. n ° 4670, de 14 de julho de 1918 base 1.ª, art. 1.°, n ° 1 ° e o regulamento aprovado pelo dec n ° 6007, de 7 de agosto de 1919].

76. *Efeitos do depósito* Feito o depósito, será o credor citado, para o impugnar, excepto o caso do art. 635 ° do cód de proc civil, se o credor fôr incerto, será citado o ministério público, e, sendo incapaz, o seu representante; logo que o haja devidamente nomeado (cód de proc civil, art 629 °). Se o depósito não fôr impugnado, entende-se que o credor aceita a cousa depositada Torna-se portanto proprietário dela, e, consequentemente, ficará suportando o risco, e a obrigação considerar-se há extinta desde o depósito, não sendo devidos juros nem perdas e danos pela mora desde essa data (art 761 ° e cód de proc civil art 634 ° n ° 1 °) (2). Se o depósito fôr impugnado, aqueles efeitos só começarão na data da sentença passada em julgado que o confirmar (art 761 ° e cód de proc civil, artt 634 ° n ° 2 ° e 996 ° § 1 ° n ° 3 °).

Para estabelecer esta doutrina, em virtude da qual o risco da cousa é suportado pelo devedor até à data da sentença, talvez o legislador partisse do princípio que, emquanto o credor não aceita a cousa depositada ou esta lhe não é atribuida por sentença, não é proprietário dela, e o depósito não pode consequentemente extinguir a obrigação Afigura-se-nos, porém, inaceitável esta doutrina, porque, declarando-se pela sentença que o depósito foi bem feito, os efeitos do depósito devem dar-se desde o momento em que êste se fez A situa-

[1 Sôbre deposito de rendas de predios rusticos e urbanos veja-se o decr n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 93.° e segg. e a lei n.° 1662, de 4 de setembro de 1924, art 5.° §§ 1.°, 2 ° e 3.°]

(2) Em ac. do S. T de J. de 24 de janeiro de 1908 (na *Gazeta da Relação*, vol 21 °, pag. 764) julgou-se que, não tendo sido contestado o deposito, mas havendo o credor protestado para o efeito de pedir juros que não foram depositados pelo devedor, êsse protesto tinha o efeito de o credor poder propor a acção pedindo êsses juros. Esta doutrina e inaceitavel.

ção de que resulta a extinção da obrigação constituiu-se pelo depósito, e a sentença nada mais faz do que confirmá-la

Quanto aos juros ou indemnização pela mora, o devedor não fica constituído em obrigação alguma para com o credor desde o depósito, porque não fica fruindo a cousa nem se dá a mora em relação a êle (1) Para que haja mora, é necessária a culpa por parte do devedor, e, desde que haja a consignação em depósito e a acção seja julgada procedente, não pode falar-se de modo algum em retardamento culposo Esta doutrina é uma mera aplicação dos princípios gerais relativos ao não cumprimento das obrigações, e tal aplicação só poderia ser excluída por disposição expressa Ora o art 761 °, considerando a obrigação extinta desde a data da sentença e fazendo recair o risco sôbre o devedor nada diz acêrca da indemnização de perdas e danos

Se o depósito tiver sido feito com prévia intimação do credor em processo de acção ou execução, e se venha a julgar que o credor só tinha direito à quantia ou cousa depositada, a obrigação considera-se extinta a contar do depósito (cód. de proc civil, art 635 ° § único)

Emquanto o credor não aceita a cousa depositada ou não é julgada por sentença a acção de depósito, considerando-se extinta a obrigação, pode o devedor, que continua a ser proprietário da cousa depositada, retirá-la (art 762 °), e,

(1) No Projecto primitivo o art 854.°, correspondente ao art 761.° do codigo, estava assim redigido «Confirmado o deposito por sentença passada em julgado, ficara a cousa a risco do credor e a obrigação extinta com todos os seus efeitos»

Pelas *Actas da comissão revisora* (pag. 95) vê-se que em sessão de 28 de dezembro de 1860 «foi aprovado o pensamento do artigo, salva nova redacção, devendo ficar expresso que o risco do devedor e extinção das obrigações corresse desde o deposito, se não e contestado, e, sendo-o, desde a sua confirmação por sentença passada em julgado».

O Dr Dias Ferreira, afirmando que os efeitos do deposito deviam contar-se desde a sua data, acrescenta «porque não e justo obrigar o devedor, que fez o deposito nas condições legais, a pagar juros pelo tempo decorrido desde a data do dopósito ate a data da sentença».

É evidente que nesta passagem não podem comprender-se os juros da mora.

quando a levante, a obrigação fica subsistindo, como se não se tivesse efectuado o depósito

Depois da sentença em que se julgue extinta a obrigação por não se haver impugnado o depósito ou pela impugnação haver sido dada como improcedente, a cousa depositada, cuja propriedade fica sendo do credor, só pode ser retirada pelo depositante com permissão dêle, e, quando seja dada esta permissão e se faça o levantamento, o credor perde qualquer direito de preferência que tivesse em virtude da obrigação anterior, e os condevedores e fiadores ficam desobrigados (art 763.°). O mesmo sucedera se o credor houver aceitado expressamente a proposta de pagamento, pois que, tanto pela aceitação do credor como pela sentença, quando esta julgue boa e válida a proposta de pagamento, fica a dívida extinta, de forma que, se o credor consentir, depois de efectuado o pagamento, que o devedor levante de novo a cousa ou quantia depositada, constituir-se há uma nova obrigação, com a qual nada têm quaisquer pessoas que se achassem vinculadas principal ou acessòriamente pela obrigação anterior

§ 17 — *Da compensação*

Dr Dias Ferreira, *Código civil anotado*, tomo 2.°, artt 765-777, Coelho da Rocha, *Instituições*, 1 ° vol , §§ 164-167, Giorgi, *Obbligazioni*, tomo 8.°, n.os 1-96, Mazzoni, *Istituzioni*, tomo 4.°, n.os 136-141, Cuturi, *Trattato delle compensazioni*, Windscheid, *Pandette*, tomo 2.°, parte 1 ª, §§ 348-351, Dernburg, *Pandette*, §§ 63.° e 64 °, Saleilles, *Teorie de l'obligation*, pagg. 43-61, Planiol, *Traite*, vol 2 °, n.os 562-597, Beudant, *Obligations et contrats*, n os 861-867, Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, tomo 3 °, pagg. 130-142.

77. *Conceito de compensação.* Se um indivíduo fôr ao mesmo tempo credor e devedor doutro e a prestação correspondente ao crédito fôr da mesma natureza que a correspondente à dívida, pode dar-se a extinção das duas obrigações só pelo facto de coexistirem no mesmo património, uma como elemento activo ou positivo e a outra como elemento

passivo ou negativo Assim, se A. deve a B 1 000$000 réis e B deve a A, 500$000 réis, ou, por outras palavras, se A tem no seu património, representados por bens que estão no património de B , 500$000 réis, e B tem no seu património, representados por bens que estão no património de A , 1 000$000 réis, com o crédito de B , quando êle o não queira exigir de A. na parte correspondente ao crédito dêste em relação a B , pode considerar se extinto, como se houvera o pagamento, o crédito de A integralmente e parcialmente o de B

Êste meio de extinção de obrigações com bens que o devedor tem no património do credor desobrigando-se o devedor até à importância do seu crédito, é o que se chama *compensação* (art 765 °)

A compensação tem não só a vantagem de tornar desnecessária a prestação efectiva, evitando assim demoras, despesas e incómodos (1), mas pode garantir o credor contra a insolvência do devedor até à importância do seu crédito, quando a compensação se dê no momento em que há o encontro dos dois créditos

Admitida no direito romano, em casos especiais a princípio e generalizada mais tarde, por meio duma excepção que o devedor podia opor ao credor, o conceito que no direito moderno se forma acêrca da compensação é objecto de divergências, que vão filiar-se nas diferentes interpretações que têm sido dadas a uma passagem das Institutas, em que se declara que a compensação se faz *ipso jure* (2)

Das opiniões que foram emitidas acêrca da significação destas palavras, notaremos a que considerava a compensação como produzindo legalmente a extinção das dívidas, desde que estas reunissem as condições que a lei exigia para êsse efeito, independentemente da vontade do devedor ou

(1) Sôbre as aplicações que a teoria da compensação tem tido nos *Clearing-House*, câmaras de compensação ou de liquidação, veja-se o Dr. MARNOCO E SOUSA, *A Troca e o seu mecanismo*, pagg 813 e segg

(2) IV, 6, 30, *Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure ipsuntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant*

do credor. Foi esta a interpretação que o código civil francês sancionou, embora com algumas incoerências, e a que foi seguida pelo nosso código, com as mesmas incoerências. E assim que neste se declara (art 768 °) que a compensação opera de direito os seus efeitos, extinguindo ambas as dívidas com todas as obrigações correlativas, desde o momento em que se realizar

Donde resulta que, pagando-se uma dívida que tinha sido extinta pela compensação, quando se exige o crédito, em virtude do qual se deu a extinção, reclama-se não o próprio crédito, mas o que se pagou indevidamente, pois que o crédito se considera extinto com todos os seus acessórios (art 769 °)

Esta doutrina, que é consequência lógica da teoria da compensação legal, não representa todavia a verdade no sistema sancionado no nosso código, e, para que se compreenda bem êste sistema, é necessário atender a que a compensação, embora produza de direito os seus efeitos, só se dá efectivamente, nas relações entre credores e devedores recíprocos, quando é oposta por um dêles ao pedido que o outro judicialmente lhe faça do pagamento do seu crédito (1) Se o devedor que tem um crédito pelo qual a sua dívida se extinguiu, paga esta não opondo a compensação, renuncia ao direito que por esta havia adquirido e o crédito revive, sendo portanto êste crédito que tem de ser exigido.

A renúncia, que assim fica tendo efeito retroactivo, não se dá, porém, em relação a terceiros Quanto a estes a compensação produz todos os seus efeitos, extinguindo as dívidas com todas as obrigações acessórias (art 768 °) e não podendo portanto o credor valer-se das garantias que asseguravam o seu crédito (art 769 °)

Faz-se a êste respeito no último artigo uma excepção: a de o devedor provar que ignorava a existência do crédito pelo qual se extinguiu a sua obrigação. Neste caso pode valer-se dos privilégios e das hipotecas que asseguravam o

(1) A compensação pode opor-se em reconvenção (cod. de proc. civil, art 331.°) e por embargos a execução (cód. de proc civil, artt. 912.° n.° 8 e 954.° n.° 7)

seu crédito, o que representa uma incoerência, visto que a compensação se dá no momento em que os créditos se tornam compensáveis, até contra a vontade do credor e do devedor, sendo facultada a renúncia feita anteriormente, mas não posteriormente ao momento em que as dívidas se compensam, quanto aos efeitos que a compensação teria de produzir em relação a terceiros.

Não se considerou equitativo que o devedor que paga na ignorância do seu crédito sofresse as consequências da compensação que, segundo o sistema do nosso código, representa um pagamento recíproco e forçado quanto a terceiros, embora os créditos subsistam nas relações entre os credores recíprocos quando qualquer dêles não oponha a compensação, caso em que só há pagamento forçado para aquele a quem é oposta a compensação

Outro e mais harmónico com as normas relativas ao pagamento é o sistema, que, representando a doutrina germânica acêrca do direito romano, foi admitido pelo código civil alemão (artt 387.° e 388.°) e que já estava sancionado no código federal suíço das obrigações (art. 138.°) (1). Por êste sistema não se dá *ipso jure* a extinção dos créditos recíprocos, não se efectuando o pagamento, sem que o devedor exprima a sua vontade. Desde que há créditos recíprocos, e que êstes reúnem as condições necessárias para a compensação, um crédito é meio por que pode dar-se a extinção do outro, pagando-se por si o credor mediante os bens que o seu débito representa e renunciando assim aos que lhe são devidos. Para êste efeito, basta que um dos credores declare a sua vontade ao outro, não se tornando necessário que a sua dívida seja judicialmente exigida A declaração da vontade tem efeito retroactivo, considerando-se as duas dívidas extintas desde que havia os dois créditos compensáveis, o que se explica por êstes se haverem reciprocamente paralizado, não tendo a declaração de pagamento

(1) Veja-se ROSSEL, *Manuel du droit federal des obligations*, 2.ª edic., pagg. 209-211

outro efeito que o de se aproveitar o devedor duma situação de facto e de direito já estabelecida, em virtude da qual êle se podia libertar do cumprimento da obrigação.

No nosso código civil admite-se a compensação legal, e, para que esta se dê, não só são necessárias determinadas condições nos créditos, mas há créditos que, embora se verifiquem essas condições, não são compensáveis Antes de tratarmos das condições que se exigem para a compensação e de determinarmos os créditos que não são excepcionalmente compensáveis, notaremos que, já por acôrdo entre devedores recíprocos ou só por vontade dum dêles, já judicialmente, pode o devedor obter a extinção da sua dívida mediante um crédito que tenha contra o credor; que a estes meios de extinção de créditos se tem chamado *compensação voluntária* e *compensação judicial*, e que a estas compensações não são aplicáveis as normas que regulam a compensação legal.

No nosso código civil está regulada apenas a compensação legal O código de proc civil admite (art. 333.° § 3.°), porém, a compensação em virtude de sentença, quando na acção se liquida o crédito que ao réu pertence contra o autor, e não há dúvida de que pode dar-se a compensação não só por mútuo acôrdo entre as partes, mas que uma das partes pode, removendo um obstáculo que obsta à compensação legal, compensar facultativamente o seu crédito.

Exposta a teoria da compensação legal, determinaremos os efeitos da voluntária e da judicial.

78. *Condições da compensação* As condições necessárias para que se dê a compensação são as seguintes: 1) reciprocidade das obrigações, 2) que as prestações sejam líquidas; 3) a fungibilidade das prestações, 4) a exigibilidade dos créditos

1) Nos termos do art 765.°, o *devedor* pode desobrigar-se da sua dívida por meio de compensação com outra que o *credor* lhe deva, tornando-se assim necessário que haja a reciprocidade das obrigações Desta condição resulta que, sendo o credor uma sociedade que tenha personalidade, não

se dará a compensação com um crédito que o devedor tenha em relação a um dos sócios, visto que o crédito pertence à sociedade, que representa um sujeito diverso dos sócios, que sendo credor um menor e procedendo contra o devedor o pai ou tutor, como representantes do menor, o devedor do menor não poderá opor a compensação com créditos que tenha em relação ao pai ou ao tutor.

A aplicação do princípio da reciprocidade pode suscitar algumas dificuldades nas dívidas em que haja vários coobrigados, e que o legislador resolveu

É assim que o código preceitua (art 772 °) que o fiador não pode fazer a compensação do seu crédito com a dívida do principal devedor, nem o devedor solidário pode pedir compensação com a dívida do credor ao seu condevedor.

Sendo acessória a obrigação do fiador, não pode o fiador compensar o seu crédito com a dívida do principal devedor, pois que é êste quem está directamente obrigado Pode porém, o fiador alegar a compensação, visto que se opera de direito, quando o principal devedor seja credor.

Quanto ao devedor solidário, sendo-lhe exigida a totalidade da dívida, pode opor ao credor comum a compensação por qualquer crédito que relativamente a êste tenha Não pode, porém, opor-lhe a compensação com o crédito de qualquer dos condevedores, porque está obrigado à totalidade da dívida, e não pode deixar de cumprir essa obrigação invocando qualquer direito que seja pessoal dos outros condevedores

No código civil alemão encontra-se consignada a mesma disposição (art 422.°), seguindo assim o código civil francês (art. 1294 °) e afastando-se do italiano (art 1290 °), em que se admite que o devedor solidário oponha em compensação o crédito doutro condevedor até à importância da parte a que êste está virilmente obrigado, disposição que tem por fim evitar que o devedor demandado tenha de exercer a acção de regresso contra êsse condevedor, para haver a parte que lhe cabe na dívida Tal disposição só poderá justificar-se teòricamente, quando se dê legalmente a extinção da dívida na parte correspondente ao crédito do condevedor solidário, o que não póde admitir-se, visto que cada um dos devedores ficou responsável pelo cumprimento integral para com o credor e que êste pode rejeitar o pagamento parcial

Do que acabamos de dizer resulta que, para haver reciprocidade de obrigações, é necessario que cada uma das partes seja pessoalmente e principalmente credora numa e devedora noutra

Que as partes tenham ou não capacidade para pagar e para receber é indiferente, porque a compensação da-se em virtude da lei

Realizando-se a transmissão do crédito por meio de cessão, é necessário distinguir, para se verificar quando pode ser oposta a compensação pelo devedor ao cessionário, as seguintes hipóteses, que se acham previstas e reguladas nos artt 773 °, 774.° e 777.° *a*) cessão com consentimento do devedor, *b*) cessão com conhecimento, mas contra vontade do devedor, *c*) cessão sem conhecimento do devedor

a) Se o devedor consentiu na cessão feita pelo credor em favor de terceiro, não pode opor ao cessionário a compensação, que poderia opor ao cedente (art. 773.°) Ao cessionário fica pertencendo o crédito, desaparecendo quanto ao devedor a pessoa do cedente, e, como o devedor consentiu na cessão, a compensação não poderá dar-se, pois que êsse consentimento não pode deixar de considerar-se como uma renúncia tácita à compensação com quaisquer dívidas do cedente anteriores à cessão.

b) Se o credor der ao devedor conhecimento da cessão e êste não consentir nela, poderá opor ao cessionário a compensação dos créditos, que tiver contra o cedente, e que forem anteriores à cessão (art. 774 °). O direito que tinha o devedor, e a que não renunciou, pois não consentiu na cessão, de opor a compensação ao cedente não podia ser prejudicado por um contrato a que recusou o seu consentimento. Êsse direito de opor a compensação limita-se, porém, às dívidas anteriores à cessão que estiverem em condições, ao tempo em que esta se efeituou, de serem compensadas, pois

que, realizada a cessão com conhecimento do devedor, é o cessionário que fica sendo credor

c) Se a cessão se fizer sem que disso se haja dado conhecimento ao devedor, poderá êste opor ao cessionário a compensação dos créditos que tiver contra o cedente, quer anteriores, quer posteriores à cessão (art. 777 °) A cessão neste caso nenhuns efeitos produz relativamente ao devedor, que até se pode libertar da obrigação pagando ao cedente a dívida de que, em relação sòmente a êste, se tornou credor o cessionário (art. 791 °).

2) Dívidas líquidas são aquelas cuja importância seja determinada, considerando-se como tais as dívidas sôbre cuja existência e quantitativo não haja dúvida, e aquelas cujo quantitativo, não representando uma quantia determinada, possa determinar-se dentro do prazo de nove dias (art. 765.° § 1.°). Para se admitir a compensação só nas dívidas líquidas, atendeu-se sem dúvida a que a compensação corresponde ao pagamento e só pode portanto verificar-se nas condições que para êste se exigem. Donde resulta que, sendo a dívida em parte líquida e em parte ilíquida, poderá dar-se a compensação na parte que estiver liquidada

No código civil alemão não se exige que as dívidas sejam líquidas, considerando-se a compensação como uma garantia para o credor e não se deixando essa garantia dependente de qualquer circunstância fortuita relativa à liquidação, pois que, a qualquer tempo em que esta venha a fazer-se, determinar-se há até onde se deu a extinção da obrigação

Não obsta à compensação o facto de as dívidas serem pagáveis em lugares diversos Neste caso, porém, têm de ser computadas as despesas de mais que se teriam de fazer se houvesse o pagamento (art. 776.°), porque de outro modo não haveria verdadeira compensação (1). As despesas que

(1) Basta uma simples leitura dêste artigo para se verificar que a sua redacção e defeituosa, não podendo dar-se-lhe uma interpretação diversa da que se lê no texto.

haja a fazer-se a mais tanto podem dar-se no transporte, quando um dos devedores tenha de pagar em lugar determinado fora do seu domicílio, caso em que êle deve indemnizar o credor das despesas que teria de fazer para transportar o objecto da prestação para o lugar onde esta devia ser feita, como na diferença do curso dos câmbios relativamente ao dinheiro, ou do preço dos géneros, que pode variar de praça para praça

Essas despesas têm de ser liquidadas por acôrdo entre as partes ou judicialmente, não considerando o legislador, atenta a facilidade que nessa liquidação há, o facto de essas despesas não serem líquidas como um obstáculo à compensação

3) São dívidas exigíveis aquelas cujo pagamente pode ser pedido em juízo (art. 765 ° § 2 °) Se a dívida fôr a têrmo, e êste tiver sido estabelecido em benefício do credor, o devedor, oferecendo a compensação antes do vencimento, privaria o credor dêsse benefício. Quando a dívida se torne exigível em virtude da verificação judicial da insolvência do devedor, a compensação não pode dar-se. Quando a obrigação se torne exigível em virtude de diminuïção nas seguranças que hajam sido estipuladas em benefício do credor, como a exigibilidade depende em tal caso da verificação judicial dos factos de que ela resulta, é só desde a sentença que os efeitos da compensação se produzem.

Se uma obrigação estiver pendente de condição suspensiva, só pela verificação desta pode dar-se a compensação Se a condição fôr resolutiva, a compensação dá-se como se não houvesse condição, mas a verificação da condição terá como efeito a subsistência do crédito que por ela se havia extinguido

4) Dá-se a fungibilidade quando as prestações consistem em dinheiro ou em cousas da mesma espécie e qualidade que se podem substituir (art 765 ° n.° 3 °). Exige-se que as dívidas sejam fungíveis porque, tendo o credor direito à prestação a que o devedor ficou adstrito, êste não pode substituir o objecto da prestação contra a vontade do credor. É assim que, se houver uma prestação pecuniária e uma

prestação em trigo, não poderá dar-se a compensação, porque não são fungíveis entre si e o credor do trigo não pode ser compelido a aceitar dinheiro.

Quando haja uma obrigação alternativa e uma das prestações seja fungível em relação à da outra obrigação, a compensação não pode dar-se, porque esta teria como resultado tornar a obrigação alternativa simples, suprimindo o direito de escolha

Á doutrina que acabamos de expor sôbre a fungibilidade das prestações parece fazer excepção o art 765.º n.º 3.º na parte em que diz *ou se umas forem somas de dinheiro e outras forem cousas cujo valor possa liquidar-se, conforme o disposto na última parte do § 1.º do presente artigo.*

Em face desta disposição, parece que pode dar-se a compensação legal, em condições em que se não pode efectuar o pagamento, considerando-se assim as obrigações extintas desde que se dá a sua reciprocidade e tendo um dos credores de receber em pagamento prestação diversa da que lhe é devida. Não se nos afigura, porém, aceitável esta doutrina.

A compensação legal só pode dar-se, quando não haja inicialmente a identidade do objecto, se essa identidade se produz em qualquer momento em que os créditos coexistem pela transformação duma dívida de cousa certa ou de género numa prestação pecuniária, como na hipótese de à prestação se substituir a indemnização pelo seu não cumprimento ou por êste não ter sido efeituado no tempo devido (art. 1617.º) (1). Nestes casos, se a indemnização puder determinar-se no prazo de nove dias, haverá a compensação legal.

Quando se não dê nenhum dos casos referidos, não poderá haver a compensação legal, mas só a facultativa ou judicial.

Se as dívidas não forem de igual soma, poderá dar-se a

[1] Veja-se o decr. n.º 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.º e 66.º]

compensação na parte correspondente (art 766.º), operando-se assim por meio dela a extinção parcial duma das dívidas

79. *Dívidas não compensáveis.* A compensação legal, embora se dêem relativamente às dívidas as condições a que acabamos de nos referir, não se opera em alguns casos previstos pela lei, e em que o legislador atendeu não só à vontade das partes, mas à origem ou natureza duma das dívidas

É assim que a compensação não pode dar-se (art. 767.º).

1.º Quando uma das partes houver renunciado de antemão ao direito da compensação, porque esta foi estabelecida em benefício do devedor e dos coobrigados, representando uma garantia que não é imposta pela lei.

A renúncia prévia dá-se no próprio momento em que a obrigação se constitue, ou antes de se verificarem as condições necessárias para a compensação, e produz efeitos em relação a todos os coobrigados que intervenham no acto respectivo

Os títulos de crédito, atento o seu carácter autónomo e o modo por que se verifica a sua transmissão, envolvem a renúncia prévia à compensação

2.º Quando a dívida consistir em cousa de que o proprietário haja sido esbulhado

Embora o esbulho seja de cousas fungíveis ou de quantidade, o esbulhador deve restituir as próprias cousas. Sendo assim, não era necessário que o legislador declarasse que a dívida proveniente de esbulho se não podia compensar, pois que a compensação só se dá em dívidas que consistam em somas de dinheiro ou em cousas fungíveis da mesma espécie e qualidade. E esta consideração é igualmente aplicável à dívida que proceda de depósito, a qual o legislador também declarou que não podia compensar-se, e parece que escusadamente, pois que pelo contrato de depósito fica o depositante obrigado a guardar e restituir o mesmo objecto que recebeu (art. 1431.º), sucedendo o mesmo com a dívida proveniente de comodato, que o nosso legislador não exceptua

da compensação, ao contrário do que sucede no código civil francês (art 1293 ° n ° 2.°)

Entendemos, porém, que, havendo desaparecido a cousa esbulhada ou depositada e consistindo a dívida na restituição do valor e indemnização de perdas e danos, não pode ser oposta pelo esbulhador ou depositário, atenta a origem da dívida, a compensação, embora haja sido liquidada a indemnização, e que assim se explica o facto de o legislador declarar que não pode dar-se a compensação em dívidas provenientes de esbulho ou de depósito

Em qualquer dêstes casos, porém, a compensação pode dar-se por vontade das partes, sendo que as disposições da lei foram ditadas no interêsse do esbulhado e do depositante, que podem portanto renunciar ao favor que por lei lhes é concedido

3.° Quando a dívida fôr de alimentos, ou de outra cousa que não possa ser penhorada, ou seja por disposição da lei, ou seja pelo título de que procede, salvo se ambas as dívidas forem da mesma natureza

A dívida alimentícia, quer consista em dinheiro, quer em cousas fungíveis, poderia compensar-se com dívidas homogéneas, atendendo a lei, para a exceptuar da compensação, a considerações de carácter humanitário.

Pelo código de processo civil (art. 815 ° n.° 9.°) não podem ser penhoradas as pensões alimentícias devidas por vínculo de sangue, ou pagas pelo Estado ou qualquer monte-pio, companhia ou estabelecimento, excepto quando a dívida provier de comedorias ou géneros fornecidos para alimento do executado, porque neste caso poderão ser penhoradas até à têrça parte, e parece-nos que é às dívidas alimentícias que não podem ser penhoradas que deve entender-se aplicável o disposto no art. 767.° n ° 3 °.

Se fôr esta a interpretação que ao artigo deva dar-se, serão compensáveis as dívidas de alimentos que hajam sido estabelecidas por testamento ou contrato e, até à têrça parte, as dívidas alimentícias provenientes de sangue ou pagas pelo Estado ou qualquer monte-pio, companhia ou estabelecimento, quando o crédito do devedor da prestação alimentícia seja

proveniente de comedorias ou géneros fornecidos para alimento do credor da prestação alimentícia

Além dos créditos alimentícios, todos os créditos que não podem ser penhorados não podem também ser opostos em compensação Assim um crédito que tenha natureza dotal não pode ser oposto em compensação, e tambem o não podem ser os créditos não só do Estado e dos municípios a que expressamente se refere o art 767 ° n ° 5.°, mas os dos outros corpos administrativos e das corporações administrativas ou pessoas colectivas de fins desinteressados, visto que, nos termos dos artt 108 °, 252.° n ° 1 ° e 420 ° do código administrativo de 1896 e 815.° n ° 1.° e 837.° do cód de proc civil, os bens do Estado e dos corpos e corporações administrativas não podem ser penhorados, salvas as excepções consignadas no n.° 1.° do cit. art 815 °, e portanto não o podem ser os créditos destas pessoas colectivas, e tem de proceder-se contra elas, para a cobrança das dívidas, em harmonia com o que preceituam os referidos artigos do código administrativo.

Desde que a lei não dá ao credor o direito de exigir a dívida recorrendo aos meios comuns, não pode operar-se a compensação, pela qual se realizaria o pagamento em condições que a lei não admite ou sem as formalidades que ela exige

4 ° Quando a dívida proceder de depósito

5.° Quando as dívidas forem do Estado ou dos corpos e corporações administrativas (1) salvo nos casos em que a lei o permitir:

A lei não faz, relativamente a estas dívidas, distinção alguma, sendo portanto a disposição aplicável a quaisquer dívidas das mencionadas pessoas colectivas, incluindo as que provenham de factos jurídicos em que elas procedam como pessoas morais e em que tenham portanto os mesmos direi-

(1) O artigo refere-se aos municipios, mas os corpos e corporações administrativas estão na mesma situação, como vimos. Confr. o que diz o dr. Dias Ferreira, vol. 2.°, 2.ª ediç., pagg. 92 e 93.

tos que as pessoas singulares (1) Quando a lei faculte, em relação a uma dívida do Estado e dos corpos e corporações administrativas, os meios de execução comum e portanto a penhora, entendemos que se dá a compensação Assim poderá opor-se em compensação um crédito contra o Estado quando seja privilegiado ou hipotecário (cód de proc civil. art. 815 ° n ° 1.°).

80. *Efeitos da compensação* A compensação equivale a um duplo pagamento. Os efeitos que derivam da compensação são, portanto, os mesmos que resultam dêste — a extinção das duas dívidas.

E assim temos que, se as dívidas forem iguais, ficam ambas extintas desde o momento em que se efeitue a compensação (art. 768 °), e, quando não forem de igual soma, que se dará a extinção total da menor, e, da maior, até a concorrência do montante daquela (art 766 °) O credor terá que aceitar, neste último caso, um pagamento parcial pela compensação, e não havia razão alguma que justificasse o direito de recusar êste

(1) O dr. Dias Ferreira critica esta disposição, dizendo · « O codigo, desde que acabou com os favores, que ao Estado e as municipalidades dispensava em materia civil a legislação velha, não devia conservar esta excepção, tanto mais odiosa quanto que esta sujeito as maiores dificuldades e complicações o embolso do credito particular sobre as municipalidades e principalmente sobre o tesouro ».

Esta censura so pode considerar-se procedente relativamente aos creditos do Estado que não provenham de impostos, sendo que estes, atento o seu fim, tem sido subtraidos as normas gerais reguladoras das obrigações em direito privado, visto que as necessidades do Estado nem sempre se compadecerão com a compensação em vez do pagamento. E mesmo relativamente aos creditos do Estado que provenham de factos, em que êle tenha os mesmos direitos que um particular, a compensação deveria ser, atenta a complexidade dos serviços do Estado e a multiplicidade de repartições que ha para os desempenhar, regulada dum modo especial.

No codigo alemão dispõe-se (art. 395.°) relativamente aos creditos patrimoniais do Estado o seguinte « A compensação não e admissivel contra os creditos do Imperio ou de um Estado confederado, e contra os creditos duma comuna ou duma união comunal, senão quando a prestação deva ser feita na mesma caixa pela qual deveria ser pago o credito do que aproveite a compensação ».

pagamento, porque, quando êle pudesse exigir o cumprimento integral do seu crédito, o devedor poderia exigir-lhe que pagasse imediatamente o crédito que tem contra êle, e não ficaria retendo senão a diferença entre os dois créditos Ora é exactamente esta a situação em que a compensação o coloca

Quando haja várias dívidas compensáveis, seguir-se há, na falta de declaração, a ordem estabelecida para a imputação legal no pagamento (art. 770 °)

As dívidas extinguem-se com todas as obrigações correlativas (art 768 °), e daí resulta que, se ambas as dívidas vencerem juros ou se os vencer só uma delas. esses juros deixam de correr desde o momento em que se dê a compensação totalmente, ou em relação, quando as dívidas sejam desiguais, à parte que ficou extinta Na parte que não ficou extinta pela compensação, a obrigação subsiste com todos os seus acessórios

As garantias das obrigações caducam no próprio momento em que se dá a compensação.

A prescrição que tiver começado a correr antes da compensação não poderá ser alegada desde que esta se verifique, porque a obrigação não pode prescrever depois da sua extinção

Em que momento se verifica a compensação e se produzem, portanto, os efeitos a que acabamos de nos referir?

Pelo disposto no art 768 °, a compensação opera de direito os seus efeitos Temos assim sancionado no nosso código o sistema da compensação legal, e, em harmonia com êste sistema, o momento em que se realiza a compensação é aquele em que as dívidas se tornam compensáveis A compensação não depende da vontade das partes Estas podem renunciar ao direito adquirido à compensação (art. 771.°), e assim se explica que o código use das fórmulas *pode desobrigar-se* (art 765 °), *dívida susceptível de compensação* e *crédito que podia ser compensado, crédito que a extinguia* (art. 769.°). Assim se explica também que, no caso de haver várias dívidas compensáveis, se dê ao devedor o direito de designar as obrigações que devem considerar-se extintas pela compensação,

arbítrio que, dando-se a compensação de direito, não é admissível, sendo que, em relação a várias dívidas que se tornem compensáveis num dado momento, a compensação se dá independentemente da vontade do devedor, e portanto a imputação só poderia fazer-se segundo a ordem estabelecida no art 729 °.

Podendo renunciar ao direito adquirido à compensação, essa renúncia só produz, como vamos ver, efeitos entre o credor e o devedor, não prejudicando terceiros, salvo o caso em que o devedor que paga ignora o crédito (art. 769 °) Em relação a estes, a compensação dá-se no proprio momento em que as dívidas reunem todos os requisitos necessários para a compensação Desde êsse momento, as dívidas não *são compensáveis, compensaram-se*

A renúncia do devedor à compensação significa que êle não torna efectivo um direito que adquiriu por disposição da lei, e êsse direito, em virtude do qual êle pode considerar-se desobrigado desde o momento em que houve o encontro no seu património do crédito e da dívida, torna-se efectivo, a contar dêste momento, desde que êle oponha a compensação. Não há, como é óbvio, efeito retroactivo; a renúncia à compensação é que, no sistema do nosso código, tem efeito retroactivo, mas limitado, como vamos vêr.

81. *Renúncia à compensação* Vimos já que não eram compensáveis as dívidas em que uma das partes renunciasse de antemão ao direito de compensação (art 767 ° n ° 1.°), e no art 771 ° declara-se que o direito de compensação pode ser renunciado não só expressamente, mas também por factos de que se deduza necessàriamente a renúncia Esta disposição refere-se à compensação adquirida, e funda-se, do mesmo modo que a renúncia prévia, em que a compensação representa interêsses de carácter privado

A renúncia à compensação não pode, como é da essência da renúncia, presumir-se, é necessário que se faça expressamente, ou por factos de que necessàriamente se deduza.

No código previnem-se dois casos de renúncia tácita: o do pagamento (art. 769.°) e o de o credor consentir na cessão da sua dívida (art 773 °) Haverá também renúncia tácita no

caso em que, sendo ambas as dívidas exigíveis, se fixe um prazo para o pagamento duma ou de ambas O facto de um dos credores pedir o pagamento não envolve necessàriamente a renúncia à compensação por parte dêle, emquanto o pagamento se não efectuar, porque não há ainda um facto consumado de que se deduza necessàriamente essa renúncia.

Quanto aos efeitos da renúncia, necessário se torna, para os determinar precisamente, atender, por um lado, às relações entre os credores, e, por outro lado, às relações que pela obrigação se constituiram para com terceiros

Nas relações entre os credores, o efeito que da renúncia deriva é o de os créditos se considerarem subsistentes, como se não tivera havido a compensação. A renúncia tem assim efeito retroactivo, faz reviver os créditos, que a compensação havia extinguido

Para se verificar, portanto, a situação em que ficam os credores quando hajam renunciado à compensação, atende-se aos títulos por que esses créditos se constituiram, os quais continuam a produzir todos os seus efeitos entre as partes

Pelo que respeita a terceiros, e consideramos tais todos os interessados que podendo ser prejudicados pela renúncia, sejam estranhos a esta, a renúncia não produz efeitos alguns, salva a excepção consignada no art. 769 ° Neste artigo, em que se trata da renúncia à compensação pelo pagamento, declara-se que o que paga uma dívida susceptível de compensação nao pode, quando exigir o crédito que podia ser compensado, valer-se, com prejuízo de terceiro, dos privilégios e hipotecas que asseguravam êsse crédito, salvo provando ignorância da existência do crédito que extinguiu a dívida, cujo pagamento efeituou

Esta disposição tem de ser ampliada, em harmonia com o disposto no art. 768 °, a quaisquer obrigações correlativas, em que se compreendem todas as garantias que dêem preferência ao credor em relação a terceiros e as que assegurem, por meio de responsabilidades subsidiárias, o cumprimento da obrigação Desde que a compensação opera de direito os seus efeitos e que estes se produzem no momento em que as dívidas se

tornam compensáveis, a renúncia ao direito adquirido à compensação não pode prejudicar os credores do devedor, e não pode prejudicar também os coobrigados. Em relação a todos eles a obrigação considera-se extinta, salvo o caso em que o devedor que pagou, não opondo a compensação, prove por qualquer meio que ignorava a existência do crédito em virtude do qual se havia dado a compensação, como na hipótese de haver adquirido o crédito como herdeiro e desconhecer que o autor da herança era credor do seu devedor A prova incumbe ao devedor que não opôs a compensação

No caso em que o devedor consinta na cessão e tenha, ao tempo em que esta se realiza, um crédito que compensasse a dívida, há também uma renúncia tácita, e, embora o art 773.° o não declare, não pode deixar de aplicar-se, em relação a terceiros, a disposição consignada no art 769.° Êstes nunca podem ser prejudicados pela renúncia que se dê depois de se operar a compensação Em relação ao cessionário, é que o devedor fica obrigado do mesmo modo que em relação ao cedente, embora no momento em que se dê a cessão do crédito êste ja se ache extinto pela compensação.

E óbvio que o cessionário terá a garantia do cedente em harmonia com os princípios gerais, quando, pelo facto de o crédito se considerar extinto em relação a terceiros, não haja as garantias que em favor dêle tenham sido constituídas.

Os credores do devedor que renuncia à compensação podem ser prejudicados por ela não só em virtude de qualquer preferência que assegure o crédito por que se podia compensar a dívida, mas ainda pela insolvência do credor cuja obrigação foi extinta pelo pagamento. Assim, se A pagar a B uma dívida de 1 000$000 réis devendo B. a A 800$000 réis e sendo as dívidas compensáveis, e B estiver insolvente, recebendo os seus credores, em rateio, 40%, A perderá, pelo facto de não haver oposto a compensação, 480$000 réis Neste caso, os credores de A. poderão anular a renúncia, quando êste fique insolvente pelo pagamento ou se agrave a sua insolvência, em harmonia com as normas que regulam a rescisão dos actos praticados em prejuízo de terceiros. Não podem, para esta

rescisão, basear-se apenas em que a obrigação estava extinta pela compensação

A renúncia prévia obsta a que se dê a compensação Não pode, pois, quando haja essa renúncia, dar-se a extinção da obrigação, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, pela compensação

82 *A compensação e os direitos de terceiros.* No art 775.° preceitua-se que a compensação não pode admitir-se com prejuízo de direito de terceiro

Pela compensação podem ser prejudicados direitos de terceiro, já quando em relação ao crédito que se opõe em compensação haja o direito de excluir a preferência que o devedor, opondo êsse crédito, pode conseguir, já quando sôbre o próprio crédito, que se pretende opor em compensação, haja um direito adquirido por terceiros.

Assim, no caso de insolvência do devedor pode o credor, que oponha em compensação o seu crédito para extinguir uma dívida, pagar-se até à importância dêsse crédito, não ficando consequentemente sujeito ao rateio que tenha de fazer-se entre os credores Ora êstes podem opor-se em tal caso à compensação, mas só quando esta se dê posteriormente à verificação do estado de insolvência Quando a compensação já a êste tempo se tenha dado, o credor que por êsse meio obteve a extinção da dívida terá um direito adquirido, que pode tornar efectivo contra os outros credores do insolvente. No art. 200.° e §§ 1.° e 2.° do cód. de proc com. estabelece-se que, havendo lugar a compensação, nos termos dos artt 765.° e segg. do código civil, antes da declaração da falência, será ela atendida na verificação dos créditos Quando haja créditos recíprocos que não sejam compensáveis nas condições referidas, pagará o devedor à massa integralmente o seu débito, e, não tendo privilégio ou preferência, receberá em pagamento [illegible] crédito apenas a percentagem que lhe couber O devedor à massa que pretender compensação deverá provar que os seus créditos já lhe pertenciam na época da declaração da falência

Pela declaração da falência, os créditos contra o falido

ainda não vencidos declaram-se exigíveis (art. 741.°), para tornar possível a liquidação e não para favorecer os respectivos credores.

O que no código de proc comercial se estabelece para a falência deve aplicar-se, pois, em harmonia com os princípios relativos à compensação, nos casos em que, tendo sido a insolvência judicialmente verificada, haja concurso de credores nos termos do art. 933.° do cód. de proc. civil Os créditos ainda não vencidos tornam-se exigíveis só para o efeito do rateio, e não podem os crédores que sejam ao mesmo tempo devedores invocar a compensação Ficam apenas com direito ao rateio.

Quando tenha sido arrestado ou penhorado um crédito e, posteriormente ao arresto ou penhora, o devedor do arrestado ou executado tenha contra êste um crédito compensavel, não poderá opor a compensação, porque, se esta se desse, seria prejudicado o arrestante ou exequente. O direito que êste adquiriu obsta a que o crédito se possa extinguir por êsse meio

Logo que, porém, fique sem efeito a penhora ou o arresto, dar-se há a compensação em harmonia com os princípios gerais

83 *Compensação voluntária* Quando os créditos não reunam as condições estabelecidas na lei para que se dê a compensação legal, pode esta efeituar-se por vontade das partes, suprimindo-se qualquer obstáculo à compensação. Assim, quando um crédito seja exigível e outro não, pode, por acôrdo entre credor e devedor, ou só por vontade do credor ou do devedor, conforme o têrmo haja sido fixado em benefício de ambos ou só do credor ou do devedor, dar-se a compensação, desde que, em virtude de contrato ou da renúncia ao benefício do têrmo, a obrigação se torne exigível. Do mesmo modo, se uma prestação tiver a sua causa numa obrigação alimentícia ou num deposito, pode por vontade do credor da obrigação alimentícia ou do depositante dar-se a compensação

Em nosso parecer, a compensação facultativa, quando se dê só por vontade duma das partes, não poderá ser imposta, se por êsse meio não se efeituar o pagamento nas condições que para êste se exigem. Assim, se o crédito que se opõe em compensação fôr de menor soma do que a dívida, como o credor desta não é obrigado a receber o pagamento parcial, a compensação só pode dar-se por mútuo acôrdo Na hipótese inversa, porém, a compensação poderá ter lugar só por vontade do credor, em benefício do qual exista o obstáculo à compensação legal

A compensação voluntária extingue, como a legal, os dois créditos total ou parcialmente, conforme estes são ou não iguais Os efeitos dessa compensação só se dão, porém, desde que há a manifestação da vontade de ambas as partes ou só duma, quando esta a pode opor.

A compensação opera-se neste caso não por virtude da lei mas por vontade das partes, e não pode ter portanto efeito retroactivo

84 *Compensação judicial.* Quando um individuo seja ao mesmo tempo credor e devedor e as duas obrigações não sejam compensáveis por faltarem condições que a lei exija para êsse efeito, como se uma dívida fôr líquida e outra ilíquida, ou se forem ambas ilíquidas, pode o devedor que seja demandado pedir, em reconvenção, nos casos em que esta é admitida, que o autor seja condenado ao pagamento da sua dívida. Feito o pedido reconvencional, as acções são julgadas na mesma ocasião, e, pelas sentenças, pode operar-se qualquer compensação permitida pelo direito (cód. de proc. civil, art 333 ° §§ 2 ° e 3 °)

A compensação judicial, sempre que as dívidas, ao tempo em que se faz o pedido em reconvenção, não reunam as condições estabelecidas no código civil, dá-se em virtude da sentença, e é portanto desde a data desta que se produzem os seus efeitos

§ 18 — *Dação em pagamento.*

GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 7.°, n os 297-305, BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, tomo 2.°, pagg. 787-795, DERNBURG, *Pandette*, vol. 2 °, § 58, WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 2 °, parte 1 ª, § 342, POLACCO, *Dazione in pagamento*, BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, § 40

85. *Conceito de dação em pagamento.* O devedor, que fica adstrito pela obrigação a uma determinada prestação, não pode, contra a vontade do credor, substituir essa prestação por outra, *aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* O credor, que pela obrigação fica tendo direito a uma certa prestação, não pode também, contra a vontade do devedor, exigir que êste efeitue uma prestação diversa Quando na obrigação estejam compreendidas várias prestações em alternativa, ou quando, sendo a obrigação inicialmente simples, se resolva em alternativa pelos direitos que a lei atribua ao devedor ou ao credor, aquele poderá cumprir ou êste exigir qualquer das prestações, em harmonia com os princípios que já estabelecemos.

Não podendo dar-se a subrogação no objecto da obrigação contra a vontade do credor ou do devedor, pode essa subrogação efeituar-se por acôrdo entre eles, e revestir diversas formas Assim, pode uma prestação de facto ser substituida por uma prestação de cousas, a dum facto por outro; uma prestação de cousa fungível por prestação duma cousa não fungível, a prestação dum móvel pela dum imóvel, e, em qualquer dêstes casos, efeituar-se imediatamente a prestação subrogada, ou ficar esta constituindo objecto duma nova obrigação Pode dar-se a subrogação da prestação de facto ou de cousas por um crédito contra um novo devedor que se substitue ao antigo, ficando êste desligado do cumprimento da obrigação.

A subrogação convencional pela entrega de cousa com transferência da propriedade, efeituando-se esta pela execução imediata da prestação subrogada, é o que se chama *dação em pagamento*

O nosso código, que regulou especialmente a subrogação nas prestações quando a obrigação é substituida por outra, não formulou a teoria da dação em pagamento, a que todavia faz referência em algumas disposições, determinando até os seus efeitos em relação à fiança (artt. 850.°, 1564 °§ único, 1678 °) Imitou assim o código civil francês e aqueles a que êste código serviu de modêlo

As dúvidas que há relativamente à natureza jurídica da dação em pagamento, e aos seus efeitos nos casos em que o devedor não seja proprietário da cousa que dá em pagamento, levam-nos a fazer algumas breves considerações acêrca dêste modo de extinção das obrigações.

86 *Natureza jurídica da dação em pagamento; seus efeitos.* A dação em pagamento é considerada como venda ou troca, conforme há a entrega duma cousa certa em substituição duma prestação pecuniária, ou a entrega duma cousa determinada em substituição doutra No primeiro caso, o crédito representa o preço, no segundo, a cousa por que se efeitua a troca ou que é entregue pelo devedor equivale à que era objecto da obrigação.

Devendo ser assim considerada a dação em pagamento, esta representa todavia um acôrdo entre o credor e o devedor em virtude do qual se faz a subrogação duma prestação devida e se extingue uma obrigação, e necessário é determinar, nos casos em que se anule a dação em pagamento, se subsiste ou não a obrigação que, em virtude dêsse acôrdo e da dação em pagamento, se extinguiu.

Não há dúvida alguma de que a dação em pagamento tem, como efeito directo e imediato, a extinção da obrigação. Pode, porém, em virtude de o devedor haver dado em pagamento uma cousa cuja propriedade lhe não pertencia, ou um prédio que estava hipotecado, o credor ter de restituir o que recebeu em acção de reivindicação contra êle intentada pelo proprietário, ou ser expropriado do prédio em virtude da execução hipotecária movida pelo credor

No primeiro caso, anula-se a transferência da propriedade; no segundo caso o credor fica sem a cousa, se não preferir a

expurgação da hipoteca, caso em que ficará sem o preço, representado no crédito, no todo ou em parte.

Quais são os efeitos que derivam em relação à primitiva obrigação de qualquer dêsses factos? Renascerá a obrigação, ou o credor terá apenas contra o devedor o direito de garantia pela evicção ou expropriação da cousa?

No art 850.° preceitua-se que, se o credor aceitar voluntàriamente qualquer cousa em pagamento da dívida, ficará desonerado o fiador, ainda que o credor venha depois a perder por evicção a cousa prestada A fiança representa um acessório da obrigação, e, se pela dação em pagamento se extinguisse a obrigação de fórma que, quando se anulasse o pagamento em virtude da evicção, o credor tivesse contra o alheador o direito de garantia que é atribuido ao comprador, nenhuma necessidade havia de consignar no código a disposição a que nos estamos referindo

Por outro lado, esta disposição, como resulta da jurisprudência em que se inspirou o art 2038.° do código civil francês, fonte do art 850.° e já aplicado entre nós ao tempo em que o código civil foi publicado (1), tem carácter excepcional Pothier enunciou a doutrina de que as responsabilidades dos fiadores deviam ser mantidas em harmonia com os princípios sempre que, pela nulidade do pagamento, subsistia a obrigação anterior; sustentou, porém, que o credor evicto não podia proceder contra o fiador, se o devedor se tinha tornado insolvente no tempo que decorre entre a dação em pagamento e a evicção, apresentando como razão que o fiador sofreria prejuízo em virtude do acôrdo realizado entre o credor e o devedor, pois que, se houvesse sido efeituada a prestação devida, como o credor tinha o direito de exigir, poderia deixar de dar-se a evicção, não ficando consequentemente o fiador responsável (2).

Parece ter sido esta, segundo alguns jurisconsultos franceses, a doutrina que o legislador sancionou. A maioria,

(1) COELHO DA ROCHA, *Instituições*, vol. 2.°, § 887.
(2) *Obligations*, n.° 406.

porém, dêstes jurisconsultos pronuncia-se no sentido de que, tendo sido extinta, pela dação em pagamento, uma obrigação, esta não revive pelo facto de o pagamento se anular, ficando o credor com a acção de garantia.

Afigura-se-nos que, representando a dação em pagamento um facto extintivo da obrigação, desde que se anule a dação em pagamento em virtude de o devedor não ser proprietário da cousa, desaparecendo assim a causa jurídica em virtude da qual se extinguiu a obrigação, esta não pode deixar de reviver.

É verdade que nos contratos onerosos o adquirente evicto fica, em princípio, com o direito de garantia, em virtude do qual pode exigir do alheador, ainda que êste haja procedido de boa fé, o preço ou o que êle haja recebido do adquirente evicto O preço, porém, na dação em pagamento é representado pelo crédito e é êste que o evicto tem o direito de exigir Poderá exigir também a indemnização de perdas e danos, quando o devedor haja procedido de má fé, em harmonia com os princípios gerais

Para que o crédito subsista, é necessário que se anule a dação em pagamento Quando esta seja válida, o crédito ficará definitivamente extinto, embora o credor adquirente tenha o direito de exigir do devedor qualquer indemnização por direitos que terceiros tivessem sôbre a cousa que foi dada em pagamento Assim, se fôr dado em pagamento um prédio sôbre que se acha constituida uma hipoteca, e o adquirente fôr privado dêle em virtude de execução hipotecária, o crédito não revive, porque houve a transferência da propriedade pela dação em pagamento, esta fez-se validamente, e nesse momento extinguiu-se o crédito Neste caso existe a acção de evicção.

Anulada a dação em pagamento, o crédito renasce com todos os seus acessórios, exceptuada a fiança. Aplicam-se neste caso os mesmos princípios que se o pagamento fôsse anulado (art 1029.°).

Quando o dador em pagamento não seja devedor, efeituando um pagamento indevido por êrro, terá o direito de repetir o que tenha pago e portanto a própria cousa que foi dada em

pagamento (art. 758 °). Se, em vez da dação em pagamento, tivesse havido um contrato de compra e venda e nesse contrato se estipulasse que o preço compensaria a dívida, não poderia o alheador exigir a restituição da cousa vendida, porque esta ficou sendo propriedade do comprador

87. *Requisitos da dação em pagamento* A dação em pagamento, sendo uma subrogação convencional da prestação devida, só pode ser feita por quem tenha a capacidade necessária para a transferência da propriedade da cousa que é dada em pagamento e para renunciar à prestação devida Não basta, pois, para a dação em pagamento a capacidade que se exige para pagar ou para receber. Para pagar e para receber, visto que se trata dum vínculo obrigatório já constituído, são suficientes poderes de mera administração. Para a dação em pagamento, é necessária a capacidade de alienar em relação a uma ou a ambas as partes

§ 19 — *Da novação.*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 160-162, DR DIAS FERREIRA, *Código civil anotado*, 2 ° vol., notas aos artt 802.°-814.°, GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 7.°, n os 339-446; MAZZONI, *Istituzioni*, vol. 4.°, n.os 133-135, WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 2.°, parte 1 ª, §§ 353-357, DERNBURG, *Pandette*, vol 2.°, §§ 59 e 60; BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, tomo 3.°, pagg. 1-92; PLANIOL, *Traite*, n.os 529-561 GAUDEMET, *Etude sur le transport des dettes á titre particulier*, PAUL GIDE, *Etude sur la novation et sur le transport des dettes en droit romain*, SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg. 95-108.

88 *Conceito de novação* A novação é a substituição duma obrigação por outra. A obrigação anterior extingue-se, sendo causa jurídica desta extinção a constituição duma nova obrigação A nova obrigação fica assim relacionada com a obrigação anterior, tendo nesta a sua causa.

Na novação, em vez de se extinguir a antiga obrigação pelo pagamento ou dação em pagamento, extingue-se pela constituição dum novo vínculo obrigatório, que só pela sua causa

jurídica se relaciona com o vínculo anterior, que é completamente suprimido

Donde resulta que não pode considerar-se novação qualquer modificação que se dê no vínculo obrigatório, emquanto êste subsistir. É assim que as alterações que se dêem em relação ao prazo do pagamento, à taxa do juro, ao reforço ou redução da caução, não podem considerar-se novações, como não pode considerar-se novação também o reconhecimento da obrigação por sentença judicial ou confissão, a ratificação duma obrigação relativamente nula

Em qualquer dêstes casos, subsiste, com elementos naturais ou acessórios diversos e com diferente eficácia, a antiga obrigação, e, emquanto esta não fôr substituida, não há novação (1).

Também não se dá a novação só pela mudança de credor. Neste caso, se o novo credor fica representando o antigo credor, subsiste a mesma obrigação. A novação só se dará, quando o devedor se obrigar directamente para com o novo credor, constituindo-se assim uma obrigação por meio da qual a anterior fica extinta.

O simples facto de se transmitir a dívida quer por título universal quer por título singular, também não envolve novação. Se a transmissão da dívida se dá por título universal, o herdeiro, que fica na mesma situação jurídico patrimonial em que se achava o autor da herança, é responsável pela mesma obrigação, dentro das fôrças da herança A obrigação não se extingue, e o crédito está, pelo seu valor pecuniário, representado nos bens que constituiam o património do defunto

Quando haja a transmissão a título singular, o novo devedor ficará adstrito à prestação juntamente com o antigo, emquanto o credor não consentir na transmissão, exonerando o antigo devedor. Assim, se se fizer uma doação de bens,

(1) Veja-se o ac. do S. T J. de 19 de abril de 1901, na *Revista de legisl. e de jurisp.*, vol. 40 °, pag. 263, que parece admitir a novação numa hipotese em que não houve substituição da obrigação. Veja-se tambem o ac do S T J. de 18 de dezembro de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 23, pag. 4, e as observações da Redacção da mesma *Gazeta*

impondo-se ao donatário a obrigação do pagamento de determinadas dívidas do doador, êste ficará responsável juntamente com o donatário; se forem legados bens e se impuser ao legatário a obrigação de pagar certas dívidas do autor da herança, o herdeiro ficará responsável juntamente com o legatário

Em qualquer dos casos referidos constitue-se uma obrigação para o donatário e para o legatário, mas subsiste o antigo vínculo obrigatório, emquanto o credor, que não é obrigado a aceitar a substituição do devedor, não consentir na transmissão da dívida, exonerando o antigo devedor Quando se dê esta exoneração, haverá novação e a antiga obrigação extinguir-se há.

Como já notámos (veja-se o n.° 50.°), o nosso código civil não admite a transmissão de dívidas por título singular. Quando a um devedor se substitue outro, há sempre a extinção da obrigação anterior.

Esta transmissão é todavia teòricamente possível, e terá vantagens práticas, quando a transmissão da dívida se efeitue em virtude da transferência de bens do património do antigo devedor para o património do novo devedor (1)

Neste caso, a transmissão da dívida não representará apenas a transferência dum elemento negativo dum património para outro, a dívida acompanhará como encargo os bens que se transmitem Assim, fazendo-se uma doação, pode impor-se ao donatário a obrigação de pagar, pelo valor dêsses bens, as dívidas do doador. Tendo o credor representada nos bens do devedor, pelo seu valor pecuniário, a prestação a que tem direito, desde que o devedor transmita para um terceiro bens de valor igual ou superior ao da prestação, pode dar-se, juntamente com a transmissão dos bens, a transferência da obrigação, e esta subsistir a mesma

(1) Veja-se CHIRONI, *Tratato dei privilegi*, vol. 1.°, n.° 177, em que se sustenta que o conceito de sucessão na divida e inadmissivel por esta não se poder considerar *cousa certa, distinta*, no patrimonio do devedor, havendo na alienação, que a obrigação envolve, um facto do devedor, que esta pressupõe. Quando a obrigação tenha acentuado caracter patrimonial recaindo em bens determinados, havera sucessão nestes mas não na divida

Quando haja apenas a transferência da dívida, desacompanhada da transmissão de bens, a idea de sucessão afigura-se-nos inadmissível A dívida significa que o devedor alienou bens correspondentes ao seu valor pecuniário, havendo assim bens no património do devedor a que o credor tem direito Este direito, que é um elemento positivo no património do credor e negativo no do devedor deixa de existir no momento em que o devedor é substituido por outro, sendo no património dêste que a dívida fica existindo como elemento negativo A prestação pode ser a mesma, mas não são os mesmos os bens em que ela está representada, não é o mesmo o património que a ela está adstrito, e o vínculo obrigatório não pode subsistir o mesmo na sua transmissao para o património do novo devedor, porque não pode haver a sucessão num elemento meramente negativo Não é possível, nestas condições, transplantar a dívida dum património para outro, porque tal transplantação apenas significaria que os bens dum dos patrimónios ficaram isentos duma responsabilidade que ficou recaindo sôbre bens doutro património. Entre os dois patrimónios não ficaria existindo relação alguma que se possa exprimir pela palavra *sucessão*, e a obrigação caracteriza-se fundamentalmente pela sua relação com o património do devedor. O crédito pode destacar-se do património, transplantar-se, porque é um elemento positivo, a dívida, elemento negativo, quando se não transmita com um elemento positivo, não é susceptível disso

Teòricamente possível, nas condições referidas, a idea da transmissão da dívida por título singular, tal transmissão teria a vantagem prática de, subsistindo a obrigação com o mesmo título ou causa jurídica, se libertar o antigo devedor.

O nosso código, porém, não admitiu a transmissão das dívidas por título singular A substituição do devedor envolve sempre novação e portanto a extinção da obrigação anterior.

No código civil alemão a categoria jurídica da novação foi suprimida Se se dá a constituição duma nova obrigação sendo os mesmos o credor e o devedor, há, segundo êsse código, a dação em pagamento (art 364.°), se há a substi-

tuição do credor ou do devedor, haverá a cessão dum crédito ou duma dívida (artt. 398 °-411.° e 414 °-419.°). A cessão do crédito dá-se com todos os acessórios, a da dívida determina a extinção da fiança, do penhor e da hipoteca, se o fiador ou proprietário da cousa penhorada ou hipotecada não consentem na cessão

Afigura-se-nos possível em parte a simplificação feita pelo legislador alemão, integrando a novação, em harmonia com as modalidades que ela reveste, em outras categorias jurídicas. Não somos, porém, de parecer que a cessão das dívidas se possa operar do mesmo modo que a cessão de créditos. A dívida, sendo um elemento negativo no património, só pode transmitir-se como encargo que acompanhe os bens do devedor

Quanto à transmissão do crédito, essa transmissão pode dar-se subsistindo o antigo vínculo obrigatório, ou sendo êste substituido por outro. No primeiro caso haverá a cessão; no segundo verificar-se há a cessão e, ao mesmo tempo, a substituição da obrigação. E como a obrigação que se constitue é a causa jurídica da extinção da anterior, necessário se torna determinar os efeitos que a nulidade ou anulação duma obrigação produz em relação à outra

A teoria respectiva poderia ter o seu lugar na dação em pagamento, e esta também pode ser abrangida na novação. Tudo se resume numa questão de método e de técnica jurídica.

89. *Modos por que pode dar-se a novação.* A novação efeitua-se (art 802.°):

1 ° Quando o devedor contrai, para com o credor, uma nova dívida em lugar da antiga, que fica extinta;

2 ° Quando um novo devedor é substituido ao antigo, que fica exonerado;

3 ° Quando um novo credor é substituido ao antigo, obrigando-se para com êle o antigo devedor

Em todos estes casos, porém, quer se trate da novação *objectiva,* que é a especificada em primeiro lugar, quer da *subjectiva,* que é a que se efeitua em virtude da substituição da pessoa do devedor ou do credor, a dívida primitiva fica

sempre extinta E assim se distingue a novação *subjectiva* da cessão e da subrogação, sendo que não há na novação uma simples substituição de pessoas, mas a substituição da própria obrigação

90 *Condições da novação* Do próprio carácter da novação deriva que esta, sendo a extinção duma obrigação precedente pela constituição duma nova obrigação

1 ° Só pode dar-se entre pessoas que sejam capazes de contratar, das quais uma possa dispor do crédito que se extingue e a outra possa tornar-se devedora na obrigação que o substitue;

2 ° Que não se presume, tornando-se necessário que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contrato (art. 803 °) Assim, quando se constitue, uma nova obrigação, não se entende que por ela se dá a extinção duma obrigação anterior, subsistindo esta ao lado da nova obrigação, se não resultar do acto constitutivo desta, considerado na sua complexidade, que ela veio substituir a antiga. Quando se realiza um contrato em virtude do qual uma pessoa assume para com o devedor a responsabilidade da obrigação, como uma doação com o encargo do pagamento das dívidas do doador, entender-se há, emquanto o doador não fôr exonerado da obrigação, que continua obrigado juntamente com o donatário, quando, por contrato entre o credor e um terceiro, êste ficar com direito à prestação, entender-se há que subsiste a obrigação, aplicando-se a teoria da cessão, se o devedor não se obrigar directamente para com o novo credor e se não verificar que por essa obrigação se extinguiu a anterior;

3 ° Que, nos casos em que não possa ter lugar a extinção da dívida anterior, não há lugar também para a novação, ficando esta destituida de efeito, e que, sendo nula a novação, subsistirá a antiga obrigação (art 813.°)

É assim que, se a primeira obrigação se achar extinta ao tempo em que a segunda fôr contraida, ficará a novação sem efeito (art 810 °), e o mesmo sucederá se a obrigação primitiva fôr absolutamente reprovada pela lei, ou tal que não possa ser sanada ou confirmada (art. 812.°)

Quando a obrigação primitiva não seja, porém, inexistente ou insanavelmente nula, mas seja susceptível de rescisão em virtude de nulidade relativa, não poderá invocar-se esta nulidade para destruir a eficácia da novação (art 812 °, *a contr sensu*) É assim que, se um individuo havia contraido uma obrigação durante a menoridade ou no estado de interdição por demência ou prodigalidade, e, depois de haver atingido a maioridade ou de lhe haver sido levantada a interdição, contrair com o credor uma nova obrigação em lugar da que era rescindível, se fizer substituir por um novo devedor, ou se obrigar para com um novo credor, não poderá requerer a anulação da primitiva obrigação, e a novação produzirá todos os seus efeitos

Esta disposição da lei basea-se em que, pela novação, o devedor renunciou à nulidade da primitiva obrigação, cujos efeitos só se produziriam em virtude de sentença que a decretasse,

4 ° Quando a obrigação anterior seja subordinada a uma condição suspensiva, a novação só ficará dependente do seu cumprimento no caso em que assim seja estipulado (art 811.°), disposição que se basea em que, dando-se pela novação a substituição da dívida anterior, pode a dívida que pela novação se constitue ser de natureza diversa da que se extingue e presume-se até que a nova obrigação é pura e não condicional

Quando a condição seja resolutiva e venha a verificar-se, posteriormente à constituição da nova obrigação, o facto que extinguia a anterior, a nova obrigação não deixará de produzir os seus efeitos A constituição da nova obrigação altera, neste caso, a natureza da obrigação anterior, entendendo-se que as partes renunciaram à condição nela estabelecida, pela qual era resoluvel o vínculo obrigatório. É o que se infere do disposto no art 810 °, em que apenas se declara sem efeito a novação, se a nova obrigação *já se achar extinta ao tempo em que a segunda fôr contraída.*

Pode, porém, a nova obrigação conservar a mesma natureza da anterior, o que se dará sempre que as partes assim o tenham estipulado.

Quando a anterior obrigação seja pura e simples e a nova

condicional, dar-se há o seguinte: se a condição fôr suspensiva, continua subsistindo a anterior obrigação, até que se verifique o facto de que depende a constituição da que a substituirá; se a nova obrigação ficar dependente de condição resolutiva, a obrigação anterior caducará no momento em que se constituir a nova, mas, se a condição se verificar, reviverá a antiga obrigação, pois que a segunda considerar-se ha inexistente desde que se constituiu, restabelecendo-se a situação anterior

Resumindo: os elementos essenciais da novação são — uma obrigação preexistente, uma obrigação que lhe suceda, a capacidade das partes, a intenção de novar expressa ou claramente manifestada

As condições a que acabamos de referir-nos, devem verificar-se tanto na novação *objectiva* como na *subjectiva*. Necessário é atender, porém, ao modo por que se efeitua a novação, para se determinar, em alguns casos, se existe novação, isto é, se se dão as condições que para ela são necessárias.

Iniciaremos êste exame pela novação objectiva, que é a que o código especifica em primeiro lugar

91. *Novação objectiva* *Novação objectiva* é a que se dá entre as mesmas pessoas que estavam vinculadas pela primitiva obrigação, havendo a extinção desta e a sua substituição por uma nova dívida (art. 802 ° n ° 1.°). Esta novação verifica-se pela substituição do objecto ou da causa da obrigação, mas é necessário atender também à vontade das partes, pois a lei não especifica quais as mudanças que devem dar-se no objecto da obrigação, para que se entenda que há novação, e pode portanto verificar-se a substituicão da antiga dívida por uma nova, mesmo que não haja uma mudança essencial no objecto da obrigação, quando o credor e o devedor, contraindo a nova obrigação, expressamente declararam que a antiga ficava extinta

Exemplifiquemos

António deve a João cinco contos de réis, a juro de cinco por cento, havendo garantia hipotecária constituída por Joaquim In nova escritura, António contrae com João uma

dívida de quatro contos de réis a juro de seis por cento e sem garantia hipotecária, e nessa escritura declara-se expressamente que a dívida de cinco contos de réis fica extinta Neste caso há, em virtude da intenção das partes expressamente manifestada, uma novação

Se, em vez de as partes declararem que a dívida antiga ficava extinta, António confessasse que devia cinco contos de réis a juro de cinco por cento e com garantia hipotecária, e que essa quantia ficava reduzida a quatro contos de réis, a juro de seis por cento, sem a referida garantia, não haveria novação, e o novo contrato apenas teria como consequência modificar a antiga obrigação pelo que respeita ao quantitativo, ao juro e à garantia hipotecária

Em alguns casos, porém, embora as partes não manifestem expressamente a intenção de novar, esta resulta dos próprios termos do contrato, ou, por outras palavras, da natureza da prestação ou da obrigação, quando sejam incompatíveis com a anterior obrigação.

Assim, António era devedor a Joaquim de cem mil réis e essa obrigação foi substituída pela da entrega dum cavalo. Esta obrigação é incompatível com a primeira, pois que o seu objecto é diverso, e portanto não pode deixar de haver novação, embora as partes não façam declaração alguma a êsse respeito. Escusado será notar que, se o cavalo foi imediatamente entregue, não há novação, mas a extinção da antiga dívida pela dação em pagamento Quando o cavalo não seja entregue, à antiga obrigação substitue-se outra com objecto diverso, sendo a causa jurídica desta a extinção da obrigação anterior O mesmo sucede, quando a uma obrigação simples se substitue uma alternativa, a uma obrigação pura, uma condicional ou de modo, a uma obrigação vitalícia, a do pagamento duma determinada quantia por uma só vez.

Em geral, e pelo que respeita ao objecto da obrigação, não se entenderá portanto que existe novação, se esta não fôr expressamente estipulada, quando se dê apenas qualquer alteração pelo que respeita ao prazo ou lugar do pagamento, à estipulação, aumento ou diminuição de juros, redução ou aumento da soma devida.

Além da modificação substancial no objecto da prestação, a novação objectiva também se dá em virtude da *causa debendi*

Assim, se devo cem mil réis a Pedro como depositário e, em virtude de nova convenção, os fico devendo como mutuário, nenhuma dúvida há de que se deu novação.

Da mesma forma, se António deve cem mil réis de soldadas a um criado e essa obrigação é substituida por um novo contrato em virtude do qual lhe fica devendo essa quantia como mutuário, nenhuma dúvida há também de que se verificou uma novação, produzindo esta, entre outros efeitos, o de obstar a que a dívida fique sujeita à prescriçao de curto prazo

92. *Novação subjectiva.* Esta tanto pode dar-se com substituição do credor, como do devedor Trataremos desta em primeiro lugar

1) *Novação por substituição do devedor* A novaçao por substituição do devedor pode verificar-se de dois modos 1) substituindo-se um novo devedor ao antigo, que pelo credor é libertado do cumprimento da obrigação *(expromissio)*, 2) apresentando o devedor em sua substituição ao credor um novo devedor *(delegatio passiva)*

No primeiro caso, e visto que o pagamento da dívida se pode realizar por um terceiro sem consentimento do devedor, não é necessária a intervenção dêste para que se dê a novação (art 804.º). Esta verifica-se pelo acôrdo entre o credor e o devedor que substitue o primitivo, acôrdo por que êste fica libertado do cumprimento da obrigação, quando se verifiquem as condições gerais que para a novação se tornam necessárias

No segundo caso, intervêm na novação três pessoas. *a*) devedor que delega, *b*) devedor delegado, *c*) credor delegatário. É só pelo concurso da vontade de todos eles que pode dar-se a delegação com novação.

A *delegação* significa o acto por que uma pessoa pede a outra que aceite como devedor um terceiro que pague em vez dela. Ordinàriamente quem pede (delegante) é devedor

da pessoa que aceita (delegatário) a sua substituição por um novo devedor (delegado) de quem o delegante é credor, verificando-se assim a extinção de dois créditos pela novação, total ou parcialmente, e tendo a novação as mesmas vantagens que a compensação. É possível, porém, que não haja os dois créditos anteriormente à novação e até que não exista nenhum. Assim, uma pessoa pode fazer doação a outra por intermédio dum terceiro que fique sendo credor do doador e devedor do donatário Escusado será notar que não há neste caso, e em casos idênticos, novação Esta pressupõe sempre uma obrigação anterior, que por ela se extingue, e a constituição duma nova obrigação

O devedor delega, encarregando um terceiro de pagar ao credor o que lhe deve, e portanto existe neste caso não só o consentimento do devedor primitivo, mas é até por iniciativa dêle que se verifica a novação

O devedor delegado deve assumir a obrigação de pagar ao delegatário, constituindo-se assim devedor dêste em substituïção do devedor primitivo

Por parte do credor delegatário é necessário também o consentimento, visto que, sem êle, não pode dar-se a substituição do devedor (art 804 °), e êsse consentimento consiste na manifestação expressa, ou que se deduza claramente dos termos do contrato, em virtude da qual o credor liberte o devedor originário do cumprimento da obrigação, considerando esta extinta relativamente a êle (art 803 °) Assim, se o delegatário, feito o contrato com o delegado, entregar ao delegante o título particular por que se provava a dívida primitiva, êste facto revelará a sua intenção de libertar o primitivo devedor do cumprimento da obrigação.

Quando o devedor simplesmente indique a pessoa que deve pagar em seu lugar, não há novação (art 806.°)

Esta indicação é o que se chama *delegação imperfeita*. Para que haja novação, é necessário que o credor delegatário liberte o delegante, e que o delegado aceite a obrigação do pagamento em substituição dêste, o que se não verifica quando o devedor simplesmente indique a pessoa que deve pagar em seu lugar

O credor, que exonerar pela novação o antigo devedor, aceitando outro em seu lugar, não terá regresso contra aquele, se o novo devedor se achar insolvente ou fôr incapaz, salvo se outra cousa fôr estipulada (art. 805.°).

O legislador não distingue, pelo que respeita à insolvência do devedor, que o credor aceitou em vez do antigo, a insolvência anterior à novação da posterior, ao contrário do que fazem alguns códigos estrangeiros, que, partindo do princípio de que o credor não aceitaria a substituição do primitivo devedor por outro que, ao tempo em que ela se realiza, fôsse insolvente, tornam neste caso o primeiro devedor responsável pelo cumprimento da dívida, podendo o credor exercer a acção de regresso contra êle. E necessário, porém, aplicar à hipótese sujeita os princípios gerais de direito, em virtude dos quais o credor poderá anular o contrato de novação, se, conhecendo o originário devedor a situação económica do devedor que apresentou em sua substituição, houver procedido para com o credor com dolo ou má fé.

Quando se estipule que o antigo devedor ficará responsável no caso de insolvência do novo devedor, essa cláusula poderia entender-se como sendo uma condição que, verificando-se, faria reviver a antiga obrigação, ficando a novação subordinada à solvabilidade do novo devedor No art 805.° declara-se, porém, que neste caso o credor terá o direito de *regresso* contra o antigo devedor, e por esta palavra afigura-se-nos que se quis significar que o credor pode proceder contra êle por uma acção que se funda na garantia que o antigo devedor assume em relação à nova obrigação. A anterior obrigação não renasce portanto com os seus acessórios, ao contrário do que sucederia se se considerasse a cláusula de responsabilidade como envolvendo uma condição

Quando o devedor delegado não seja devedor do delegante, mas assuma a obrigação para com o credor delegatário julgando que o é, para se verificar se pode ou não anular a novação e o pagamento que tenha feito ao credor delegatário, é necessário ter em vista as condições em que se pode dar a rescindibilidade dos negócios jurídicos em virtude de êrro sôbre a causa ou motivo que determinou a vontade,

pois que só nessas condições poderá ser anulada a novação. O credor delegatário é estranho a quaisquer relações que haja entre o delegante e o delegado, as quais representam a causa determinante da novação, não podendo portanto anular-se a novação senão nos casos em que haja dolo ou má fé por parte dêsse credor, ou quando do próprio contrato de novação conste que êste se fez em virtude de o delegado ser devedor do delegante, tendo o credor delegatário aceitado essa declaração (art 660.º).

2) *Novação por substituição do credor* A novação pela substituição dum novo credor ao antigo tem por efeito desligar o devedor da obrigação para com êste, a qual fica extinta, e sujeitá-lo a uma nova obrigação para com o novo credor.

A substituição do credor pode dar-se sendo êste devedor do novo credor, caso em que há um contrato a título oneroso, ou representar uma doação por parte do credor Em ambos os casos, a novação distingue-se da cessão e da subrogação em que por ela se constitue uma nova obrigação, sendo necessário não só o acôrdo entre o antigo e o novo credor, mas também o consentimento do devedor, o qual consiste em êle se obrigar para com o novo credor (art 802 ° n ° 3 °), e êste consentimento, desnecessário sempre na cessão, só existe na subrogação, quando esta se faz por iniciativa do devedor. E necessário é, para que haja novação, que o consentimento dos credores e do devedor pelo que respeita à novação seja expressamente manifestado, ou que claramente se deduza dos termos do contrato (art 803.º) Donde se conclue que a simples indicação feita pelo credor de pessoa que deva receber a prestação em seu lugar, não produz novação (art. 806 °).

93. *Efeitos da novação.* Os efeitos da novação deduzem-se lògicamente da noção que dela demos extingue-se por ela uma obrigação e constitue-se outra Sendo um dêstes efeitos a causa do outro, segue-se que, deixando de produzir-se um dêles, o outro também não se pode produzir; só se nova uma obrigação para substituir outra

O efeito extintivo da novação é como o do pagamento.

Os efeitos liberatórios respeitam ao devedor principal e a todos os coobrigados, desaparecendo em face deles a dívida com todos os direitos e obrigações acessórios, quando não haja, a respeito dêstes, reserva expressa (art. 807 °)

É assim que, se a novação é objectiva, liberta-se por meio dela o devedor da antiga dívida e com êle os fiadores; se é subjectiva com substituição de devedor, o devedor antigo fica completamente isento da obrigação, se é subjectiva com substituição de credor, o credor antigo nenhuns direitos fica tendo relativamente ao devedor

Pela novação feita entre o credor e algum dos devedores solidários, ficam exonerados todos os mais condevedores (art 809 °), e o mesmo sucede nas obrigações indivisíveis, ficando os condevedores apenas obrigados a pagar a sua quota parte na obrigação ao devedor que a extinguiu pela novação

A obrigação, que pela novação se constitue, não conserva em regra a natureza e os efeitos que tinha a antiga. Podem todavia as partes estipular que a nova obrigação conserve alguns dos efeitos da antiga, sempre que com ela não sejam incompatíveis

É assim que as partes podem reservar, com tanto que o façam expressamente, os direitos e obrigações acessórios da antiga obrigação (art. 807 °), ligando-se, no intuito de facilitar a novação, as garantias do crédito antigo ao novo Assim, se a dívida antiga fôr garantida por hipoteca, pode estipular-se que essa garantia subsista a favor da nova dívida Não pode, porém, em prejuízo de terceiros, estipular-se que a hipoteca garanta uma dívida superior à antiga, e não podem o credor e o devedor, quando a reserva diga respeito a terceiros, fazê-la sem que haja consentimento da parte dêstes (art 807 ° § único) Assim, se, no exemplo que demos, a hipoteca tiver sido constituída por um terceiro, não pode subsistir, embora as partes façam expressamente reserva dessa hipoteca, sem que o terceiro, a quem os prédios pertencem, preste o seu consentimento

Quando a novação se efeitue entre o credor e algum devedor solidário, os privilégios e hipotecas do antigo crédito só

podem ser reservados em relação aos bens do devedor que contrai a nova dívida (art. 808.°).

Note-se, porém, que esta disposição só é aplicável na hipótese de os condevedores solidários não haverem prestado o seu consentimento à reserva que tenha sido estipulada entre o credor e o devedor solidário que fica adstrito à nova obrigação, devedor que, relativamente aos condevedores, fica tendo o direito de regresso, como se a obrigação que se novou houvesse sido extinta pelo pagamento.

Podem até o credor e o devedor solidário, que fez o contrato de novação, estipular que êste ficará dependente de que os condevedores solidários consintam na reserva dos direitos e obrigações acessórios que entre eles haja sido estipulada, considerando-se o contrato com efeito, ou sem êle, quando não prestem êsse consentimento, conforme fôr suspensiva ou resolutiva a condição Dada esta hipótese, quando os condevedores solidários não prestem o seu consentimento à novação nos termos em que foi estipulada, ficará o contrato sem efeito, subsistindo a antiga obrigação (1).

O devedor substituido não pode opor ao credor, para se eximir ao cumprimento da nova obrigação, quaisquer meios de defesa ou excepções que poderia opor o antigo devedor; mas pode opor-lhe os que pessoalmente tenha contra o mesmo credor (art. 814.°).

(1) Na jurisprudência francesa e na italiana e assunto de graves divergências se, no caso de ter sido feita a novação por substituição do devedor, sem que o antigo preste o seu consentimento, e necessario que, tendo sido expressamente reservada a hipoteca que garantia a divida e que recaia em predios do antigo devedor, êste preste o seu consentimento a essa reserva, para que a hipoteca subsista Veja-se Demolombe, *Traite des contrats*, tomo 5.°, pagg. 251 e segg., e Laurent, *Principes*, tomo 18.°, pagg. 355 e segg

Em face do nosso codigo, parece-nos que não pode haver duvida alguma de que se torna necessario o consentimento do antigo devedor para que a hipoteca subsista, pois êsse devedor, cuja obrigação se extingue, relativamente ao credor, pela novação, não pode deixar de considerar-se como terceiro quanto a êste contrato. Teoricamente parece-nos, porem, mais defensavel a doutrina contraria, pois facilitaria, sem novos encargos para o devedor, a novação, que e feita em seu proveito.

Esta disposição é uma consequência do princípio de que a nova obrigação tem os efeitos que derivam da sua própria natureza jurídica, não conservando nenhuns efeitos da antiga, quando não sejam expressamente reservados

§ 20 — *Da confusão.*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 1 ° § 168 °, GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 8 °, n °° 98-121, BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, pagg. 243-247.

Conceito de confusão e factos de que resulta *Confusão* é a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e de devedor. As qualidades de credor e de devedor referem-se à mesma obrigação, derivando neste sentido da mesma causa (art 796.°).

Declara-se neste artigo que pela confusão se *extingue o crédito e a divida*, isto é, a obrigação sob os seus dois aspectos, activo e passivo; mas a confusão tem uma natureza especial em relação aos outros factos extintivos das obrigações que até aqui temos estudado. E necessário é determinar qual seja essa natureza, pois por ela se explicam algumas disposições do código relativas aos efeitos da confusão.

Pela confusão torna-se impossível o exercício do direito creditório contra o devedor, pois que, sendo a mesma pessoa sujeito activo e passivo, o credor não pode proceder contra si mesmo.

A confusão não determina, pois, a extinção do crédito, sempre que a existência dêste seja compatível com ela É assim que, ficando o devedor herdeiro do credor, o crédito do defunto deve ser computado para o efeito da quota disponível. Se, por exemplo, A filho de B. dever a êste 1.000$000 réis, e B. deixar legados, para se verificar se a importância dêstes excede a metade da herança de que B. podia dispor deve considerar-se subsistente o crédito dêle contra A

A reunião numa só pessoa das qualidades de credor e de devedor que se davam em pessoas distintas opera-se ordinàriamente pela sucessão por morte, a título universal ou sin-

gular Pode dar-se também a confusão pela adquisição dum crédito por acto entrevivos.

Pela sucessão hereditária, fica o herdeiro representando o falecido em todos os direitos que não sejam de carácter pessoal, e portanto nos créditos e nas dívidas Sendo, pois, o herdeiro credor ou devedor do falecido, e não havendo a separação do património do defunto do património do herdeiro, verifica-se a confusão Na aceitação da herança a benefício de inventário existe a separação dos patrimónios, não sendo o herdeiro responsável para com os credores do falecido senão pelas fôrças dos bens inventariados, e incumbindo aos credores, quando esses bens não sejam suficientes para o pagamento das dívidas, a prova de que há outros bens na herança (art 2019 ° § único), e portanto não pode dar-se a confusão, quando concorram na mesma pessoa as qualidades de credor e de devedor, por título de herança aceita a benefício de inventário (art 800.°).

O herdeiro a benefício de inventário tem, pois, o direito de exigir da herança o pagamento dos seus créditos, e esta o de exigir as dívidas do herdeiro

Para que se verifique a confusão na sucessão hereditária, é necessário que, ao tempo da abertura desta, o seu autor seja credor ou devedor Se êle houver cedido os créditos. não pode dar-se a confusão Notaremos, porém, a êste respeito que, se o herdeiro fôr devedor do crédito cedido, e a cessão não lhe houver sido comunicada ao tempo em que se abre a herança, se opera a confusão, mas o devedor fica, na qualidade de herdeiro e portanto como cedente, obrigado a pagar o valor do crédito ao cessionário.

95. *Efeitos da confusão* Os efeitos da confusão, em relação ao credor e devedor no qual ela se opera, consistem em tornar impossível o exercício do direito de crédito, e, extinguindo-se assim a obrigação, extintas ficam todas as suas garantias acessórias

O código refere-se expressamente à fiança, declarando que a confusão que se verifica na pessoa do principal devedor aproveita ao seu fiador (art 797 °) O mesmo sucede com o

penhor e a hipoteca, que hajam sido constituídos por um terceiro para garantia da dívida, pois que não só o credor fica inibido do exercício da acção creditória, mas, se êle procedesse contra o proprietário dos bens dados em penhor ou hipoteca, estes teriam o direito de regresso contra êle como principal devedor.

Quanto à fiança, o código fala só na confusão que se dê na pessoa do principal devedor, mas nenhuma dúvida pode haver de que a disposição é aplicável também à hipótese de a confusão se dar na pessoa do credor A impossibilidade que para o credor existe de exercer a acção creditória, inibe-o do direito de proceder contra o fiador.

A confusão que se dê, porém, nas qualidades de fiador e de credor não extingue a dívida (art 798 °)

Essa confusão é uma causa de extinção própria da fiança, que não produz efeitos relativamente à dívida principal.

Se o fiador, herdeiro do credor, houver pago a êste uma parte da dívida, terá o direito de a exigir do devedor, como subrogado que ficou pelo pagamento nos direitos do credor.

Havendo mais do que um devedor ou credor, e verificando-se a confusão só na pessoa dum dos credores ou dos devedores, é necessário, para se determinarem os efeitos da confusão, distinguir as obrigações solidárias das indivisíveis.

Nas obrigações solidárias, a confusão que se opera na pessoa do credor ou do devedor só produz os seus efeitos na parte proporcional ao seu crédito ou dívida (art 799 °)

As hipóteses que podem dar-se são · a de haver vários credores solidários e um só devedor, sucedendo um dos credores na dívida ou o devedor a um dos credores, a de haver um só credor e vários devedores solidários, sucedendo o credor a um dos devedores, ou um dos devedores ao credor Em qualquer destas hipóteses, quer pelo lado activo, quer pelo lado passivo, há um vínculo de solidariedade numa obrigação múltipla, sendo todas elas consequentemente abrangidas no artigo citado (1).

(1) Confr Dr Barbosa de Magalhães, *Obrigações solidárias*, pagg. 151 a 161 Não nos referimos as obrigações solidarias em que haja conjuntamente mais do que um credor e do que um devedor e em que têm de aplicar-se os mesmos principios

Em qualquer das hipóteses, se a confusão tivesse como efeito a extinção da obrigação, parece que deveria deixar de existir a obrigação solidária, determinando-se as relações entre os credores ou entre os devedores, como se houvera o pagamento. Assim, havendo vários credores solidários e sucedendo um deles ao devedor, se a obrigação se extinguisse pela confusão, os outros credores não poderiam exigir senão a quota parte que no crédito lhes pertence, se um dos devedores solidários sucedesse ao credor, não poderia exigir dos condevedores senão a quota parte que lhes cabe na dívida.

Não é esta, porém, a doutrina que está sancionada no art 799.°, pois que nele se declara que a confusão só *produz os seus efeitos na parte proporcional ao seu crédito ou dívida,* e essa parte não pode deixar de ser a que, considerados os credores ou devedores solidários nas suas relações internas, lhes cabe no crédito ou na dívida. Pela confusão não se extingue, pois é êste o efeito que o legislador lhe atribue (art 796.°), o crédito ou dívida solidários; extinguem-se só na *parte proporcional* ao que no crédito ou na dívida cabe ao credor ou devedor solidário

Operada a confusão, esta não produz efeitos senão nessa parte, donde resulta que, posta essa parte de lado, a obrigação subsiste a mesma, ficando o credor solidário, que sucede ao devedor, obrigado a pagar a qualquer dos outros credores, integralmente, o montante do crédito que a esses credores pertence, e não apenas a quota parte dêsse credor, e ficando o devedor solidário que sucede ao credor com o direito de exigir dos outros devedores a importância total da dívida, deduzida apenas a quota parte que pertencia ao devedor em quem se operou a confusão

A confusão só pode ser alegada, pois, como excepção pelos condevedores em relação à quota parte que na dívida cabia ao devedor que sucedeu ao credor Só nessa parte é que, pela impossibilidade do exercício da acção creditória a confusão produziu os seus efeitos

Exemplifiquemos Se João, António e José forem credores solidários de Joaquim da quantia de três contos de réis, e

João suceder a Joaquim, verificar-se há a confusão na parte relativa a um conto de réis, e tanto António como José podem pedir solidàriamente a João a quantia de dois contos de réis; sendo João, António e José devedores solidários de Joaquim da mesma quantia e sucedendo João a Joaquim, a confusão dar-se há também na quota parte da dívida que a êste pertence e João poderá exigir os dois contos de réis solidàriamente de António e de José.

Nas obrigações indivisíveis, se um dos devedores ficar herdeiro do credor, poderá exigir dos outros devedores o cumprimento integral da obrigação, quando qualquer deles seja o que tem de efeituar a prestação, e estes têm o direito de exigir o pagamento do valor correspondente à parte que na obrigação pertencia ao devedor, em cuja pessoa se verificou a confusão, se um dos credores ficar herdeiro do devedor, os outros credores apenas terão direito a exigir dêle a parte que lhes pertence.

96. *Cessação da confusão.* Se a confusão se desfizer, como, por exemplo, no caso de se anular o testamento e o devedor deixar por êsse facto de ser herdeiro do credor, renascerá a obrigação com todos os seus acessórios, ainda em relação a terceiros, se o facto tiver efeito retroactivo (art 801 °)

A êste respeito é necessário ter em consideração, não falando por ora das condições especiais determinadas pelo registo predial, o facto em virtude do qual se desfez a confusão e reviveu a obrigação.

Se o facto é anterior à confusão, a cessação desta terá efeitos relativamente a terceiros, se o facto é posterior, não poderão ser por êle prejudicados os direitos que tenham sido adquiridos por terceiros Assim, se a confusão se desfaz em virtude de se haver anulado o testamento pelo qual o devedor ficou sendo herdeiro do credor, a obrigação que se julgava extinta pela confusão renasce com todos os seus acessórios ainda em relação a terceiros, pois que a nulidade do testamento, seja qual fôr o tempo em que ela se declare judicialmente, obstava a que a herança se transmitisse para os

herdeiros nele instituídos, e não podia portanto verificar-se a confusão A cessação desta é consequência dum facto anterior — a nulidade do testamento Se, porém, a confusão se desfizer em virtude de o herdeiro ceder o direito à herança, já a obrigação não renasce com todos os seus acessórios em relação a terceiros, pois que a confusão havia-se operado legalmente e êles não devem ser prejudicados por um acto realizado pelo credor ou pelo devedor em virtude do qual se desfaça a confusão

Quando a dívida tenha garantia hipotecária e se dê o cancelamento do registo da hipoteca, esta renasce só desde que se faça de novo o respectivo registo ou o da competente acção, não produzindo êste efeito em relação a quaisquer terceiros que tenham adquirido direitos sôbre o prédio hipotecado (artt. 999 °, 1026 ° n ° 1 °, 1027.° n ° 3 ° e 1029 °). Como se vê da disposição consignada no art. 999 °, não tem efeito retroactivo a anulação do cancelamento, quando essa anulação resulte de se julgar nulo ou falso o título em virtude do qual o cancelamento se fez, e, sendo tal disposição genérica, dela resulta que, sendo julgado nulo ou falso o título em virtude do qual se deu a confusão e declarando-se consequentemente nulo o cancelamento do registo que em virtude dela se fez, esta anulação não prejudica os direitos de terceiros, quer se trate de garantia hipotecária, quer de qualquer outra garantia que esteja sujeita a registo

§ 21 — *Do perdão e da renúncia*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, 1 ° vol , §§ 52 ° e 163 °, GIORGI, *Obbligazioni*, tomo 7 °, n os 307-329, BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, pagg 94-129; SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg. 61-63.

97. *Noção de perdão* Preceitua-se no art. 815 ° que é lícito a qualquer renunciar o seu direito ou remitir e perdoar as prestações que lhe são devidas, excepto nos casos em que a lei o proíbir.

A confusão, já tantas vezes notada, que no nosso código se faz entre direitos reais e obrigações manifesta-se neste artigo, em que parece que se consideram como tendo a mesma natureza jurídica o perdão e a renúucia O perdão distingue-se todavia fundamentalmente da renúncia, e necessário se torna determinar o seu carácter específico para se precisarem as suas condições como facto extintivo das obrigações e os seus efeitos

Vê-se da disposição consignada no art. 815 °, que o *perdão* é a remissão duma prestação devida Esta remissão, como o evidencia a própria palavra *perdão*, tem a sua causa no espírito de liberalidade do credor, e o seu efeito directo e imediato consiste, quando a obrigação não consista na entrega duma cousa certa e determinada de que o credor seja proprietário, em libertar o património do devedor dum elemento negativo correspondente ao valor pecuniário da prestação e na alienação por parte do credor déste valor.

Consistindo a prestação numa cousa certa e determinada de que o credor seja proprietário, pelo perdão não se libertará apenas o devedor do cumprimento da obrigação; transferir-se há para êle a propriedade da cousa devida.

Neste caso, o perdão será uma doação pròpriamente dita e só poderá efeituar-se por meio de contrato (art 1452.°).

Quando a obrigação não tenha por objecto uma cousa certa e determinada, representando apenas a alienação de bens do credor no valor pecuniário correspondente ao montante da dívida. pelo perdão não se operará efectivamente a transferência de direitos reais , o efeito do perdão será meramente liberatório No fundo há, porém, a doação dum crédito, visto que o património do devedor, pela relação que há entre o seu activo e passivo, tem um aumento correspondente ao dêsse crédito.

Daqui resulta que, salva a questão da forma, que estudaremos quando nos ocuparmos da doação, o perdão deve considerar-se como sendo uma doação, não podendo assim ser libertado pelo perdão do cumprimento duma obrigação quem seja inábil para receber por doação, e podendo dar-se a revogação ou reduçao do perdão nos mesmos casos em que podem ser revogadas ou reduzidas as doações.

Sendo o perdão a remissão duma prestação devida, pelo perdão extinguem-se as obrigações. Para que se dê, porém, esta extinção, é necessário que o devedor consinta. *invito non datur beneficium.* Uma vez formado o vínculo obrigatório, êste não pode dissolver-se só por vontade do credor, o devedor tem o direito de rejeitar o perdão. Se o credor se recusa a receber, o devedor pode requerer a consignação em depósito, e a respectiva acção não poderá considerar-se improcedente, só pelo facto de o credor declarar que perdoou a dívida. Para êsse efeito, é necessário que êle prove que o devedor aceitou o perdão, pois só por vontade do credor e do devedor se podia considerar a dívida extinta.

Deverá o perdão considerar-se um negócio jurídico unilateral ou bilateral?

A importância desta questão está em que, se o perdão fôr um negócio jurídico unilateral, a eficácia dêle pelo que respeita à libertação do devedor do vínculo obrigatório não depende da vontade dêste; se fôr um negócio jurídico bilateral, torna-se necessária a aceitação por parte do devedor Daqui resulta que, se o credor que perdoou falecer antes que o devedor aceite o perdão, êste valerá se fôr um negócio jurídico unilateral e ficará sem efeito algum se tiver natureza contratual.

Em alguns artigos do código civil francês (1285.° e 1287.°) declara-se que o perdão é uma libertação convencional, havendo todavia alguns jurisconsultos que se pronunciam pela eficácia do perdão independentemente da vontade do devedor.

No código civil alemão preceitua-se (art 397.°) que a obrigação se extingue quando, por contrato, o credor faz remissão da dívida ao devedor

No nosso código não há uma declaração expressa a êste respeito, mas parece depreender-se do art 815.° que o perdão tem a natureza de negócio jurídico unilateral. Declara-se nele que é lícito a qualquer renunciar o seu direito ou remitir e perdoar as prestações que lhe são devidas Não se torna dependente da vontade do devedor a eficácia do perdão, parecendo assim que, a qualquer tempo em que venha a

dar-se a aceitação por parte do devedor, o perdão produzirá os seus efeitos, embora o credor já tenha falecido

Considerada, porém, a questão sob outro aspecto, poderemos chegar a uma solução contrária

O perdão representa uma verdadeira doação, quando se trate duma cousa certa e determinada cuja propriedade em virtude dêle se transfira para o devedor, e equivale a uma doação, quando a prestação não seja uma cousa certa e determinada, sôbre a qual o credor tenha o direito de propriedade.

Sendo assim, o devedor não pode tornar-se proprietário da cousa devida, sem que haja por parte dêle a aceitação do perdão O credor pode renunciar ao seu direito de propriedade, mas não pode, só por um acto da sua vontade, transferir para o património do devedor a propriedade da cousa devida.

Ora no perdão não há apenas a renúncia ao direito de propriedade, a cousa sôbre que recaía êste direito não fica sendo *nullius*, há a intenção de beneficiar o devedor, de transferir para êste a propriedade da cousa e, para que esta transferência se dê, é necessária a aceitação do devedor

Quando o credor não seja proprietário e o efeito do perdão seja portanto meramente liberatório, como o devedor não pode ser compelido pelo credor a aceitar o perdão, segue-se que por êste só pode extinguir-se a obrigação, desde que haja a aceitação por parte do devedor. O credor pode sem dúvida renunciar ao seu direito de crédito, mas não pode, sem a cooperação do devedor, dissolver o vínculo obrigatório.

A vantagem económica que para o devedor há pelo perdão não pode resultar apenas duma mera renúncia do credor ao seu direito Esta renúncia faz-se em proveito do devedor, tem como efeito desfazer um vínculo entre êste e o credor, e, para que êste efeito se produza, é necessária a vontade de ambas as partes

Poderá, porém, a vontade do devedor manifestar-se a qualquer tempo, desde que o perdão seja meramente liberatório, ou êste ficará sem efeito desde que não seja aceito em vida do credor?

O perdão meramente liberatório equivalendo, sob o ponto

de vista económico, a uma doação, não tem a mesma natureza jurídica que esta, porque não se efeitua por êle a transferência de bens Parece, pois, que se não pode argumentar com as disposições relativas à doação, para afirmar que o perdão tem, como esta, carácter contratual e que conseguintemente caduca se a aceitação se não der em vida do credor Por outro lado, se êste não pode, só por um acto da sua vontade, dissolver o vínculo obrigatório, não há dúvida alguma de que pode renunciar ao seu direito de crédito, e, desde que haja esta renúncia, o devedor, se não pode ser compelido a aceita-la, pode todavia considerar-se desobrigado, porque a extinção do crédito, que pode dar-se pela renúncia, tem como consequência necessaria a extinção da dívida

Esta argumentação, que levaria a considerar o perdão meramente liberatório como um negócio jurídico unilateral, não é completamente procedente

Como o efeito do perdão se da entre pessoas determinadas, e, emquanto se não produzir êsse efeito, o que só se dá com a cooperação do devedor, pode ser revogado pelo credor, segue-se que, para o devedor poder a todo o tempo invocar o perdão, é necessário que haja qualquer facto em virtude do qual se prove que o devedor teve conhecimento do perdão e se quis aproveitar dêle, tornando-se assim irrevogável a vontade do credor. Embora, pois, se considerasse subsistente a vontade do credor no caso de o perdão não haver sido aceito em vida dêle, o herdeiro do credor poderia, visto que não houve a dissolução do vínculo obrigatório, exigir a prestação, e, só pelo facto de a exigir, suprimir-se-ia o efeito do perdão.

98 *Noção de renúncia* A renúncia é a perda voluntária dum direito Essa perda pode dar se em relação a um direito já adquirido, mas de forma que por ela se não transfira êsse direito para outra pessoa, e pode dar-se em relação à faculdade de subjectivar um direito, ou, por outras palavras, de se constituir ou extinguir uma determinada relação jurídica. Assim, pode renunciar-se ao direito de propriedade, ao direito de servidão, ao direito de hipoteca, ao direito de herança,

ao direito de rescindir uma doação por superveniência de filhos, ao direito de investigar a paternidade ilegítima.

Quando haja a renúncia a um direito já adquirido, dessa renúncia pode resultar uma vantagem económica para determinadas pessoas, mas tal vantagem não resulta da renúncia, deriva da própria lei ou dum facto posterior. Assim, quando se renuncia ao direito de servidão, o prédio fica livre dêste ónus pela expansão do direito de propriedade e não em virtude da renúncia, quando se renuncia ao direito a uma herança, esta transmite-se para outros herdeiros por virtude da lei e não como efeito da renúncia, quando se abandona uma cousa e um terceiro se apropria dela, a adquisição por êste do direito de propriedade dá-se em virtude da ocupação.

Quando a renúncia obsta à constituiçao ou dissolução duma determinada relação jurídica, os seus efeitos dão-se em relação a pessoas determinadas, mas êsses efeitos não dependem da vontade destas, por não se achar ainda estabelecido um vínculo de obrigação ou por se achar estabelecido de forma que a sua efectivação esta meramente dependente da vontade do credor Assim, a revogação da doação por superveniência de filhos depende da vontade do doador Emquanto êste não manifestar a sua vontade rescindindo a doação, o donatário não pode considerar-se devedor, não se achando assim estabelecido um vínculo obrigatório entre êle e o credor Praticado um facto ilícito, quem por êle fôr lesado nos seus direitos pode pedir a indemnização de perdas e danos, mas não pode ser compelido a propor a respectiva acção. E emquanto os danos não forem determinados judicialmente ou por acôrdo entre o danificado e o danificante, aquele não podera compelir êste a receber a indemnização, donde resulta que, neste caso, o devedor não pode fazer a proposta de pagamento e consignação em depósito

A impossibilidade para o devedor de efeituar a prestação contra a vontade do credor da-se em todas as obrigações cujo cumprimento dependa, pelo facto de o credor não se haver voluntàriamente constituido nessa situação, de qualquer acôrdo entre o credor e o devedor ou de aquele o exigir judicialmente

Do que acabamos de dizer resulta que a renúncia, dependendo ùnicamente da vontade do titular do direito, é um negócio jurídico unilateral, não se tornando portanto necessário, para que produza efeitos em relacão a terceiros, que seja aceita por êstes. Para que a renúncia se considere, porém, irrevogável, é necessário que se tenha dado por forma que dela resulte a perda definitiva do direito a que por ela se abdicou. Emquanto se não der esta perda, a renúncia representará apenas um propósito, que as pessoas a quem ela aproveita não poderão invocar, desde que o titular do direito pretenda torná-lo efectivo

Assim, achando se constituída uma obrigação em virtude dum facto ilícito, para que o autor dêste considere extinta essa obrigação, não basta que o danificado declare que renuncia ao direito de indemnização, é necessário que essa declaração seja feita ao autor do facto ilícito ou a qualquer pessoa que o represente e que seja aceita por êle. Neste caso, haverá a libertação do devedor pela extinção da obrigação

Em matéria de obrigações, a renúncia reveste, pois, um carácter especial, pelo facto de os seus efeitos respeitarem a pessoas determinadas, tornando-se necessário, para que êsses efeitos se verifiquem, que a vontade do credor se manifeste de forma que o devedor não só dela tenha conhecimento, mas possa torná-la irrevogável pela aceitação.

E como a renúncia pode ser determinada não só pelo espírito de liberalidade, mas por outras causas, e só pode considerar-se perdão quando devida a espírito de liberalidade, poder-se-ía ter usado da palavra *remissão* para significar a extinção do vinculo obrigatório pela renúncia, compreendendo-se nela o perdão

99. *Prova do perdão e da renúncia* O perdão e a renúncia representam um negócio jurídico. Torna-se, portanto, necessária a manifestação da vontade, e, como a lei não exige para essa manifestação uma forma especial, segue-se que pode ser expressa ou tácita.

No projecto primitivo dispunha-se (art. 912.º) que a existência, em poder do devedor, do documento particular que representava a obrigação, estabelecia em seu favor a presunção de perdão ou pagamento, emquanto o credor não provasse o contrário Êsse artigo foi eliminado da secção em que se tratava do perdão e renúncia, reservando-se para a matéria das provas (1). Não foi, porém, inserido nesta parte, deixando assim de considerar-se presunção legal de pagamento a entrega feita voluntàriamente pelo credor ao devedor do título particular por que se prova a obrigação

Representando, porém, êste título a prova da obrigação, sempre que o credor, directamente ou por intermédio dum mandatário, entregue voluntàriamente o documento ao devedor, ou, quando se trate duma obrigação conjunta ou solidária, a qualquer dos devedores, não pode deixar de considerar-se essa entrega como um facto de que se infere a remissão da obrigação, quer essa remissão seja devida a perdão, quer a qualquer outro facto por que se tenha extinguido a obrigação, sempre que o credor não prove que outra foi a causa da entrega do título

No art. 2437 º dispõe-se que o título particular não prova contra a pessoa que o escreveu e assinou, quando esta tenha estado sempre de posse do escrito. Desta disposição conclue-se que, tendo estado o escrito na posse do credor, pode, embora ao tempo em que se pede o cumprimento da obrigação esteja em poder do devedor, constituir prova contra êste Esta disposição não invalida, porém, a doutrina por nós exposta, sendo que apenas afirmamos que há uma presunção simples de perdão ou de pagamento, quando o documento haja sido voluntàriamente entregue pelo credor ao devedor. Desde que o credor prove que o devedor não tem o documento em seu poder por lhe haver sido voluntàriamente entregue, ou que, embora o fôsse, essa entrega não significa a remissão da obrigação, não pode presumir-se que o credor manifestou por êsse modo a vontade de perdoar

Nos artt 871.º e 872.º declara-se que a restituição da cousa

(1) Veja-se as *Actas*, pag. 142

empenhada pressupõe a remissão do direito ao mesmo penhor, se o credor não provar o contrário, e que da remissão do penhor não resulta a presunção da remissão da dívida.

A remissão do direito ao penhor é a renúncia do credor a pagar-se pelo valor do penhor de preferência aos outros credores. Trata-se de uma renúncia pròpriamente dita, e a vontade do credor pode manifestar-se tàcitamente pela restituição do penhor ao devedor ou ao terceiro de quem o havia recebido, pois que podendo o devedor, feita essa restituição, dispor livremente da cousa dada em penhor e perdendo assim o credor a faculdade de tornar efectivo o seu direito, de tal restituição infere-se a remissão do direito ao penhor

Como êste é uma garantia da obrigação, do facto de se haver extinto a garantia não pode depreender-se que esteja extinta a obrigação.

A remissão duma dívida pode dar-se, sem se indicar o facto de que resultou a extinção da obrigação. Assim, pela entrega do título particular por que se prova a obrigação tanto se pode significar que a obrigação se extinguiu pelo pagamento como pelo perdão.

Sendo o meio normal por que as obrigações se extinguem o pagamento, segue-se que é a pessoa que tenha interêsse em provar que a remissão foi devida a uma liberalidade por parte do credor a que deve provar êste facto.

100. *Efeitos do perdão e da renúncia.* O perdão pode ser *real* ou *pessoal*

O perdão *real* tem carácter absoluto, respeita à obrigação objectivamente considerada. Em virtude dele a obrigação fica extinta, como se houvesse sido efeituado o pagamento, com todos os seus acessórios. É assim que o perdão concedido ao devedor principal aproveita ao fiador (art 816 °) e que, se houver sido constituída uma hipoteca ou um penhor por terceiros para garantia da obrigação, o perdão desta fará imediatamente caducar o direito à hipoteca e ao penhor. Nem podia deixar de ser assim, visto que, extinta a obrigação, não podem subsistir os acessórios

O perdão *pessoal* tem carácter relativo. Numa obrigação,

a que estejam adstritas várias pessoas solidàriamente ou subsidiàriamente, o credor pode renunciar ao seu direito em relação a alguns dos coobrigados apenas

Quando é *real* ou *pessoal* o perdão?

No art 816 ° preceitua-se que o perdão concedido ao fiador não aproveitará ao devedor principal, e no art. 817.° declara-se que, havendo mais do que um fiador, e sendo todos solidários, não aproveita aos outros o perdão que fôr concedido só a algum dêles na parte respectiva à sua responsabilidade

Esta doutrina está de harmonia com o princípio formulado no art. 685 ° n ° 1 ° em virtude do qual os negócios jurídicos gratuitos devem resolver-se pela menor transmissão de direitos e interêsses.

Tratando-se da solidariedade passiva, a aplicação dêste princípio fará com que, tendo o credor perdoado a um dos devedores, êsse perdão se deva considerar pessoal.

No art 751.° declara-se que o credor solidário pode livrar o devedor pelo perdão, salva a sua responsabilidade para com os outros credores Desta disposição vê-se que o credor pode remitir não só o direito à sua parte no crédito, mas ainda à parte que pertence aos outros credores. Necessário é, porém, ver os termos em que o perdão é concedido, para se verificar se êle abrange ou não todo o crédito No caso de dúvida, o perdão deve considerar-se parcial e não total

CAPITULO VI

GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

§ 22 — *Noções gerais*

101. *Utilidade das garantias das obrigações* Constituida uma obrigação, o devedor fica adstrito para com o credor a uma prestação, e esta, pelo seu valor pecuniário, está representada no património do devedor, de que é um elemento passivo

O devedor não fica inibido de dispor dos seus bens, quer a título oneroso, quer a título gratuito, nem de assumir novas obrigações, e o credor apenas pode rescindir os negócios jurídicos por êle realizados em virtude dos quais seja prejudicado nos seus direitos, o que só sucederá quando o devedor se torne insolvente Êste direito do credor resulta do facto de, havendo o devedor alienado uma parte dos bens que formam o seu património, não poder dispor dos que efectivamente lhe não pertencem.

Não pode, porém, o credor anular quaisquer negócios jurídicos que em seu prejuízo tenham sido realizados pelo devedor. Desde que os actos sejam verdadeiros e a título oneroso, só pode dar-se a acção rescisória, se houver má fé tanto por parte do devedor como da pessoa com quem êle contrate Estão nestas condições as novas obrigações que o devedor assuma e em virtude das quais se torne insolvente.

Por outro lado, independentemente de quaisquer negócios jurídicos realizados pelo devedor, podem sofrer graves alterações as suas condições económicas, tornando-se em virtude delas o passivo do seu património superior ao activo.

Ora o credor pode precaver-se contra a insolvência do devedor por meio de certas garantias, as quais podem consistir ja em se responsabilizar pela obrigação mais do que um património, já em o credor ficar com direitos especiais sôbre determinados bens do devedor ou de terceiros.

102 *Espécies de garantias.* Temos assim garantias pessoais e garantias reais.

Pela garantia pessoal, ficam adstritos ao cumprimento da obrigação dois ou mais patrimónios É o que sucede com a fiança, com a solidariedade passiva e nos casos em que um terceiro responda subsidiàriamente pelo cumprimento da obrigação. Quando haja fiança, ficam responsáveis pela obrigação, além do devedor, os fiadores; pela solidariedade passiva, há tantos patrimónios sôbre que se pode tornar efectivo o cumprimento integral da obrigação quantos forem os devedores, pela responsabilidade subsidiária, o cumprimento da obrigação pode exigir-se da pessoa a quem esta responsabilidade é imputada, quando a obrigação não possa tornar-se efectiva contra o património da pessoa a quem a responsabilidade é directamente atribuída. E o que se verifica na hipótese do art. 2368.°.

Nas garantias reais, o credor fica tendo direitos especiais sôbre determinados bens do devedor, pagando-se pelo produto da venda dêsses bens de preferência aos outros credores. Essas garantias são constituídas por direitos reais que, como é próprio da natureza dêstes direitos, se podem exercer para com todos.

Além das garantias pessoais e reais, há ainda, estabelecidas pela lei, preferências para certos credores sôbre determinados bens ou sôbre certas categorias de bens do devedor, e pode haver no conjunto dos bens do devedor alguns que, sendo destinados para fins especiais, fiquem tendo, em virtude dêsse destino, uma certa autonomia, da qual resulte que o conjunto dos bens do devedor não responda do mesmo modo pelo cumprimento de todas as obrigações que êle assuma. É o que sucede com os privilégios e com a separação de patrimónios.

103. *Garantias admitidas pelo nosso direito.* No código civil, sob a epígrafe *caução e garantias dos contratos*, cuja impropriedade desnecessário é pôr em evidência, ocupa-se o código civil da fiança, do penhor, da consignação de rendimentos, dos privilégios e das hipotecas. Além destas garantias, e representando direitos especiais sôbre determinados bens do devedor que se tornam efectivos sôbre o produto dêsses bens em concurso de credores, há o arresto, a penhora, a consignação e a adjudicação de rendimentos, factos a que foi atribuído pelo código de processo civil o direito de preferência

No nosso código civil há também como garantias das obrigações o direito de retenção e a separação de patrimónios, cujas teorias estudaremos neste lugar, assim como nos referiremos aos privilégios que sejam estabelecidos em legislação especial.

Procuraremos assim determinar o modo por que se tornam efectivas no património do devedor todas as obrigações

104. *Caução* A palavra *caução,* de *cautio (cavere, cautum)*, designa em geral qualquer garantia destinada a assegurar o cumprimento duma obrigação Em especial, porém, esta palavra é empregada para designar as garantias que têm de ser prestadas, em virtude de disposição da lei, para assegurar o cumprimento das obrigações provenientes do exercício de determinadas funções e para tornar efectivas as responsabilidades que podem resultar da entrega de bens, cuja restituição tenha de efectuar-se findo um certo prazo ou quando se verifique um facto de carácter eventual

Quando a lei imponha a obrigação de prestar caução, e não haja disposição especial em que se determine o modo por que ela deve ser constituída, essa caução pode ser feita: 1) Por depósito judicial de fundos públicos, ficando assim excluídos quaisquer outros títulos de crédito, e de dinheiro, objectos de ouro, prata ou pedras preciosas (cód. de proc. civil, art. 509 °), o qual deve ser feito na caixa geral dos

depósitos (regul. de 23 de junho de 1897, art 15.º) (1), exceptuado o de fundos públicos nominativos, em que se averbará o encargo da caução (cód. de proc civ., art 509 º § 1.º); 2) por hipoteca constituída em prédios que tenham um valor, livre e desembaraçado, equivalente pelo menos àquele que se quer caucionar (cód. de proc. civil, art 509.º)

Das garantias que especificamos, vê-se que só o penhor constituído pelo depósito e a hipoteca, é que, dum modo geral, podem ser prestados como caução, ficando assim excluída a fiança

Em alguns casos, porém, a lei admite como caução a fiança, e, quando isso suceda, o fiador deve satisfazer às condições que se acham especificadas no art 824 º

§ 23—*Da fiança.*

Dr. Dias Ferreira, *obr cit*, tomo 2.º, notas aos artt. 818.º-854 º, Coelho da Rocha, *Instituições*, tomo 2 º, §§ 879-887; Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, tomo 2.º, §§ 313-318, Mazzoni, *obr cit*, tomo 5º, n os 292-307, Laurent, *Principes*, tomo 28 º, n os 117 a 288, Planiol, *obr cit*, tomo 2 º, n.os 2323 a 2387, Windscheid, *Pandette*, §§ 476-481, Dernburg, *Obbligazioni*, §§ 76-82, Baudry-Lacantinerie, *Des contrats aleatoires, du mandat, du cautionement*, 3 ª ediç, pagg. 481-632; Guillouard, *Traite du cautionement*, Bevilaqua, *Direito das obrigações*, §§ 174-177, *Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa*, vol. 6 º, pagg. 214, 227, 237, 378, 395, 440 e 452

165. *Noção de fiança, seus caracteres. Fiança* é a garantia por que uma pessoa assegura o cumprimento duma obrigação assumida por um terceiro, ficando responsável por êste, se a obrigação não fôr cumprida (art 818) (2) A fiança é uma relação estabelecida com o credor, o qual, se a obrigação não fôr cumprida pelo devedor, que ficou directamente

[1 Veja-se os decrs. n.os 4670, de 14 de julho de 1918, base 1 ª art 1 º n º 1 º, 8162, de 29 de maio de 1922, art. 63 º e 6007, de 7 de agosto de 1919].

(2) Êste artigo restringe a garantia da fiança aos contratos, quando por meio dela se pode assegurar o cumprimento de todas as obrigações

vinculado para com êle, pode exigir o seu cumprimento do fiador, que, dado o caso do não cumprimento da obrigação, fica directamente obrigado para com o credor, como se fôra principal devedor.

A fiança tem, pois, o carácter duma obrigação acessória, representando uma garantia a favor doutra obrigação, e tendo essa garantia carácter pessoal A obrigação assumida pelo fiador pode tornar-se efectiva em todos os bens que formam o seu património

A responsabilidade do fiador resulta da sua vontade; não é estabelecida pela lei.

A fiança é sempre um negócio jurídico.

Nos casos em que a lei imponha a responsabilidade subsidiária, haverá uma garantia idêntica, pelos seus efeitos, à da fiança, mas que não fica sujeita ao mesmo regimen que esta

A fiança estabelece-se ordinàriamente por contrato celebrado entre o fiador e o credor. Pode, porém, a fiança resultar dum negócio jurídico unilateral. vinculando-se por ela o fiador para com um credor que pode deixar de ser determinado no momento em que o fiador assume essa responsabilidade. É o que se da com o *aval* (cód com , artt. 304 º-308.º) e em todos os casos em que, por declaração feita ao devedor e por êste aceita, uma pessoa se responsabilize como fiador pela obrigação que êle assumir.

A responsabilidade do fiador é acessória. O fiador sòmente responde pelo devedor, no caso de êste não cumprir a obrigação e não ser possível ao credor torná-la efectiva, pelo valor pecuniário que ela representa, no património do devedor. Donde resulta que, tratando-se da prestação dum facto ou de cousas e tendo o credor o direito de exigir a prestação na sua forma específica dum terceiro na falta do devedor, êsse terceiro não será fiador, pois não fica responsável apenas no caso do não cumprimento da obrigação, êle próprio fica adstrito ao cumprimento da obrigação, sendo considerado como único devedor em relação ao credor, desde que o outro devedor não cumpra a obrigação Assim, se

António se obrigou para com Pedro a construir uma casa e Joaquim declarou que, se António a não construisse, a construiria êle e nas mesmas condições, Pedro não poderá exigir de António a indemnização de perdas e danos resultantes do não cumprimento do contrato e subsidiàriamente de Joaquim, o que sucederia se êste houvesse afiançado António Desde que António não cumpra, quem fica obrigado à construção é Joaquim, e só no caso de êste não cumprir, é que lhe poderá ser exigida a indemnização de perdas e danos.

Neste caso, há para Joaquim uma obrigação principal e não acessória, ficando Joaquim responsável, embora se anule a obrigação constituída em relação a António, e, para se determinarem as relações que se constituem entre os devedores e o credor e entre os devedores, tem de atender-se ao título constitutivo da obrigação

A fiança é um negócio jurídico por sua natureza gratuito, não tendo o fiador direito contra o devedor a nenhuma prestação pela responsabilidade que assume Quando se estipule o contrário, sendo a intervenção do fiador devida a qualquer prestação que receba do devedor ou do credor, teremos um contrato aleatório, visto que por êle se estabelece uma obrigação sinalagmática, que depende, em relação às vantagens que as partes podem auferir, da solvabilidade do devedor.

A fiança pode ser *civil* ou *mercantil* conforme recai sôbre uma obrigação civil ou comercial. Tem, como obrigação acessória que é, a natureza da obrigação principal.

O fiador responde pela mesma obrigação que o devedor, quando êste a não cumpra, assumindo o fiador, nas obrigações mercantis (cód com , art 101.°), uma responsabilidade solidária com o afiançado. A obrigação do fiador não pode, pois, deixar de considerar-se como tendo o mesmo carácter que a do devedor.

Na fiança mercantil, a obrigação em que se constitue o fiador é solidária em relação ao credor; nas relações entre o devedor e o fiador aquele é o único obrigado, sendo a responsabilidade do fiador subsidiária.

A solidariedade do fiador com o afiançado tem como efeito que aquele não pode invocar o benefício da excussão Para todos os outros efeitos, a obrigação que o fiador assume tem o carácter de acessória, não podendo considerar-se o fiador como devedor solidário

A solidariedade na fiança mercantil produz os mesmos efeitos que a declaração, na fiança civil, de que o fiador fica sendo principal pagador, ou de que renuncia ao benefício da excussão (art 830 ° n °s 1 ° e 2 °).

O mesmo devedor pode ter e pela mesma obrigação mais do que um fiador, e, quando isto se dê, e não haja declaração em contrário, cada um dos fiadores responde pela totalidade da dívida (art. 835 °) Esta responsabilidade dos fiadores não é solidária nas obrigações civis, podendo o fiador que fôr demandado pelo credor invocar o benefício da divisão (art 835.°), quando se não haja estabelecido entre os fiadores o vínculo da solidariedade Neste caso, a solidariedade significa apenas a renúncia por parte de cada um dos fiadores ao benefício da divisão, conservando a fiança o carácter de obrigação subsidiária em relaçao ao devedor principal.

106. *Abonação* Assim como o fiador garante a solvabilidade do devedor, pode um terceiro garantir a solvabilidade do fiador A êste facto chama-se *abonação* (art 827 °).

Sendo a responsabilidade do fiador subsidiária em relação à do devedor principal, a do abonador é subsidiária em relação à do fiador.

Pelo que respeita à capacidade e condições de validade, a abonação fica sujeita ao mesmo regimen que a fiança (artt. 821.° e 829 °) tornando-se necessário, para se verificarem os casos em que a abonação, como obrigação acessória, subsiste, atender às relações que há entre ela e a fiança.

107. *Quem pode afiançar* A fiança é um negócio jurídico por que se estabelece uma obrigação de carácter pessoal, e portanto podem afiançar as pessoas que possam obrigar-se (art. 819 °). A êste princípio faz a lei uma excepção relati-

vamente às mulheres, as quais, não sendo comerciantes, não podem afiançar (art 819 º) (1)

Esta disposição, salva a excepção respeitante às mulheres que sejam comerciantes, já se encontrava na Ordenação Filipina liv. IV, tít 61 º, que, referindo-se ao senatusconsulto Velleiano, a justificava em respeito *à fraqueza do entender das mulheres* Mesmo que se substitua a *fraqueza do entender* pelas frases hoje consagradas, e que são sem dúvida mais delicadas, *facilidade e condescendência das mulheres* (2) e *fragilidade e falta de conhecimentos de administração* (3), não se nos afigura defensável a disposição consignada no código, que os códigos modernos não têm reproduzido.

No direito romano, a obrigação em que a mulher se constituia pela *intercessio* não era absolutamente nula Quando fôsse exigida a responsabilidade proveniente dum compromisso contrário ao senatusconsulto Velleiano, a mulher e os seus fiadores podiam defender-se com uma excepção (4).

Pelas nossas Ordenações, a mulher podia desobrigar-se da fiança pelo benefício do Velleiano, mas era nula e de nenhum efeito a renúncia que, em juízo ou fora dêle, a mulher fizesse a êsse benefício

Pelo código civil, afigura-se-nos que não pode deixar de considerar-se absolutamente nulo o contrato de fiança realizado por mulheres, quando se não verifique algum dos casos em que a mulher pode vàlidamente afiançar.

Pelo disposto no art 819 º as mulheres não podem afiançar, e no art 820 º declara-se *válida* a fiança prestada por mulheres só nos casos nele especificados A fiança da mulher é portanto nula, e, já que se não trata duma incapacidade que respeite, como a dos menores e a dos interditos, ao exercício dum direito, mas que recai sôbre o próprio gôzo do direito, sendo assim não uma incapacidade de exercício pessoal, mas uma incapacidade de direito, parece-nos que a nulidade da fiança prestada por mulheres é absoluta, podendo consequentemente ser alegada por qualquer interessado.

As mulheres podem afiançar vàlidamente, ainda que não sejam comerciantes, em qualquer dos seguintes casos (art. 820.º):

1 º No de fiança do dote para casamento, atenta a protecção especial que a lei dispensa ao matrimónio;

2 º Se houverem procedido com dolo em prejuízo do credor

O dolo pode dar-se em relação ao próprio contrato de fiança, usando a mulher de meios por que induza em êrro o credor acêrca de qualquer facto que, se fôsse verdadeiro, tornaria válida a fiança, como se se fingiu homem, ou enganou o credor dizendo-se ascendente ou descendente do devedor; e pode dar-se em relação ao contrato principal. Em qualquer dos casos, a mulher fica garantindo a solvabilidade do devedor; mas quando a obrigação principal se anule por causa do dolo, a mulher ficará responsável em virtude do facto ilícito que praticou e não como fiadora, pois que a fiança pressupõe a subsistência da obrigação principal Neste caso, a mulher só responde como fiadora, se o dolo recair sôbre a capacidade pessoal do devedor principal, pois que a nulidade da obrigação por tal motivo não determina a nulidade da fiança (art 822.º), e a fiança também não pode considerar-se nula em virtude do dolo de que a mulher usou. A palavra *dolo* está tomada no seu sentido lato, abrangendo também a má fé;

3.º Se houverem recebido do devedor, ao tempo em que se constitue a fiança, a cousa, ou quantia, sôbre que recai a

---

[1 O decr n º 5647, de 10 de maio de 1919, art. 1 º, revogou as disposições legais que inibiam as mulheres de fazer parte das instituições pupilares ou quasi pupilares, de fazer parte dos conselhos de família em processo civil, de ser procuradoras em juizo, de intervir como testemunhas instrumentarias em actos entre vivos ou testamento e de ser fiadoras.

Pelo § unico do mesmo art são expressamente ressalvadas as disposições legais relativas a capacidade juridica da mulher casada, salvo no que diz respeito ao exercicio do mandato judicial para que não e necessaria autorização do marido]

(2) Coelho da Rocha, *Instituições*, § 882

(3) Dias Ferreira, *obr cit.*, tomo 2 º, pag. 113.

(4) Veja-se Windscheid, *Pandette*, vol 2 º, parte 2.ª, § 487, e Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, 5 ª ediç., pag 790

fiança A cousa ou quantia sôbre que recai a fiança é a cousa ou quantia que constitue objecto da prestação a que o devedor ficou adstrito. Na Ord. (liv IV, tít. 61, § 5.º) dizia-se: «E se alguma mulher fiasse outrem, ou se por êle obrigasse, e depois recebesse dêle a quantidade, ou cousa, por que o fiara, ou se por êle obrigara, será ela obrigada a pagar essa cousa, ou quantidade, por que assi o fiou, ou se obrigou, sem embargo do dito beneficio do Velleano» O código civil alterou profundamente esta disposição Pela Ordenação a mulher era obrigada a pagar o que tivesse recebido; pelo código civil considera-se válida a fiança, e, como a fiança contraída por mulheres é absolutamente nula, e não pode validar-se por um facto posterior, segue-se que ao tempo em que se constitue a fiança já a mulher há de ter recebido o objecto da obrigação, por cujo não cumprimento se torna responsável E para se ver que é assim, basta atender à redacção É válida a fiança prestada por mulheres... *se houverem recebido*,

4.º Se se obrigarem por cousa que lhes pertença, ou em favor de seus ascendentes ou descendentes. Na Ord. (liv. IV, tít 61, § 4.º) dizia se: «E se alguma mulher se obrigasse a outrem por cousa que a ela pertencia, assi como se ela comprasse herança de algum defunto, e se obrigasse a algum credor do defunto por alguma dívida, em que êle fôsse obrigado, ou se alguma mulher obrigada a algum seu credor, ao qual houvesse dado certo fiador, ela depois se obrigasse àquele seu fiador, que a fiara, em outra tanta quantidade, como fôsse a da primeira obrigação, em que a êle primeiro fiara, em estes casos e outros semelhantes não se poderá chamar ao beneficio do Velleano, nem gozará dele em tempo algum» Vê-se desta passagem o alcance da expressão *por cousa que lhes pertença,* a qual significa o facto de, independentemente da fiança, a mulher se achar já constituida numa obrigação em virtude da qual se dêem em relação a ela as mesmas responsabilidades que resultam da fiança Assim, sendo a mulher devedora hipotecária do afiançado, pode validamente assumir para com o credor a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação por parte do devedor Dado

êste facto, a mulher assume validamente a obrigação como fiadora, mas dentro dos limites da responsabilidade em que se acha constituida para com o afiançado. Ela obriga-se por *uma cousa que lhe pertence,* ou, na frase da Ordenação, *em outra tanta quantidade, como fôsse a da primeira obrigação.*

Na responsabilidade que a mulher assume como fiadora de seus ascendentes ou descendentes não existe limitação alguma.

A mulher não comerciante poderá validamente afiançar uma obrigação mercantil?

O carácter mercantil da fiança depende da natureza da respectiva obrigação, declarando-se no cód. com., art. 101.º, que todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado. Pode portanto dizer-se que o fiador duma obrigação mercantil pratica um acto de comércio, e, nos termos do art. 9.º, a mulher que praticar qualquer acto de comércio por conta própria ou associada com outrem, nos casos em que tal lhe é permitido, não pode reclamar contra o que dêle derivar benefício algum concedido pela lei nacional ou estrangeira às pessoas do seu sexo E como a incapacidade da mulher para afiançar é considerada um benefício, concluir-se há que a mulher não comerciante pode validamente afiançar uma obrigação mercantil

Esta doutrina é susceptível de contestação

A incapacidade das mulheres para afiançar, embora tenha a sua origem no denominado *benefício do Velleiano*, representa uma incapacidade de direito e não uma incapacidade de exercício pessoal, sendo absolutamente nula a responsabilidade que ela como fiadora pretenda assumir e podendo ser essa nulidade invocada consequentemente por qualquer interessado. Não se trata, pois, duma nulidade que para ela represente um mero benefício, a que possa renunciar

Por outro lado, o art 9.º pressupõe que o acto praticado é válido, pois diz *nos casos em que tal lhe é permitido;* a capacidade para os actos de comércio é determinada pela lei civil (cód com., art. 7.º), e à mulher que não seja comerciante não é permitido afiançar Parece-nos, pois, poder sustentar-se

que o artigo citado não envolve a derogação do art. 819 ° do código civil (1).

108. *Condições de validade do contrato de fiança.* Sendo contraída a fiança directamente para com o credor, não é necessário para êste contrato o consentimento do devedor, e, como a fiança pode dar-se não só em favor dêste, mas doutro fiador, caso em que a obrigação dêste tem, em relação à do segundo fiador, o caracter de principal, também a validade da segunda fiança não depende do consentimento do primeiro fiador (art. 821 °).

Como obrigação acessória, a fiança necessita, para subsistir, duma obrigação principal, sendo portanto nula a fiança que recai em obrigação que não seja válida (art. 822 °). Excepcionalmente admite-se, porém, a subsistência da fiança, quando por meio dela se garanta uma obrigação cuja nulidade provenha ùnicamente da incapacidade pessoal do devedor (art cit.), como no caso de êle ser menor ou interdito, excepção que se justifica em atenção a que a garantia exigida pelo credor não respeita só à solvabilidade do devedor, mas ainda à sua capacidade de se obrigar, natural ou legal Quando, pois, uma obrigação seja rescindida por motivo de incapacidade pessoal do devedor, o fiador fica directamente obrigado, como devedor principal, para com o credor (art 822.° § 1.°) (1)

A incapacidade pessoal de que se trata é a do exercício pessoal de direitos, que determina a nulidade relativa da obrigação, e não compreende portanto, em relação à abonação, a incapacidade de afiançar estabelecida para as mulheres (2). Esta incapacidade é absoluta, não subsistindo portanto neste caso a abonação Esta é válida, porém, se a fiança fôr constituída por um menor ou por um interdito

Quando haja um vício de vontade que torne anulável a obrigação principal, se esta fôr rescindida, não subsiste a responsabilidade do fiador como tal. O fiador só pode ser responsável, em virtude de dolo ou má fé, pela indemnização de perdas e danos

O próprio fiador solidário, ao contrário do que se dá com o devedor solidário, vale-se das excepções de carácter pessoal respeitantes à obrigação principal, em virtude de ser subsidiária a responsabilidade dêle, quando as pessoas, a favor de quem essas excepções são estabelecidas, façam rescindir a obrigação.

Em ódio aos empréstimos feitos a filhos-famílias, preceitua o código que a fiança não subsiste, quando não seja exigível o empréstimo por êles contraído (art 822 ° § 2 °). O art 1536.°, a que o artigo citado se refere, determina as condições em que se considera válido o empréstimo feito a filhos-famílias, e, desde que se considere válido o empréstimo, a fiança válida é também Como obrigação acessória, a fiança

(1) Na discussão parlamentar o Dr. Guimarães Pedroza, explicando o alcance do art. 11.° do Projecto, correspondente ao art. 9 ° do codigo, disse. « Eu posso apresentar a V Ex.ª um exemplo do direito civil, que e em relação a fiança. Podem as leis de uma nação estrangeira proibir expressamente a mulher comerciante prestar fiança, isto e que e propriamente um beneficio concedido ao sexo, que, segundo art 11.°, a mulher nestas condições não podera reclamar. E para hipoteses como esta que vem o art 11 ° ». *Diario das sessões da câmara dos senhores deputados,* sessão de 17 de fevereiro de 1888.

Apesar desta explicação, parece-nos que, atendendo-se a natureza da nulidade da fiança prestada por mulheres, tal nulidade não pode considerar-se como um mero beneficio concedido ao sexo, visto que a mulher não pode renunciar a essa nulidade, e que o art 9 ° esta formulado de modo que nao faculta a mulher a pratica dum acto que o codigo civil proïbe.

Em acordão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1898 (na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 38 °, pag. 295), julgou-se nula a fiança prestada por uma mulher num contrato mercantil. Nesse acordão, dando-se como assente que a mulher so poderia ser responsavel como fiadora, formulou-se depois um considerando em que se afirma que o contrato de que fora fiadora não era mercantil em relação a ela e aplicou-se o § unico do art. 100 ° do cod com, aplicação completamente descabida, porque a responsabilidade do fiador e solidaria em virtude do disposto no art 101.° do mesmo codigo.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 2.°, pag 818, e vol 3.°, pag. 426.

[2 Veja-se o decr. n ° 5647, citado a pag. 300 nota 1]

não pode exceder, porém, a dívida principal, e, consequentemente, se o empréstimo fôr exigível só em parte, o que pode verificar-se no caso do n.º 2.º do art. 1536.º, só nessa parte valerá a fiança.

O artigo, usando da linguagem das Ordenações, fala de empréstimos a *filhos-famílias*, e, atendendo não só à significação destas palavras, mas ainda à razão que na Ordenação se invocava para justificar a nulidade do empréstimo e da fiança (1), parece que aquelas palavras deviam referir-se exclusivamente aos menores cujos pais sejam vivos.

Nos artt. 1535.º e 1536.º fala-se, porém, de menores sem restrição alguma e compreendem-se portanto na expressão filhos-famílias tanto os menores que estejam sob o poder paternal como os que estejam sob tutela.

Pela mesma razão de a fiança ser uma obrigação acessória, não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída em condições mais onerosas do que ela, pois que o excesso seria uma nova obrigação, mas pode ser contraída por quantidade menor e com menos onerosas condições. Quando a fiança exceda a dívida, ou seja contraída em condições mais onerosas, não será nula, mas sim redutível aos precisos termos da dívida afiançada (art. 823.º).

Em virtude da disposição que não permite que a fiança seja contraída em condições mais onerosas que a dívida principal, serão nulas as cláusulas em que o fiador se comprometa a pagar num prazo mais curto que o devedor, ou em lugar mais afastado, ou pura e simplesmente, se o devedor ficou adstrito sob condição.

(1) A este respeito dispunha a Ordenação liv. IV, tit. 50.º, § 2.º: «E por quanto de se emprestar aos mancebos filhos-famílias se dá azo a o converterem em usos desonestos e ocasião de serem viciosos, e se pode presumir, que carregados de dívidas e apertados por elas procurem a morte a seus pais ou lha desejem: para se isso evitar mandamos que o que emprestar a algum filho, que estiver debaixo do patrio poder de seu pai, quer seja varão, quer fêmea, perca o direito de o pedir assi a seu pai, como a êle, postoque os ditos filhosfamilias, a que se fez o dito emprestimo, saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira se não podera pedir aos fiadores, que por elles ficaram».

A lei exige para o contrato de fiança e de abonação (artt. 826.º e 829.º) a mesma forma que para a obrigação principal. Assim, se a obrigação provier dum contrato de mútuo ou de usura e fôr de quantia superior a 200$000 ou a 400$000 réis, a fiança e a abonação só poderão provar-se por título particular ou escritura pública (1).

Como negócios jurídicos que são, a fiança e a abonação não se presumem. É necessário que as respectivas responsabilidades sejam assumidas em termos claros, expressos e positivos (art. 828.º). Donde resulta que não pode considerar-se fiança ou abonação qualquer parecer que um terceiro emita acêrca da honestidade ou da fortuna do devedor ou do fiador. Quando por êsse meio um terceiro induza o credor em êrro e se prove que houve fraude da sua parte, será responsável por esta e não como fiador.

Não estabelecendo a lei fórmulas para a fiança, depende da apreciação do juiz verificar se num determinado caso houve ou não fiança ou abonação.

Pela fiança pode assumir-se a responsabilidade do não cumprimento de qualquer obrigação, presente ou futura, certa ou de carácter eventual.

A responsabilidade do fiador pode constituir-se portanto anteriormente ao momento em que se forma a obrigação.

109. *Requisitos que devem dar-se no fiador e casos em que o credor pode pedir a sua substituição.* Pelo carácter que a fiança tem, se explica que, quando algum devedor é obrigado a dar fiador, não pode o credor ser obrigado a aceitar fiador que não tenha: 1.º capacidade para obrigar-se; 2.º bens imóveis livres e desembargados, ou que não sejam litigiosos nem estejam onerados, ou não tenham um valor, livre dêsses ónus, que chegue para segurança da obrigação, e sejam situados na comarca onde o pagamento deve ser feito (art. 824.º).

[1] Veja-se o regulamento do credito e das instituições sociais agricolas, aprovado pelo decr. n.º 5219, de 8 de março de 1919, artt. 271.º, 272.º, 284.º, 297.º e 194.º §§ 2.º e 3.º, 202.º § 3.º, etc.]

A primeira condição escusado era consigná-la no código, atento o carácter da fiança

Quanto à segunda, tem não só por fim garantir a solvabilidade do fiador, mas a facilidade de o credor poder proceder judicialmente contra êle

Atendendo, para a determinação da idoneidade ou solvabilidade do fiador, ùnicamente aos bens imóveis, introduziu o código civil uma reforma profunda na nossa anterior legislação, que apenas exigia fiadores *bastantes,* cuja idoneidade ficava dependente do prudente arbítrio do juiz.

Se o fiador, aceito pelo credor, mudar de fortuna, de forma que haja risco de insolvência, poderá o credor exigir outro fiador (art 825 °), embora haja sido escolhido por êle (1) ou que o devedor dê penhor ou hipoteca (cód. de proc civil, art 525 °) Se o devedor não reforçar a fiança, pode o credor exigir o cumprimento da obrigação (cód de proc. civil, art. 525.° e § único) (2) Quando o devedor haja sido afiançado por terceiro sem o seu consentimento, o credor não poderá exigir outro fiador.

Neste caso, o fiador não é *prestado* pelo devedor, e êste não pode ser prejudicado por um acto em que não tem a mínima cooperação (3).

110 *Relações que se estabelecem pela fiança* Pela fiança constituem-se relações entre o credor e o fiador, entre êste e o devedor, e, quando haja mais do que um fiador, entre os fiadores

Consistem fundamentalmente essas relações: quanto ao credor, em que o fiador fica adstrito ao cumprimento da obrigação subsidiàriamente, quanto ao devedor, em que o fiador fica, pelo pagamento, subrogado nos direitos que contra êle tinha o credor; quanto aos outros fiadores em que, sendo cada um deles responsável pelo cumprimento integral da obrigação, a responsabilidade que assumem representa entre eles uma obrigação conjunta, tendo o fiador que pagar o direito de exigir de cada um dos outros a sua quota parte na responsabilidade comum

(1) Pelo codigo civil francês (art. 2020.°), se o devedor não era obrigado a prestar fiança, ou se foi o credor que designou o fiador, não e o devedor obrigado a prestar outro fiador No projecto primitivo (art. 924.°) tambem se não reconhecia ao credor o direito de exigir outro fiador, se o prestado fôsse escolhido e designado por êle, mas a Comissão revisora rejeitou esta doutrina (*Actas,* pag. 148)

(2) Veja-se o Dr. Dias da Silva, *Processos especiais, civis e comerciais, e processo penal,* vol. 1.°, pag 544.

[3 Veja-se o dec. n.° 5219, de 8 de março de 1919 (credito agricola) artt. 295 ° e 300 °].

As modificações ou alterações que nas relações que se formam pela fiança sejam feitas por qualquer acôrdo ou transacção entre algumas das pessoas referidas não podem prejudicar os outros interessados. É assim que a transacção feita entre o credor e o fiador não abrange o devedor principal, nem a transacção entre êste e o credor abrange o fiador, salvo, num e noutro caso, o consentimento do terceiro (art. 834 °).

Esta doutrina não é mais do que uma aplicação do princípio *res inter alios acta, aliis non nocet*

Como todas as relações que se constituem pela fiança respeitam a uma obrigação principal, e, em princípio, a extinção desta obrigação tem como consequência a das obrigações acessórias, segue-se que todas as causas de nulidade da obrigação principal considerada de per si podem ser alegadas por todos os coobrigados Havendo nulidades relativas a determinados interessados podem os outros interessados alegá-las, salvo quando a nulidade proceda de incapacidade pessoal, e, excepção feita dêste caso, uma vez anulada a obrigação principal a sua extinção aproveita aos coobrigados subsidiàriamente

A doutrina exposta está sancionada nos artt. 694 °, 822 °, 841 ° e § único, 846 ° e 854.°.

111 *Benefício da excussão* O efeito da fiança consiste em o fiador ficar obrigado a pagar ao credor, quando o devedor não cumpra a obrigação. A obrigação do fiador é, portanto, subsidiária, donde se conclue que o fiador não pode ser obrigado a pagar ao credor, sem prévia excussão de todos os bens do devedor (art 830.°).

Não é concedido o benefício da excussão ao fiador nos seguintes casos

1.° Se êle se obrigar como principal pagador (art 830 ° n ° 1.°). Neste caso o fiador é, relativamente ao credor, devedor solidário, ficando obrigado ao pagamento integral da dívida sem que possa invocar o benefício da excussão dos bens do devedor principal, contra o qual fica, efeituado o pagamento, subrogado nos direitos do credor,

2.° Se renunciou ao benefício da excussão (art 830 ° n ° 2 °) Esta renúncia, que pode ser tácita ou expressa, e esta estipulada no próprio acto por que se constitue a fiança, ou posteriormente, produz o mesmo efeito que se o fiador se houvesse obrigado como principal pagador,

3 ° Se o devedor não puder ser demandado dentro do país (art 830 ° n.° 3 °) Esta excepção basea-se em considerações de equidade relativamente ao credor, sendo que a demanda do devedor em país estrangeiro traria consigo graves incómodos e considerável aumento de despesa (1).

O benefício da excussão concedido ao fiador, salvas as excepções expostas, não obsta, porém, a que o credor o possa demandar só, ou juntamente com o devedor, direito que a lei expressamente atribue ao credor (artt. 831 ° e 832 °), tendo porém o fiador, seja ou não principal pagador, o direito de, quando seja demandado só, fazer citar o devedor para com êle se defender, ou ser condenado conjuntamente (art 832 °)

Quando sejam condenados conjuntamente o devedor e o fiador principal pagador, e êste seja compelido a pagar, pode nomear à penhora bens do devedor, se êle os tiver livres e desembargados, susceptíveis de penhora e situados na mesma comarca (art. 833 ° e cód de proc civil, art 892 °) A condenação conjunta dar-se há na acção, quando nela sejam demandados o devedor e o fiador, ou haja chamamento à demanda nos termos do art 326 ° do cód de proc civil Pode, porém, não haver acção por ser exequível o título, tendo o

[1 Veja-se o dec n.° 5219, de 8 de março de 1919, artt. 271 ° § 2 ° e 299 ° e a lei n ° 215, de 30 de junho de 1914, art 28 ° § 2 °]

fiador neste caso o mesmo direito (cód. de proc. civil, art. 892 °).

Estas disposições têm de aplicar-se também, na opinião do dr. Dias Ferreira, no caso de o fiador não ser principal pagador, o qual, afirma o conceituado comentador, por isso mesmo que a sua obrigação é menos forte que a do fiador principal pagador, deve ter o direito de nomear à penhora os bens do devedor, quando êste os tenha livres e desembargados na comarca.

Parece-nos inaceitável esta doutrina Quando o fiador, que não seja principal pagador, seja condenado juntamente com o devedor, só pode ser compelido a pagar depois de excutidos todos os bens do devedor (art 830 °). A razão que levou o legislador a estabelecer que o fiador principal pagador seja compelido ao pagamento, quando o devedor não tenha bens livres e desembargados na comarca, e que foi evitar que a execução se torne mais difícil e dispendiosa, só se aplicou ao fiador principal pagador.

Quando o código civil algumas dúvidas deixasse a êste respeito, tê-las-ia resolvido completamente o código de processo civil, que, reproduzindo com leves alterações no art 892.° o art 833.° do código civil, trata nos artt 895 ° e 896 ° da hipótese de, tendo sido excutidos ou não prèviamente os bens do devedor principal, correr a excussão nos bens do fiador, estabelecendo nesses artigos que, se a execução correr nos bens do fiador, depois de excutidos os bens do principal devedor, o fiador tem o direito de a fazer sustar, indicando bens que o devedor adquirisse depois da execução, ou que de novo se descobrissem, e que, se o fiador fôr executado sem prévia excussão de todos os bens do devedor principal, tem o direito de nomear à penhora os bens dêste

O fiador, que seja demandado só e que não faça citar o devedor para com êle se defender e ser conjuntamente condenado, entende-se que renuncia ao benefício da excussão.

112 *Responsabilidade dos fiadores da mesma obrigação, benefício da divisão* Sendo vários os fiadores do mesmo devedor e pela mesma dívida, cada um deles

responde pela totalidade, não havendo declaração em contrário (art 835 °)

Esta disposição basea-se em que o objecto da fiança é a garantia da dívida, ficando assim cada um dos fiadores obrigado pelo seu cumprimento integral, embora não se tenham responsabilizado solidàriamente Essa obrigação só não existe, quando os fiadores hajam estipulado ou declarado que assumem a responsabilidade por uma quota parte da dívida

A lei atribui, porém, aos fiadores o benefício da divisão, e portanto entre os fiadores não há, quando não tenha sido estipulada, a solidariedade É assim que, sendo demandado só um deles, pode fazer citar os outros para com êle se defenderem ou serem conjuntamente condenados, cada um na sua parte (art 835.°)

Conciliando êste benefício com a obrigação imposta ao fiador de responder pela totalidade da dívida, determina a lei que o fiador, que implorar o benefício da divisão, responde proporcionalmente pela falta ou insolvência dos outros fiadores anterior à divisão, pela qual se fixa a responsabilidade de cada um dos fiadores, excepto se o credor houver voluntàriamente feito o rateio, sem que êste haja sido impugnado pelo fiador (art 835.° e 836 °) (1)

(1) No art 835 ° ha um êrro de redacção nas palavras «*e, so neste caso, responderá na falta deles*» A êste respeito dizia o emerito comentador do codigo civil

«As palavras do art 835 ° «*e, so neste caso, responderá na falta deles*», introduzidas pela Comissão revisora, significam, em face da gramatica que o fiador responde na falta dos confiadores so quando implora o beneficio da divisão, e não quando o não implora, interpretação que daria em resultado reputar-se mal gravissimo longe de ser considerada beneficio a divisão.

«Não era nem podia ser esta a mente da Comissão revisora, que seria, não so contra os principios, mas contra a acta da sessão de 27 de maio de 1861, onde se lê, a respeito do art. 932 ° do projecto primitivo, correspondente ao art. 835 ° «Votou-se que o artigo seja redigido por modo que se estabeleça bem claramente que o fiador demandado no caso dêste artigo pode requerer que os seus confiadores possam ser citados para serem condenados conjuntamente pelas suas respectivas partes, e so na falta respondera nos termos do art 933 ° (correspondente ao art 836 ° do codigo)»; e da redacção que ela deu primitivamente a sua idea, art. 842.° do projecto de 1864, correspondente ao art. 835 ° do codigo, onde aparece formulada pela primeira vez a deliberação tomada na referida sessão de 27 de maio de 1861, em vez das palavras «*e, só neste caso, responderá na falta deles*», lêem-se est outras «*e se o forem, neste caso sòmente respondera na falta deles*».

«Tomando-se a palavra falta como sinonimo de «*insolvência*», subordinando a palavra «*so*» a palavra «*respondera*» e não as palavras «*neste caso*», sae a interpretação racional

Assim recomposta a redacção «*e, neste caso, respondera na falta deles*», deve ser substituida por esta «*e, neste caso, respondera só na falta deles*», ou por est'outra «*e só, neste caso, responderá na falta deles*», e assim aquelas palavras significam «que no caso de serem demandados, não todos, mas so algum, e de êste fazer citar os outros, e de serem estes condenados, responde pelas quotas dos outros o demandado *só* na *falta* deles, porque, se não for demandado isoladamente, ou sendo-o, não reclamar a citação dos outros, responde pela totalidade da divida, ainda não sendo os outros insolventes».

(1) Como e facil de verificar, introduzimos na referencia do § unico do art 835 ° ao art 830 ° uma modificação, substituindo, no n ° 3 ° do art 830.°, o devedor pelos fiadores, pois que a circunstância de o devedor não poder ser citado no pais não pode constituir obstaculo a que um dos fiadores invoque o beneficio da divisão. Veja-se o Dr Barbosa de Magalhães, *Obrigações solidarias*, pag 415.

Não pode o fiador implorar o benefício da divisão nos casos em que, por ser principal pagador, não goze do benefício da excussão, ou a êste tenha renunciado, ou os outros fiadores não possam ser demandados dentro do país (art 835 ° § único), porque, em qualquer dessas hipóteses, o fiador considera-se principal pagador (1).

O fiador, que pagou pelo principal devedor, fica tendo o direito de regresso não só contra êste (art. 831 °), mas, quando êle esteja insolvente, contra os outros fiadores, pela parte que a estes pertença na dívida, sendo que a perda resultante da insolvência do devedor, e de qualquer dos fiadores, deve ser proporcionalmente dividida pelos confiadores (artí 383 ° e 845 ° § 1.°)

Quando haja mais do que um fiador *pela mesma dívida* mas não do *mesmo devedor*, o fiador, embora assegure toda a dívida, não poderá invocar o benefício da divisão. Assim,

não é possível a divisão entre o fiador e o abonador, como não é possível também entre os fiadores de devedores solidários, quando cada um daqueles se responsabilize por cada um dêstes Tratando-se de obrigações conjuntas, é evidente que o fiador só responde pelo devedor afiançado, cuja obrigação é independente da dos outros devedores (1)

O abonador do fiador goza do benefício da excussão, tanto contra o fiador como contra o principal devedor (art 837 °), por isso mesmo que, atenta a natureza da sua obrigação, o abonador só fica responsável para com o credor, quando se dê conjuntamente a insolvabilidade do devedor e do fiador

148. *Direitos do fiador contra o devedor no caso de pagamento* Para se compreenderem bem os direitos que fica tendo contra o devedor o fiador que por êle efeitua o pagamento, é necessário ter em vista que o fiador adquire, em virtude das relações que pela fiança se formam entre êle e o devedor, um direito próprio, e fica ao mesmo tempo, porque é interessado no pagamento (art 779 ° n.° 1 °), subrogado nos direitos do credor Pela subrogação, o fiador tem os mesmos direitos que o credor; pela acção que pessoalmente lhe compete, tem direito a ser indemnizado de todas as despesas que fizer e de todos os prejuízos que lhe advierem da fiança, como se fôra um mandatário, quando a fiança é prestada com conhecimento do devedor, ou como um gestor de negócios, se é prestada sem conhecimento do devedor

Por esta acção se explica que o fiador, que fôr obrigado a pagar pelo devedor, fica com o direito de regresso contra êste, que deve indemniza-lo (art. 838 °)

1.° Da dívida principal, isto é, de quanto pagou ao credor pelo devedor — capital, juros e despesas efeituadas. Os juros que eram devidos ao credor pelo afiançado entram, em relação ao fiador que paga, na dívida principal *A dívida principal* (art 838.° n ° 1.°) é a *quantia paga* (art. 838 ° n.° 2 °).

(1) Confr o Dr Dias Ferreira, *obr* e tom. cit , pag. 122 A doutrina por êle exposta, e que ja havia seguido na 1 ª edição, esta refutada pelo Dr. Barbosa de Magalhães, *obr cit.*, pag 412 , nota 5.

2.° Dos juros respectivos à quantia que pagou, contados desde a data do pagamento, ainda que a dívida os não vencesse para o credor Estes juros, se não houver convenção em contrário, são os legais, e quando, relativamente ao capital, o fiador exerça a acção de subrogação e exija os juros a que tinha direito o credor, não poderá exigir outros juros,

3.° das perdas e danos que lhe tenham sobrevindo por causa do devedor Assim, se o fiador não pôde pagar, em virtude da fiança, uma dívida própria e sofreu uma penhora nos seus bens, o credor é obrigado a indemnizá-lo do prejuízo resultante da penhora.

O legislador, acumulando excepcionalmente os juros com a indemnização de perdas e danos, atendeu a que pela fiança, em razão da obrigação que o fiador assume de pagar pelo devedor, êste deve ficar responsável por todos os prejuízos que do cumprimento dessa obrigação resultem

Os direitos, de que acabamos de falar, pertencem ao fiador, quer a fiança haja sido prestada com conhecimento do devedor, quer sem êle (art 838 ° § único), pois em qualquer dos casos o devedor aproveita com ela. Quando a fiança seja, porém, prestada sem conhecimento do devedor, os juros só se vencem ou serão contados desde que o fiador noticiar o pagamento ao devedor (art 838.° § único) Esta notificação deve ser feita judicialmente (cód de proc civil, art 645 °).

Do facto de o credor que paga ficar subrogado em todos os direitos que o credor tinha contra o devedor (art 839.°) resulta

a) Que se o fiador transigir com o credor, não pode exigir do devedor senão o que na realidade desembolsou, excepto se o credor lhe fez doação de qualquer abatimento feito na dívida (art 839 ° § único).

b) Que a acção de regresso, que o fiador tem contra o devedor, é assegurada por todas as garantias que o credor tinha contra êle, como a hipoteca, o penhor:

c) Que sendo dous ou mais os devedores com solidariedade pela mesma dívida, pode o fiador exigir de qualquer deles a totalidade do que pagou (art 840 °) O fiador pode ter-se responsabilizado por todos os devedores solidários, ou

só por algum ou alguns deles Na primeira hipótese, nenhuma dúvida suscita a aplicação do artigo citado. O fiador fica subrogado nos direitos do credor em relação a todos os devedores, cuja situação não peora pelo facto de o pagamento haver sido efeituado por êle. Quando se dê, porém, a segunda hipótese, não sucede o mesmo Responsabilizando-se o fiador só por um dos devedores, pode essa responsabilidade estabelecer-se de forma que êle fique com a obrigação de efeituar o pagamento por êsse devedor, no caso de insolvência dêle, não só quanto ao credor comum, mas ainda em relação aos devedores solidarios quando estes, havendo cumprido integralmente a obrigação, exijam do devedor afiançado o pagamento da parte que lhe toca na obrigação solidaria. Ora quando a fiança seja assumida nestas condições, parece-nos que não pode aplicar-se o art 840 ° em toda a sua extensão, dando-se a subrogação só em relação ao devedor afiançado

Opinamos assim, porque o fiador, achando-se constituido subsidiàriamente para com os devedores solidários na mesma obrigação que o devedor por êle afiançado, não pode exercer mais direitos do que êste e só pode conseguintemente exigir dos outros a quota parte de cada um deles na obrigação solidária. Quando se siga doutrina contrária, que pode basear-se não só na redacção do art 840.°, mas no seu confronto com o art. 2030 ° do código civil francês, o fiador não terá em todo o caso acção pessoal contra os devedores solidários que por êle não foram afiançados, só a terá contra o devedor afiançado. Contra os não afiançados só terá a acção de subrogação, resultante do pagamento (1),

d) Que o devedor, emquanto não consente no pagamento voluntàriamente feito pelo fiador, pode opor-lhe todos os meios de defesa que, ao tempo do pagamento, poderia opor ao credor (art 841.°), podendo fazer o mesmo se o fiador, tendo pago em consequência de acção contra êle intentada pelo credor, não o fez citar para essa acção (art. 841 °

(1) Confr. a *Revista dos Tribunais*, tomo 15, pag 274.

§ único) É assim que o devedor, se a dívida se tiver extinguido pela prescrição, ou se tivesse um crédito contra o credor que fôsse susceptível de compensação com a dívida paga pelo fiador, pode opor-se à acção de regresso do fiador, o qual, em qualquer dêsses casos, só tem direito a repetir do credor o pagamento do indevido;

e) Que, se o devedor pagou de novo, ignorando o pagamento, por falta de aviso do fiador, não tem êste regresso contra o devedor, mas só contra o credor, de quem pode repetir o que pagou (art. 842 °),

f) Que, se a dívida era a prazo, e o fiador a pagou antes do vencimento, não pode exigí-la do devedor, senão depois do dito vencimento (art 843.°).

114. *Direitos do fiador contra o devedor antes do pagamento* A acção de regresso do fiador contra o devedor só se dá pelo pagamento. Pode, porém, o fiador, ainda antes de haver pago, exigir que o devedor pague a dívida ou o desonere da fiança, nos seguintes casos (art. 844 °)

1 ° Se fôr demandado judicialmente pelo pagamento. O fiador terá neste caso mais vantagens em opor o benefício da excussão, se não renunciou a êle, e. quando haja renunciado, em oferecer à penhora bens do devedor;

2.° Se o devedor decair de fortuna, e houver risco de insolvência O credor, devidamente garantido pelo fiador, pode neste caso deixar de tomar as providências necessárias para evitar os prejuízos que para êste resultarão da insolvência, e, como o fiador só pode adoptar essas providências quando se torne credor pelo pagamento, e os prejuízos podem a êsse tempo ser inevitáveis, a lei faculta-lhe o meio indicado para se prevenir contra eles;

3 ° Se o devedor pretender ausentar-se do país. O fiador perde neste caso o benefício da excussão, se o devedor não puder ser demandado no país,

4.° Se o devedor se tiver obrigado a desonerar o fiador em tempo determinado, que já tenha decorrido;

5 ° Se a dívida se tornar exigível pelo vencimento do prazo. O facto de o credor não exigir a dívida no seu ven-

cimento não faz caducar a fiança, dá ao fiador o direito mencionado, e o de exigir que o credor proceda contra o devedor, ou contra êle próprio, admitindo-lhe o benefício da excussão, e, se o credor assim o não fizer, não responderá o fiador pela insolvência do devedor (art 844.° § único),

6.° Se houverem decorrido dez anos, não tendo a obrigação principal têrmo prefixo ou tempo determinado, e o fiador o não fôr por título oneroso. O têrmo pode existir numa obrigação de duração temporária mas indefinida, como um usufruto ou renda vitalícios Nestes casos entende-se que o fiador se obrigou por todo o tempo que durar a renda ou o usufruto Era esta a doutrina seguida por Coelho da Rocha, que dizia. «se a obrigação principal não tem tempo determinado, nem pelo contrato, nem pela sua natureza, como na tutela, cuja fiança deve existir emquanto durar o encargo», e é a que resulta da própria vontade das partes, pois que, devendo subsistir a obrigação principal até que se dê um determinado facto, embora seja incerto o momento em que êste se verifique, é de presumir que a obrigação acessória da fiança se constituiu nas mesmas condiçoes. E o n.° 6 ° do art. 844.° não contraria esta doutrina, porque a palavra *têrmo* não envolve necessàriamente a designação do dia, mês e ano. Pode *prefixar-se* como *têrmo* um facto que tenha de dar-se necessàriamente, embora seja incerto o momento em que êle virá a realizar-se (1).

115. *Dos efeitos do pagamento realizado por um dos fiadores em relação aos outros* A obrigação que assumem os vários fiadores do mesmo devedor e pela mesma dívida, do pagamento da totalidade desta é, nas relações entre os fiadores, conjunta, não tendo portanto o fiador, que pagou integralmente, a acção de regresso contra os outros senão pela quota parte que a cada um pertence no pagamento da dívida (art 845.°)

Esta acção de regresso só se da, quando o pagamento tenha

(1) Conir. o Dr. Dias Ferreira, *obr.* e vol. cit., pag. 126.

sido judicialmente pedido ao fiador, ou quando o devedor principal se acha falido (art. 845.° § 2.°). Não se verificando qualquer destas condições, o fiador que pagou só tem acção de regresso contra o principal devedor, relativamente ao qual fica subrogado nos direitos do credor

Se algum dos fiadores se achar insolvente, a quota parte que lhe pertencia pagar recairá proporcionalmente sôbre todos os outros (art 845.° § 1 °); mas, se o fiador insolvente tiver abonador, ficará êste responsável nos mesmos termos em que o era o fiador (art 847 °)

Os confiadores podem opor ao fiador que pagou a dívida os mesmos meios de defesa que ao credor poderia opor o principal devedor e que não sejam meramente pessoais (art 846 °) É assim que, se algum dos fiadores já houver pago a dívida, ou se esta por outro motivo, como a compensação, se achasse extinta, o fiador que pagou não terá direito de regresso contra os fiadores, mas o de exigir ao credor o pagamento do indevido.

116. *Da extinção da fiança* Sendo a fiança uma obrigação acessória ou de garantia, deixa de subsistir pela extinção da obrigação principal, qualquer que seja a causa de que esta extinção resulte, exceptuando a que provenha da incapacidade pessoal do devedor (art. 848 °) Assim, a fiança extingue-se pelo pagamento, pela novação, pela compensação, pelo perdão

Quando a extinção da obrigação resulte de o credor aceitar voluntàriamente qualquer cousa em pagamento da dívida *(datio in solutum)*, ainda que o credor venha depois a perder por evicção a cousa prestada, ficara desonerado o fiador (art. 850 °).

Esta disposição tem caracter excepcional. Quando o pagamento seja feito na forma estipulada e se anule, com a anulação do pagamento revive a obrigação com os seus acessórios, em que se compreende a fiança Do mesmo modo, se se anular, na novação, a obrigação que foi causa da extinção da anterior, esta renasce com os seus acessórios

A declaração de honra deferida ao devedor principal aproveita aos fiadores (art 2531 ° n ° 1 °), e não pode deixar de aplicar-se o mesmo princípio ao caso julgado, quando por êste se declare nula a obrigação em virtude de qualquer causa que não seja a incapacidade pessoal do devedor

A extinção da fiança não pode ter como consequência a extinção da dívida principal. Nos casos, porém, em que, tendo sido demandado só o fiador, êste use dum meio de defesa que respeite à obrigação considerada em si e se julgue procedente êsse meio de defesa, o caso julgado não pode deixar de aproveitar, atenta a unidade da obrigação, ao devedor principal É assim que a êste aproveita a declaração de honra que sôbre a existência da dívida tenha sido deferida ao fiador (art 2531 ° n ° 3.°)

Considerada em si mesma, a fiança, como obrigação, extingue-se em geral pelos mesmos factos por que se extinguem as obrigações. A êste respeito notaremos que, se a obrigação do devedor e a do fiador se confundirem, herdando um do outro, não se extinguirá por isso a obrigação do abonador, se o houver (art 849 °), cujas relações com o credor subsistem, porquanto o abonador garante a solvabilidade do fiador, cuja responsabilidade continúa a existir para com o credor na qualidade de principal devedor

A extinção total ou parcial da fiança dá-se ainda pelos seguintes factos.

1) Se o credor desonerar algum dos fiadores, sem consentimento dos outros. Dada esta hipótese, estes ficarão desonerados em proporção da obrigação remitida (art 851 °), pois que, se assim não fôsse, ficariam prejudicados por um acto do credor, visto não poderem exercer a acção de regresso contra o fiador que foi desonerado,

2) A moratória, ou a prorrogação do prazo para o cumprimento da obrigação concedida voluntàriamente pelo credor ao devedor, sem consentimento do fiador (art 852 °) Êste facto extingue a fiança, não porque deva considerar-se uma novação da obrigação, mas pelos prejuízos que dele podem derivar para o fiador. A mora que haja por parte do credor em exigir o cumprimento da obrigação no seu vencimento,

não é considerada como moratória, e não resulta dela a extinção da fiança, mas o direito para o fiador de exigir que o devedor pague a dívida ou que o desonere da fiança (art 844 ° n ° 5.°) (1)

Já se julgou que a moratória concedida ao devedor pelo credor não extingue a obrigaçao do fiador, quando êste seja principal pagador, pela razão de que êste é verdadeiro devedor (2), e com essa decisão parece conformar-se o ilustre comentador do código civil Em nosso parecer, a disposição consignada no art 852 ° é aplicável tanto ao simples fiador, como ao que seja também principal pagador Êste não deixa por êsse facto de ser fiador, e a lei não fez a êste respeito distinção alguma;

3) Se, por algum facto do credor, não poderem os fiadores, ainda que solidários, ficar subrogados nos direitos, privilégios e hipotecas do mesmo credor (art 853.°) Neste caso, os fiadores ficarão desonerados da sua obrigação

Entende a *Revista de legislação e de jurisprudência* (3) que os fiadores só ficam desonerados da sua responsabilidade para com o credor, se êste, por algum facto positivo, se pôs em estado de não poder ceder as suas acções contra o devedor, não sendo suficiente para êsse efeito a simples negligência da parte do credor.

É assim que, se o credor hipotecário deixar de registar a hipoteca, não ficam por êsse facto, se os bens hipotecados forem alienados pelo devedor ou se êste os hipotecou a outra dívida e o comprador ou o credor registaram a transmissão ou a segunda hipoteca antes da primeira, desonerados os fiadores «Os fiadores, diz a *Revista*, obrigam-se solidàriamente

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 28.° pag 515, e 39 ° pag 103, e os acordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de julho de 1892, no *Boletim dos Tribunais*, 7 ° ano, pag 677, e da Relação do Porto de 10 de abril de 1894, na *Revista dos Tribunais*, 12 ° ano, pag. 361

(2) Acordãos da Relação de Lisboa de 5 de maio de 1886, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 1.° ano, pag 714 e da Relação do Pôrto de 24 de junho de 1906, na mesma *Gazeta*, vol 21.°, pag 194. Em harmonia com a doutrina por nos exposta julgaram os acs do S. T. de J. de 19 de abril de 1907 e 27 de março de 1908, na *Gazeta da Relação*, vol 21.°, pag. 195, e 22 °, pag. 2.

(3) Veja-se o vol x, pag. 502.

com o devedor ao pagamento da dívida, sem que na escritura respectiva o credor contraia alguma obrigação para com eles; e sujeitando-se os fiadores ao pagamento da dívida que o devedor garantiu com a hipoteca, e ficando subrogados nos direitos do credor, quando paguem essa dívida, o seu interêsse deve levá-los a vigiar que os bens hipotecados assegurem o pagamento da dívida, e a promover que se faça o registo em tempo hábil, e por isso não podem escusar-se da sua responsabilidade pela negligência e falta de cautela da parte do credor, quando da parte deles houve a mesma falta, e o credor não praticou facto algum positivo para prejudicar o direito deles Se o credor descansou nas garantias que lhe ofereciam as hipotecas e fianças, com que o devedor assegurou o pagamento da sua dívida, por isso mesmo deviam os fiadores vigiar pela eficácia daquelas hipotecas, para evitarem o ter de pagar a dívida pelos seus bens, ou para poderem haver pelas mesmas hipotecas o que pagassem pelo devedor».

O Dr Dias Ferreira era de opinião que os fiadores tanto ficam desonerados da fiança quando o credor, por um facto positivo, os prive dos direitos, privilégios e hipotecas em que deviam ficar subrogados pelo pagamento, como quando os fiadores não possam ficar subrogados nessas garantias em virtude de negligência do credor E cita para demonstrar a sua afirmação o art 2362 °, dizendo ainda que a subrogação legal nos direitos do credor foi condição do encargo a que se sujeitou o fiador, «e assim o credor que tornou impossível essa subrogação, com a perda das cauções por sua culpa, e deixou de cumprir por sua parte, não pode obrigar a cumprir o outro pactuante».

Parece-nos que tanto a opinião da *Revista* como a do comentador pecam por demasiadamente radicais O art 853.º não faz distinção entre factos positivos e negativos, e, sendo certo que tanto por uns como por outros o credor pode fazer com que os fiadores não fiquem subrogados nos seus direitos, privilégios e hipotecas, parece-nos que, se êste facto se der por negligência do credor, os fiadores ficarão desonerados da obrigação Nesta parte concordamos com o Dr. Dias Ferreira.

Quando haja, porém, ao lado da culpa ou negligência do credor, culpa ou negligência por parte dos fiadores, entendemos que esies não podem alegar a do credor. Assim, se ao tempo em que se contraiu a dívida sôbre os prédios oferecidos em hipoteca já havia alguma hipoteca ou ónus registado, e, por êsse facto, os fiadores perderam essa garantia, como a negligência em verificar na respectiva conservatória se havia ónus sôbre os prédios tanto se deu por parte do credor como dos fiadores, estes não poderão considerar se por êsse facto desonerados da fiança A obrigação, porém, de registar a hipoteca impende, em nosso parecer, sôbre o credor e não sôbre os fiadores, pois que estes, se o credor a não registar, e, por êsse facto, não puderem ser subrogados nessa garantia, ficarão desonerados da fiança, visto que o credor assumiu, pelo próprio contrato da fiança, o compromisso, sob a pena cominada no art. 853 °, de transmitir os seus direitos para o fiador (1)

Parece que o art 853 ° só se refere, embora não faça distinção, aos direitos, privilégios e hipotecas anteriores ou contemporâneos da fiança, e não aos que posteriormente, em exclusiva vantagem sua, foram estipulados pelo credor Não tinham os fiadores direito a essas garantias, e não podem portanto alegar o facto de nelas não ficarem subrogados para se desonerarem da fiança

O fiador pode opor ao credor todas as excepções extintivas da obrigação, que compitam ao devedor principal e lhe não sejam meramente pessoais (art 854.º), isto é, que não derivem de incapacidade pessoal (artt 694 ° e 822 °) pois que, extinguindo-se por esses factos a obrigação principal, também se extingue a acessória.

(1) No ac da Rel. do Pôrto de 2 de junho de 1896 (na *Revista dos Tribunais*, vol 15, pag 53), julgou-se em harmonia com a doutrina exposta no texto Num bem elaborado ac da Rel de Lisboa de 20 de fevereiro de 1895 (na mesma *Revista*, vol. 14, pag. 104) decidiu-se que o credor que deixou executar os bens hipotecados sem ir deduzir os seus direitos em concurso de preferências, perdeu o direito de demandar o fiador.

§ 24 — *Do penhor*

DR. DIAS FERREIRA, *obr.* e tomo cit., notas aos artt. 855.º-872.º, COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 2.º, §§ 625-632, MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 5.º, n.ºs 283-288, LAURENT, *Principes*, vol 28.º, n.ºs 439-526, PLANIOL, *Traité*, tomo 2.º, n.ºs 2388 e seg.

117. *Noção de penhor* *Penhor* é um contrato pelo qual o credor, para se assegurar do cumprimento da obrigação, recebe do devedor ou de terceiro uma cousa mobiliária (artt. 855.º e 859.º) (1) Dêste contrato resultam relações de obrigação e direitos reais sôbre a cousa, tornando-se necessário, para caracterizar devidamente o penhor, atender especialmente a estes.

Para que exista o penhor, é necessário que a cousa mobiliária tenha sido entregue ao credor ou a uma pessoa que o represente (artt 855.º, 858.º, 861.º n.ºs 1.º e 2.º) Emquanto essa entrega não se efeitua, apenas haverá, se o devedor ou um terceiro, com consentimento do devedor ou sem êle, se obrigou a dar uma cousa mobiliária como garantia do cumprimento da obrigação, um contrato promessa de penhor, e não o contrato de penhor, que tem como elemento essencial e específico o direito de deter a cousa mobiliária, que o credor só pelo facto da entrega fica tendo (2)

A entrega da cousa ao credor e o direito de a deter têm

(1) A palavra *penhor* significa tambem o direito constituido pelo contrato e a cousa sôbre que êsse direito recai.

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 1.º, pag. 563 Pelo Projecto primitivo permitia-se (art. 952.º) que fossem dados em penhor os frutos pendentes de bens de raiz, que devessem ser colhidos em tempo determinado, e estabelecia-se (art. 954.º e § unico): «O contrato de penhor só pode produzir os seus efeitos pela entrega de cousa empenhada, excepto no caso de empenho de frutos, segundo o disposto no artigo 952.º Neste ultimo caso o proprietario será considerado como depositario dos frutos empenhados» A Comissão revisora rejeitou esta excepção (Veja-se as *Actas*, pagg 163-166).

por fim *garantir* o credor, podendo assim alienar a cousa para se pagar pelo seu valor É êste o fim do penhor, sendo a entrega e a detenção da cousa meios para o conseguir.

Como o direito de detenção é um direito real, podendo portanto exercer-se contra todos (art 860.º n.º 2.º), e a garantia é o fim dêsse direito, pode considerar-se o direito de preferência do credor pignoratício como uma consequência do direito de detenção.

A entrega da cousa dada em penhor pode ser feita ao próprio credor ou a um terceiro, ficando êste como depositário do credor O código civil não proíbe que a cousa seja entregue a um terceiro e até o admite (art. 862.º) e o código comercial permite-o expressamente (art 398.º)

O que se torna em todo o caso indispensável para que haja o contrato de penhor é que o devedor ou o terceiro que o presta sejam desapossados da cousa, e que sôbre esta fique tendo o credor o direito de detenção.

É assim pelo código civil, e de harmonia com as suas disposições foi regulado o penhor mercantil

Na lei n.º 215, de 30 de junho de 1914, que reorganizou o crédito agrícola, estabelece-se (art 28.º § 3.º) que nos empréstimos de crédito agrícola, garantidos por penhor, é dispensável a transferência dos objectos para poder da Caixa de crédito agrícola mútuo, ficando o devedor constituido seu fiel depositário e sujeito às obrigações e penalidades da lei geral (1) Neste caso, em que o credor não fica tendo o direito de detenção sôbre a cousa dada em garantia, não pode dizer-se que haja um penhor; há, pelo direito de preferência-que o credor fica tendo, uma hipoteca mobiliária, como hipoteca se considera já a garantia das obrigações constituida em navios

Para que se admitam, porém, estas hipotecas, é necessário, para defesa dos interêsses de terceiros, que delas possa haver

[1 Veja-se o regulamento aprovado pelo decr. n.º 5219, de 8 de março de 1919, art. 301.º § unico, 271.º § 3.º e 284.º].

um registo, o que se não dá em relação ao penhor nos empréstimos de crédito agrícola, afigurando-se-nos que, pela faculdade que pelo decreto citado é dada ao credor pignoratício de deixar os objectos em poder do devedor, podem ser gravemente prejudicados terceiros. Estes não poderão fácilmente saber quais os bens do devedor livres e desembargados, sendo esta a principal razão por que se exigia que o devedor se desapossasse do penhor

É esta medida vexatória sem dúvida para o devedor, mas dificilmente se conseguirá por qualquer outro meio evitar prejuízos graves para terceiros (1).

O penhor também pode ser constituido em créditos, e sôbre estes não há direitos reais Quando os créditos constem dum título autónomo, a posse do título ou a declaração do penhor são suficientes garantias para o credor, quando não haja essa autonomia, tornar-se há necessário que o contrato de penhor seja notificado ao devedor, ou que êste dele tenha conhecimento autêntico. Dado isto, o credor ficará devidamente garantido não só em relação ao devedor mas a terceiros, pois que o penhor produzirá efeitos correspondentes aos da cessão ou transmissão, pelos quais se explica a preferência que em relação aos créditos dados em penhor fica tendo o credor.

O penhor representa uma garantia e esta é constituida por um direito sôbre a cousa. Se o penhor é prestado por terceiro e êste não se responsabiliza pessoalmente, o direito do credor só pode tornar-se efectivo, quanto a êsse terceiro, sôbre o valor da cousa dada em penhor

118. *Cousas que podem ser dadas em penhor.* Podem ser objecto de penhor tanto as cousas móveis por natureza, como por disposição da lei É assim que o art 857 ° se refere à hipótese de se empenharem títulos de crédito particular e acções de companhias, que são cousas mobiliárias, donde se conclue que a palavra *móveis* não é tomada nos artt. 855 ° e 856 ° no seu sentido rigoroso (art. 377 °).

Para que as cousas mobiliárias possam ser dadas em penhor, é necessário que estejam no comércio ou que possam ser alienadas (art. 856 °), e, tratando-se de créditos, que estes possam ser cedidos ou transmitidos. O fim do penhor, que é o pagamento do credor pelo produto da cousa, não poderia realizar-se, sendo esta inalienável ou intransmissível

[1 O decr. n.° 5809, de 30 de maio de 1919, que regula o regime bancario ultramarino, dispõe que nas operações de credito agricola do ultramar, «em todos os casos de constituição de penhor, fica êste considerado mercantil e valido, embora em poder do devedor ou de terceira pessoa e o depositario sujeito a responsabilidade estabelecida no artigo 453 ° do codigo penal» (art. 68 ° § 2.°), preceito transcrito no contrato celebrado pelo Estado com o Banco Nacional Ultramarino, de 4 de agosto de 1919 Ja a lei de 27 de abril de 1901 admitia, nas operações de credito agricola que consistissem em emprestimos sôbre gados e alfaia agricola, que o penhor constituido naqueles e nesta ficasse em poder do devedor, e dispunha tambem que o govêrno decretaria «providências para o registo especial dos bens mobiliarios», que possam servir de garantia a operações de credito agricola» (artt. 69.° n.° 8 ° e § único e 70 °)

Pelo decr. n.° 8162, de 29 de maio de 1922, que aprovou o regulamento da Caixa Geral de Depositos, pode o penhor, que sirva de garantia a quaisquer emprestimos da Caixa, ficar em mão do devedor, que respondera como bom e fiel depositario pela sua guarda e conservação (art 216 °)

O decr n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, preceitua que «os creditos hipotecarios tambem podem ser dados em penhor, a garantia de quaisquer dividas, nos mesmos termos, pela mesma forma e com os efeitos a que se refere o decreto n.° 4666, de 13 de julho de 1918» (art 66.°) Generalizou-se assim o que, para a Companhia Geral do Credito Predial Português, dispunha o art 16 ° dêste decreto, que, para os efeitos do art 858 °, substitua a entrega do penhor de credito hipotecario pelo averbamento a inscrição hipotecaria, considerando-se a entrega efectiva para com terceiros desde o averbamento (Veja-se o decr n ° 8437, de 21 de outubro de 1922, artt. 71.° n.° 8 ° e 104.°)

Dispõe tambem o decr n ° 8373, que podem ser objecto de penhor as quotas das sociedades constituidas ao abrigo da lei de 11 de abril de 1901, em titulo autêntico, nenhuma quota podendo *ser dada em penhor mais de uma vez*, salvo a favor dos mesmos credores — formula esta por que se quis certamente significar que, salva a excepção referida, sôbre a mesma quota não pode recair simultâneamente mais de um penhor, e que a entrega das quotas assim empenhadas e substituida pelo registo do acto do penhor na respectiva conservatoria do registo comercial e efectiva para com terceiros desde a data dêsse registo (artt. 64 ° e 65 °)].

119. *Por quem pode ser constituido o penhor.* O penhor só pode ser validamente constituido por quem, ou seja o próprio devedor ou um terceiro, seja proprietário da cousa ou titular do direito e os possa alienar Assim, se o que entrega a cousa em penhor não fôr proprietário dela, pode êste reivindicá-la, e, se não tiver capacidade para a alienar, dessa incapacidade derivará a nulidade do contrato.

Não pode haver dúvida de que as mulheres, verificando-se estas condições, podem garantir por meio de penhor uma dívida própria. Ser-lhes há, porém, facultado assegurarem por êsse meio a dívida contraida por um terceiro?

Há quem sustente, baseando-se no facto de as mulheres não poderem afiançar, que não lhes é também permitido dar cousas em penhor (1) (2). Parece-nos, porém, inadmissível esta doutrina, porque, pelo penhor, só há para o terceiro que o presta responsabilidade até ao valor da cousa que para garantir a dívida foi entregue ao credor, emquanto que na fiança fica o fiador responsável por todos os seus bens A fiança tem carácter pessoal e o penhor é um direito real A natureza destas garantias é portanto diversa, e sabido é que as disposições excepcionais não admitem aplicação por analogia.

120. *Constituição do penhor.* Para que o contrato de penhor produza efeitos entre as próprias partes, é suficiente que se verifique a entrega da cousa depositada ao credor ou a um terceiro; mas, para que êsse contrato produza efeitos relativamente a terceiros, é além disso necessário que conste de documento autêntico ou autenticado a soma devida, e a espécie e natureza do objecto do penhor (art. 858.º) (3)

A lei, atentos os direitos reais que se constituem pelo

(1) Veja-se a *Gazeta da Associação dos advogados de Lisboa*, vol 6.º, pag 219

[2 Veja-se o decr n.º 5647, de 10 de maio de 1919, art 1.º, em nota a pag. 300].

(3) No art. 858.º fala-se em *auto* autêntico ou autenticado. Na proposta apresentada por Seabra para substituir o artigo correspondente do Projecto

penhor e que o credor pode fazer valer para com todos, exigiu documento autêntico ou autenticado, para se verificar a data em que o penhor foi constituido e os direitos que, relativamente a êle, ficou tendo o credor, evitando assim que fôssem dolosamente prejudicados terceiros

Quando se empenharem títulos de crédito particular, deverá o penhor ser notificado ao originário devedor (art 857.º). A notificação de que o crédito foi empenhado tem por fim evitar o pagamento dos juros ou do capital pelo devedor, e nenhuns direitos ficará tendo sôbre êste o credor pignoratício se êle, não havendo sido judicialmente notificado, pagar ao credor Sendo êste o efeito da notificação, vê-se que esta pode ser substituida pelo conhecimento que o devedor tenha, por forma autêntica, do penhor. Este, do mesmo modo que a cessão, produzirá efeito em relação ao devedor e a terceiros, desde que se observem as formalidades que, para a cessão, se acham estabelecidas.

Pela notificação, o penhor produz efeitos em relação ao devedor e a terceiros, estendendo-se esses efeitos à garantia hipotecária, quando esta se ache constituida para o crédito dado em penhor. Do mesmo modo que para a cessão, o nosso código não exige que se averbe no registo predial o penhor Nada obsta, porém, a que se faça o averbamento, pelo qual o penhor ficará tendo uma publicidade que a notificação lhe não pode dar (1) O averbamento no registo não dispensa, porém, a notificação

No art 857.º fazia-se, relativamente à notificação, uma excepção para as acções de companhias, não sendo necessário notificar as respectivas administrações de que as acções foram dadas em penhor Essas acções são títulos de crédito e a

primitivo, em vez de *auto*, dizia-se *acto* (*Actas*, pag. 165), e em harmonia com essa proposta foi redigido o artigo correspondente (926.º) do Projecto de 1863 A palavra *auto* é no artigo sinonima de documento

[1 Veja-se sôbre o registo da cessão e do penhor a lei n.º 1364, de 25 de agosto de 1922, art 3.º, os decrs n.º 8373, de 18 de setembro de 1922, art 66.º e n.º 8437, de 21 de outubro do mesmo ano, artt. 71.º n.º 8.º e 104.º e a Tabela n.º 2 anexa a êste decr, n.º 3.º § umico].

constituição do penhor nestes títulos está actualmente regulada no código comercial, cujas disposições devem aplicar-se, quer por esses títulos se caucione uma obrigação mercantil, caso em que o penhor será comercial, quer uma obrigação civil, caso em que êle terá a mesma natureza que esta (cód. com., art 397 °)

O código comercial dispõe (art 399 °) que o penhor em letras ou títulos à ordem pode ser constituido por endôsso com a correspondente declaração segundo os usos da praça, e o penhor em acções, obrigações ou outros títulos nominativos, pela respectiva declaração no competente registo Esta declaração deve ser feita no título, e é averbada no registo para que produza efeito em relação ao emitente e a terceiros. Tratando-se de títulos ao portador, não basta a tradição deles para que se constitua o penhor; é necessário que exista título autêntico ou autenticado com as declarações constantes do art 858.°, se o penhor não é constituido entre comerciantes (1).

Os títulos de crédito podem representar cousas que se achem em estações públicas, ou em poder de companhias de transporte, ou depositadas em armazêns gerais, e o código comercial determina o modo por que se efeitua a entrega dessas cousas ou mercadorias., No primeiro caso, considera-se feita a entrega por declarações ou verbas nos livros das respectivas estações públicas, no segundo, pela tradição da guia de transporte ou do conhecimento de carga dos objectos transportados; no terceiro, pelo endôsso da cautela de penhor (cód. com., art 398 ° § único) (2) (3).

Nos empréstimos agrícolas regulados pela lei de 30 de junho de 1914 o penhor, seja qual fôr a importância do

[1 Veja-se o decr. n ° 5219, de 8 de março de 1919, art. 303 ° § unico]

(2) No art 398 ° § unico declara-se que a entrega do penhor mercantil, quando se faz por declarações em estações publicas, pela tradição ou endôsso de titulos de credito, e *simbólica* O que efectivamente se da e o seguinte pela declaraçao de penhor, a estação publica fica sendo depositaria em nome do credor, pela tradição ou endôsso dos titulos de credito, o credor ou pode exigir a entrega das cousas, ou fica tendo o direito de penhor sôbre as cousas que esses titulos representam.

[3 Veja-se o dec n.° 5219, de 8 de março de 1919, art. 325 °]

empréstimo a que servir de garantia. poderá sempre ser constituido por título particular (art 21 ° e § 8 °) (1). As fraudes, que o código civil quis evitar, dificilmente se darão nestes empréstimos, pois que as Caixas de crédito agrícola mútuo não se prestarão a elas

No código comercial dispõe-se (art. 400 °) que basta que se prove por escrito o penhor mercantil entre comerciantes por quantia excedente a duzentos mil réis para que produza efeito em relação a terceiros, e ressalvam-se (art 402.°) as disposições especiais que regulam os adiantamentos e empréstimos sôbre penhores feitos por bancos ou outros institutos para isso autorizados (2)

Em geral, o penhor constitue-se no próprio momento em que se forma a obrigação Pode, porém, constituir-se posteriormente, e até prèviamente, para créditos eventuais É o que se dá com as cauções por meio de depósito, pelas quais podem garantir-se créditos eventuais de terceiros. Assim, nas cauções que os notários são obrigados a prestar (decr de 14 de setembro de 1900, art 24 °), e que podem ser prestadas por meio de depósito, há preferência para os créditos resultantes não só de multas e contribuições dos notários nesta qualidade, mas de indemnizações a que sejam condenados a título de responsabilidade civil pelos factos ilícitos que pratiquem no

[1 Veja-se o dec. n ° 5219, art 302 °]

(2) Pelos codigos administrativos de 6 de maio de 1878 (art 184 ° n ° 9.°) e de 14 de maio de 1896 (art 251 ° n ° 14.°), compete ao governador civil conceder licenças para casas de emprestimos sobre penhores, compreendendo as estabelecidas por sociedades anonimas ou que destas sejam sucursais, ficando umas e outras sujeitas a fiscalização policial, excepto as estabelecidas por bancos, montepios, montes de piedade, sociedades de socorros mutuos e outros estabelecimentos, cujos estatutos são aprovados pelo govêrno

Pelo que respeita as entidades compreendidas neste artigo, a concessão da licença, livros de escrituração e venda das cousas dadas em penhor, vejam-se os seguintes diplomas decr de 23 de janeiro de 1854 e de 20 de junho de 1888, portarias de 22 de junho de 1895 e de 19 de dezembro de 1902, e as resoluções do Ministerio do Reino de 18 de fevereiro de 1878 e de 27 de agosto de 1892, no *Anuario da administração civil e politica*, 5.° ano, pag 531

exercício das suas funções, explicando-se esta preferência, que o decr cit. considera privilégio (art 26 °), pelo penhor prèviamente constituido, como pela hipoteca prèviamente constituida e não pelo privilégio se explica a preferência que os referidos créditos ficam tendo, quando a caução é dada por êste meio (1)

121. *Direitos que o credor adquire pelo penhor.* Os direitos que o credor adquire pelo penhor são (art 860 °):

1.° De ser pago da sua dívida, compreendendo todos os seus acessórios, pelo valor do penhor, de preferência aos outros credores. Sôbre o mesmo objecto pode, em nosso parecer, haver mais do que um penhor, desde que êsse objecto esteja em poder de terceiro, ou desde que o credor, em poder de quem êle está, consinta no novo penhor e se considere depositário em relação ao outro credor. O credor pignoratício tem o direito de se pagar pelo valor da cousa, e, quando êste valor represente mais do que o seu crédito, razão alguma pode aduzir-se contra a constituição de novo penhor sôbre o excesso do valor do objecto em relação ao crédito, desde que na constituição dêste penhor se observem as formalidades estabelecidas por lei Quando tratarmos do concurso de credores, veremos como se faz neste caso a graduação.

O direito do credor a pagar-se pelo preço do penhor só pode tornar-se efectivo desde que o crédito seja exigível e líquido. Até êsse momento o credor tem o direito.

2.° De usar de todos os meios conservatórios da sua posse, e até de requerer procedimento criminal contra quem lhe furtar a cousa empenhada, ainda que seja o próprio dono O credor pignoratício é um possuidor em nome alheio, e, portanto, os meios conservatórios de que êle pode usar não resultam do facto da posse, mas do direito de detençao que,

[1 Veja-se o decr. n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, que reorganizou os serviços do notariado, artt. 13.° n ° 2 °, 15 ° e § 1.° e 18 °.

Veja-se tambem o decr. do inquilinato, n ° 5411, de 17 de abril de 1919, artt 38 ° e 39 °]

em virtude do penhor, ficou tendo. É um direito real, como vimos, que se pode exercer contra todos, incluindo o próprio dono da cousa dada em penhor,

3.° De ser indemnizado das despesas necessárias e úteis que fizer com o objecto empenhado, isto é, das despesas que sejam necessárias para a conservação dêsse objecto, ou que, não o sendo, lhe tenham aumentado o valor (artt. 498 ° e 499.° § 1.°) Confrontando-se êste número com o n ° 1 °, parece dever concluir-se que, em relação às despesas necessarias e úteis o credor pignoratício não tem o direito de preferência, pois que êste direito só lhe é atribuido em relação à dívida Pelo que respeita, porém, às despesas feitas com a conservação da cousa, o credor tem o direito de retenção Quando tratarmos dêste direito, veremos qual a garantia que por êle se estabelece para o credor;

4.° De exigir do devedor outro penhor ou hipoteca (cód. de proc civ, art 524 °), se por caso fortuito ou fôrça maior, e sem culpa do devedor, o objecto do penhor se perder ou desmerecer de valor, de forma que não seja garantia suficiente para o credor, ou se, estando o devedor de boa fé, fôr reivindicado por terceiro a quem pertença, e que não haja consentido no penhor.

Quando o objecto do penhor se haja perdido ou deteriorado por culpa do devedor, ou êste haja dado de má fé em penhor um objecto cuja propriedade lhe não pertença, o crédito torna-se imediatamente exigível (art. 741.°) O credor pignoratício também pode exigir, mas subsidiàriamente, o pagamento do crédito, se o devedor se recusar a entregar-lhe outro penhor em substituição do que havia dado ou a garantir o credito por hipoteca, quando o objecto do penhor, sem que o facto seja imputável ao devedor, pereça ou se torne insuficiente para garantir o crédito, ou que um terceiro o reivindique É evidente que nenhum dêstes direitos terá o credor, quando o objecto do penhor se perca ou diminua de valor por culpa dele Neste caso será o devedor que tera contra êle a acção de indemnização de perdas e danos

Parece-nos que é esta a doutrina que resulta da combina-

ção dos artt. 741 °, 860.° n ° 4 °, 901 ° e do art. 524 ° § 3 ° do código de processo civil (1) (2).

Do penhor resulta, em proveito do credor, a faculdade de deter a cousa que a êsse título lhe fôr entregue, e como o penhor tem por fim a garantia da dívida, e é portanto indivisível, êsse direito existe emquanto não fôr pago o capital, os juros e as outras despesas que o credor haja feito para se pagar do seu crédito É assim que o devedor não tem direito de exigir do credor a entrega do objecto do penhor, no todo ou em parte, sem ter pago a dívida *por inteiro,* a não haver estipulação em contrário (art 870 °) Quando o penhor haja sido constituido por vários devedores, e um deles pague a sua parte da dívida, êste não poderá exigir do credor a entrega da parte do penhor correspondente ao pagamento que efeituou

Atento o fim do penhor, parece que o credor pignoratício não devia ter, em princípio, o direito de usar da cousa. Pelo art 862 ° vê-se, porém, que o credor pignoratício tem êste direito, quando se não haja convencionado o contrário

Quando a cousa dada em penhor seja rendosa, o legislador presumiu que os rendimentos dela serão recebidos pelo credor pignoratício, ao determinar que os proventos da cousa empenhada serão encontrados nas despesas feitas com ela e nos juros vencidos, e, quando a dívida não vença juros, serão abatidos no capital devido (art. 867.°). Por estes proventos compensam-se portanto, em primeiro lugar, as despesas tanto úteis como necessárias, visto que a lei não faz distinção, e, em segundo lugar, os juros da dívida A amortização do capital por êsses proventos só se da em relação ao excesso, quando haja despesas e juros.

O credor pignoratício, embora fique com o direito de receber os proventos da cousa empenhada, pode, por cláusula do contrato de penhor, ter de entregar êsses proventos ao devedor, não se aplicando neste caso a disposição consignada no art 867.°. Pode também estabelecer-se a cláusula de que entre os proventos da cousa empenhada e os interêsses do capital garantido pelo penhor haja recíproca compensação (art 868 °). Neste caso, o credor pignoratício não terá que prestar contas dos rendimentos da cousa dada em penhor; terá, porém, de prestar contas sempre que a importância líquida do rendimento da cousa empenhada deva ter a aplicação a que se refere o art 867 °

Quando seja dado em penhor um crédito e êste se vença antes do crédito garantido por êle, entendemos que o credor pignoratício não pode, quando o contrato de penhor o não autorize a isso, receber a importância do crédito, porque êle não poderá dispor do objecto do penhor antes do vencimento do seu crédito Dado mesmo que o seu crédito já esteja vencido, entendemos que êle não podera também receber a importância do crédito se para isso não tiver mandato, porque o penhor apenas lhe dá o direito de se pagar da sua dívida pela importância do crédito dado em penhor, não se tornando por êste credor do devedor e não podendo portanto exigir o credito Em qualquer dos casos referidos, o devedor terá de fazer o pagamento ao credor pignoratício e ao devedor conjuntamente, ou de consignar em depósito a cousa devida (1).

182 *Obrigações que resultam para o credor do contrato de penhor.* Tendo o direito de deter o penhor até que a obrigação seja integralmente paga, é o credor obrigado (art 861 °).

1 ° A conservar a cousa empenhada como se fôra sua pró-

(1) Veja-se esta materia largamente desenvolvida pelo Dr Assis Teixeira, *Das obrigações a praso segundo o codigo civil português,* pag 73 e segg, e pelo Dr. Dias da Silva, *Processos especiais, civis e comerciais,* vol. 1.° n.° 306

[2 Veja-se, relativamente as operações de credito agricola, o decr. n ° 5219, artt 276.°, 280 °, 307 ° e o mesmo decr, artt 308 °-310 ° e 315 ° § 1 °.

Relativamente ao penhor de credito hipotecario, vejam-se os decrs. n.° 8373, art 66 °, e n ° 4666, artt. 18 ° a 20 °]

[1 Veja-se o dec n ° 4666, art. 20.°]

pria, ficando responsável pela deterioração ou prejuízo que ela padecer por culpa ou negligência sua. Trata-se duma responsabilidade de carácter contratual, sendo a culpa ou negligência apreciada em concreto,

2.º A restituir a cousa empenhada, logo que se cumpra inteiramente a obrigação, sendo-lhe pagas todas as despesas que tenha feito com a sua conservação. Pelas despesas de conservação fica o credor pignoratício tendo, portanto, o direito de retenção. Por essas despesas formou-se uma nova obrigação a que a lei deu a garantia referida, cujo carácter determinaremos no lugar adequado

Não é proibido ao credor, como é ao depositário (art. 1437.º), usar da cousa empenhada, vendo-se até, como já notámos, do disposto no art. 862.º que êsse uso lhe é permitido, mas, quando use dela de forma que possa deteriorar-se ou perder-se, o devedor pode exigir-lhe que preste fiança ao penhor, ou que seja a cousa depositada em poder de outrem (art. 862.º)

Como credor pignoratício não fica sendo proprietário do objecto do penhor e apenas se paga do crédito garantido pelo seu valor, no caso de o penhor ser alienado não responde pela evicção, excepto se houver dolo da sua parte, ou se a tal respeito se responsabilizar expressamente (art. 869.º). O dolo consiste em o credor receber o objecto do penhor e o fazer vender sabendo que não pertence ao devedor, sendo sinónimo de má fé.

128. *Execução do penhor* A fim de obstar a que o credor se locuplete por meio do penhor, auferindo interêsses superiores ao crédito que êle garante, com prejuízo do devedor e dos outros credores, o que fàcilmente poderá suceder, visto que, atentas as circunstâncias em que se encontra o devedor que contrái dívidas nessas condições e a esperança, que tem, de resgatar o penhor, o valor da cousa dada em penhor é ordinàriamente muito superior ao da dívida, proíbe a lei que, não sendo efeituado pelo devedor o pagamento no prazo devido, o credor possa dispor do penhor, apropriando-se dêste sem avaliação ou pela avaliação por êle feita, ou

alienando-o sem as formalidades prescritas na lei, ou fixadas prèviamente no contrato (art. 864.º).

É assim que o credor, que pretender pagar-se findo o prazo estipulado, ou, não o havendo, quando lhe convier, requererá que o devedor seja citado para pagar a dívida ou deduzir a oposição que tiver Não deduzindo o devedor oposição, nem pagando, ou julgando-se improcedente a sua oposição, será feita a venda em hasta pública, e pelo produto da venda será pago o credor, e ao devedor se entregará qualquer remanescente (art. 863.º e cód. de proc. civil artt. 622.º e 623.º)

Tendo as partes convencionado que a venda se faça extrajudicialmente, observar-se há esta cláusula, e, se se houver pactuado que o credor fique com a cousa empenhada pela avaliação que fizerem louvados nomeados de comum acôrdo, essa avaliação será feita nos termos dos artt. 252.º e seguintes do cód de proc. civil, sendo o objecto do penhor adjudicado depois ao credor (art 864.º e cód. de proc. civil, art. 624.º). Se a avaliação fôr superior à dívida, não se efeituará a adjudicação, sem que o credor pague ou deposite o excesso do valor (cód. de proc. civil, art 624.º § único)

Se a dívida não ficar integralmente paga pelo produto da venda ou da adjudicação do penhor, o credor poderá demandar o devedor pelo que faltar (art 866.º e cód de proc. civil, art. 625.º). Destas disposições infere-se que o credor pignoratício não pode proceder contra o devedor para se pagar por outros bens, emquanto não houver tornado efectivo o seu direito sôbre os bens dados em penhor (1) (2).

Em qualquer dos casos mencionados, e em qualquer estado do processo, pode o devedor resgatar o penhor, pagando a dívida e as custas (art 865.º e cód. de proc. civil, art. 626.º)

(1) No codigo comercial preceitua-se expressamente (art 422.º) que o portador da cautela de penhor não pode executar os bens do devedor ou dos endossantes sem se achar exausta a importância do penhor.

[2] Veja-se o decr. n.º 5219, artt 305.º e 306.º].

124. *Excepções que podem ser alegadas por terceiro que preste o penhor.* Quando o penhor seja constituido não pelo devedor, mas por terceiro, êste poderá invocar contra o credor quaisquer meios de defesa relativos à obrigação que pudessem ser alegados pelo devedor e que não sejam meramente pessoais.

Esta doutrina é uma mera consequência do carácter do penhor que, sendo um direito acessório, se extingue com o principal

Quando a obrigação haja sido anulada em virtude de incapacidade do devedor, o credor não poderá proceder contra o terceiro que haja prestado o penhor, se êste não fôr também fiador, havendo assim assumido uma responsabilidade pessoal. O código não colocou o terceiro que garantiu o crédito por meio do penhor na mesma situação que o fiador pelo que respeita à responsabilidade pela capacidade do devedor

Além dos meios de defesa que respeitem à obrigação principal, pode o terceiro que haja prestado o penhor alegar quaisquer meios de defesa relativos ao contrato de penhor, como seja a sua incapacidade ou qualquer vício de vontade que determine a nulidade dêste contrato.

125. *Extinção do penhor.* O penhor, sendo uma garantia, extingue-se com o crédito . Pode extinguir-se, independentemente do crédito por acôrdo entre o credor e o devedor, ou pela renúncia daquele ao direito de penhor

A restituição da cousa empenhada pressupõe a remissão do direito ao mesmo penhor, se o credor não provar o contrário (art 871 °), mas da remissão do penhor não resulta a presunção da remissão da dívida (art. 872 °) Estas disposições baseam-se em que a entrega do objecto ao credor e a detenção dele representam uma condição necessária para que haja penhor, e em que êste é uma obrigação acessória e pode por isso extinguir-se sem a principal

Parece-nos que, se a restituição da cousa empenhada foi feita voluntàriamente pelo credor e o devedor fez qualquer contrato com terceiros em virtude do qual estes adquiriram um direito sôbre a cousa penhorada que seja incompatível

com o direito de penhor, o credor não poderá, embora prove que a restituição da cousa dada em penhor não significava a remissão do direito ao mesmo penhor, anular êsse contrato. E difícil será provar que não houve esta remissão, desde que a entrega do objecto do penhor haja sido feita voluntàriamente.

O direito de penhor extingue-se também perecendo a cousa, e confundindo-se no credor esta qualidade com a de proprietário da cousa. Esta confusão não obsta, porém, a que o credor torne efectivos contra terceiros os seus direitos sôbre a cousa na qualidade de credor pignoratício

126 *Subrogação do objecto do penhor pela indemnização devida no caso de perda.* A cousa dada em penhor pode perecer ou deteriorar-se por culpa de terceiro ou por caso fortuito, e haver, neste caso, direito a indemnização pelo seguro, e, no primeiro, pelo facto ilícito.

Quando se dê esta indemnização, parece-nos que não pode haver dúvida de que o credor pignoratício tem direito a exigí-la do autor do facto ilícito, visto que, tendo o direito de pagar-se pelo valor da cousa dada em penhor, foi prejudicado por êle Quando a cousa haja perecido por caso fortuito ou de fôrça maior, parece-nos que o objecto do penhor se deverá considerar substituido de direito pela indemnização que pelo segurador tenha de ser paga. É o que se estabelece no cód. com (art 419 °) relativamente ao portador da cautela de penhor e no código civil (art 891 ° n ° 3 °) e no comercial (art 594 °) relativamente às hipotecas, e que, representando a indemnização dada pelo segurador o meio por que o devedor substitue no seu património o valor do objecto segurado, se nos afigura que deve adoptar-se em todos os casos, pois que considerando-se, como se vê das disposições citadas, a cousa que pereceu substituida pela indemnização, o direito que se dava sôbre aquela deve tornar-se efectivo sôbre esta. Pressupondo o direito do credor pignoratício a pagar-se pela importância do seguro, a lei n ° 215, de 30 de junho de 1914, preceitua (art 32.° § 2 °) que o valor do penhor será fixado pela direcção da Caixa, mas que nunca excederá a importân-

cia do seguro respectivo, que é indispensável para a realização do contrato (1).

Pode, porém, argumentar-se contra esta doutrina, dizendo que os direitos de preferência são de interpretação restrita, e que, sendo o seguro um meio por que o devedor capitaliza, prevenindo-se contra o risco, uma importância correspondente ao valor do objecto segurado, os credores garantidos por êste objecto não devem ter mais direitos sôbre o capital assim obtido do que o teriam sôbre as economias que, com o mesmo fim, houvessem sido feitas pelo segurado para formar o mesmo capital, e nenhuma dúvida há de que, sôbre estas, ficam tendo os credores do devedor os mesmos direitos que o credor pignoratício. Esta razão é meramente teórica e vê-se, pelas disposições que citamos, que não foi aceita pelo nosso legislador

A primeira razão afigura-se-nos que não procede também. Não se trata realmente de ampliar os direitos do credor pignoratício recorrendo à analogia, o que não seria permitido; trata-se de determinar os direitos do credor pignoratício sôbre a importância do seguro, pela relação que há entre ela e o objecto segurado

§ 25 — *Da consignação e adjudicação de rendimentos.*

DR. DIAS FERREIRA, *Código civil anotado*, notas aos artt 873 °-877 °; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 2.° §§ 668-670, PLANIOL, *Traite elementaire*, tomo 2.°, n os 2490-2513, MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 5 °, n os 289-291.

127. *Carácter da consignação e adjudicação de rendimentos.* Os rendimentos de certos e determinados bens imobiliários podem ser aplicados ao pagamento sucessivo duma dívida e seus juros, ou só do capital, ou só dos juros, e essa

[1 Veja-se o decr n ° 5219, artt. 315 ° e 316.°]

aplicação pode ser constituida por contrato, tendo neste caso a denominação de *consignação de rendimentos* (art. 873 °), ou por sentença, denominando-se, neste caso, *adjudicação de rendimentos* (cód de proc civ art. 881 °) (1)

A consignação e a adjudicação de rendimentos são garantias que têm a mesma natureza, divergindo apenas na sua constituição e nas modalidades que ela pode revestir. Aquela pode recair sôbre bens imobiliários e esta só sôbre imóveis

É assim que a consignação de rendimentos se pode constituir (art. 874.°): 1 ° continuando os bens em poder do devedor; 2 ° passando os bens para poder do credor, 3 ° passando os bens para o poder de terceiro, por título de arrendamento ou por outro. A adjudicação de rendimentos faz-se (cód. de proc civ., artt. 881.° § 2 ° e 882.°) por meio de arrendamento em hasta pública pelo tempo fixado pelo juiz ouvidas as partes, recebendo o exequente do arrematante a renda e renovando-se o arrendamento sucessivamente até estar paga a execução

A consignação e adjudicação de rendimentos constituem um ónus real sujeito a registo, aquela só quando recaia sôbre prédios (art. 949.° § 2.° n ° 7 ° e cód. de proc civil, art. 884.°), e êste ónus acompanha os prédios em poder de qualquer pessoa, sendo transmitidos com êle e a sua importância deduzida do valor dos prédios, quando estes sejam arrematados ou adjudicados e não haja hipoteca, penhora ou arresto com registo anterior ao da consignação ou adjudicação de rendimentos (art. 1022.°) Quando haja hipoteca, penhora ou arresto com registo anterior ao da consignação ou adjudicação de rendimentos, êste ónus caducará para todos os efeitos, sendo os prédios arrematados livres dele; mas o credor consignatário ou adjudicatário de rendimentos será pago pelo produto da venda

(1) A consignação de rendimentos era no nosso antigo direito uma das formas da *anticrese*, pela qual no contrato de penhor ou de hipoteca se entregava ao credor a cousa empenhada ou hipotecada com a faculdade de receber os rendimentos a conta da divida ou dos juros No Projecto primitivo (artt. 967 °-971 °) tinha ainda a denominação de *anticrese*.

dos bens arrematados com preferência a quaisquer credores comuns e aos hipotecários que tiverem registo posterior ao da consignação ou adjudicação (art. 1023.° e código de proc. civil, artt 370.°, 835 °, 886 ° e 887 °)

Neste último caso, a consignação e a adjudicação de rendimentos representam uma garantia da mesma natureza que a hipoteca. Nos casos em que o ónus acompanha o prédio, se êste fica, pela consignação, em poder do credor, êste terá o direito de o fruir durante o tempo fixado no contrato ou até ser integralmente pago, embora o devedor o transmita por qualquer meio, e as relações que assim se formam entre o credor e o devedor são reguladas pelo contrato de arrendamento, salvas as disposições especiais relativas à consignação (art. 874.° § 2.°), quando os bens passem para terceiro por título de arrendamento ou por outro e que êste terceiro fique pagando a renda ao credor, juntamente com a consignação ou adjudicação de rendimentos há a transferência ou cessão dum crédito, substituindo-se o credor ao proprietário no direito de receber as rendas, quando os bens fiquem em poder do devedor, afigura-se-nos que a consignação de rendimentos representará, sendo constituida num prédio, um direito real em virtude do qual os rendimentos ficam pertencendo ao credor, como se êste fôra usufrutuário

Nos termos do art 873.°, quando há a aplicação de rendimentos de bens imobiliários para o pagamento duma dívida dá-se a consignação de rendimentos, e, entre os bens imobiliários, inclue o código civil os fundos consolidados que se acharem imobilizados perpétua ou temporàriamente. Poderá porém, dizer-se, que nos bens imobiliários a que se refere o art 873 ° não estão compreendidos os bens imóveis por disposição da lei, porque a consignação de rendimentos constitue um ónus real, e êste só pode recair sôbre prédios rústicos e urbanos. Por outro lado, para se determinarem as relações entre o consignatário de rendimentos e o devedor aplicam-se as disposições relativas ao contrato de arrendamento e êste só pode recair sôbre prédios

Estes argumentos não podem considerar-se procedentes,

porque o art. 875.° pressupõe que a consignação de rendimentos pode deixar de recair sôbre imóveis por natureza, quando determina a forma por que se pode constituir a consignação sôbre estes imóveis, e, nas disposições em que se considera a consignação um ónus real e se mandam aplicar as normas do arrendamento teve-se em vista que a consignação de rendimentos recai ordinàriamente sôbre imóveis.

Temos assim que os rendimentos dos fundos consolidados que se acharem imobilizados perpétua ou temporàriamente podem ser consignados.

Qual é a natureza desta consignação?

Trata-se evidentemente dum contrato de cessão, em virtude do qual o credor fica com o direito de receber os juros do título em vez da pessoa em cujo nome êle esteja averbado. Esta consignação diverge do penhor em que, neste, o credor tem o direito de se pagar pelo valor da cousa, ao passo que na consignação se paga pelos juros

Quando se trate de títulos de crédito que não sejam fundos consolidados que se achem imobilizados perpétua ou temporàriamente e o credor fique com o direito de se pagar pelos rendimentos deles, a êste contrato, que representa uma cessão, não se pode dar o nome de consignação de rendimentos, porque esta recai apenas sôbre bens imobiliários.

Para que o contrato de consignação sôbre fundos consolidados produza efeitos em relação a terceiros, é necessário que a consignação conste do título e que seja devidamente averbada

A consignação de rendimentos não impede que o devedor disponha dos bens consignados (art. 874.° § 1.°), não ficando prejudicado o credor pela alienação dêsses bens, visto que o ónus ou a cessão continuam a subsistir em relação ao adquirente.

Sendo uma garantia das obrigações, a consignação de rendimentos é, como o penhor, indivisível

128 *Quem pode dar rendimentos em consignação.* Pelo art 875 °, parece que o contrato de consignação de rendimentos só pode ser feito entre o devedor e o credor. Não pode, porém, haver dúvida alguma de que qualquer terceiro pode garantir por êste meio, do mesmo modo que pelo penhor o cumprimento duma obrigação A lei não o proíbe, mas só muito excepcionalmente será assim garantido o cumprimento duma obrigação

Para que se possam consignar os rendimentos, basta que o devedor possa dispor deles, não se tornando necessário que possa dispor dos bens respectivos Poderá, pois, realizar êste contrato não só o proprietário, mas o usufrutuário, comtanto que a consignação não exceda o tempo por que deve durar o usufruto

Os bens cuja propriedade seja inalienável, mas de cujos rendimentos se possa dispor, podem ser dados em consignação. É o que sucede com os bens dotais, quer sejam imóveis, quer sejam fundos consolidados

É até em relação a estes bens que a consignação de rendimentos terá vantagens práticas para o credor, pois que, não podendo ser hipotecados os imóveis dotais nem alienados os fundos consolidados senão para os fins designados na lei, só pode garantir-se um crédito por meio dêsses bens pela consignação de rendimentos. Quando se entenda, porém, que o dote deve ser aplicado só para a satisfação dos encargos matrimoniais, não poderá deixar de proibir-se que sôbre os bens dotais se constitua a consignação de rendimentos, pela qual os cônjuges não só ficarão privados dêsses rendimentos, mas não poderão alienar os bens dotais, nos casos em que a lei faculta essa alienação, sem que do valor deles seja deduzida a importância correspondente à consignação

129. *Constituição da consignação de rendimentos* No art 875 ° preceitua-se que, recaindo a consignação de rendimentos sôbre bens imóveis só poderá ser celebrada por escritura pública, e que, para produzir efeitos para com terceiros, deve ser devidamente registada. O código não exige escritura pública para o contrato de consignação de rendimentos que recaia sôbre fundos públicos que se achem imobilizados perpétua ou temporàriamente (1). A escritura pública tornar-se há, porém, necessária para provar a dívida, quando a lei assim o determine. Em relação à consignação, esta faz-se pela respectiva declaração no título, a qual deve ser competentemente averbada

Na lei de 30 de junho de 1914 preceitua-se (art. 28.º e § 1 °) que para os efeitos da referida lei o contrato de consignação de rendimentos, qualquer que seja o seu valor e ainda que recaia sôbre bens imóveis, poderá ser celebrado por escrito particular (2)

No título constitutivo da consignação deve declarar-se que ela se faz por determinado número de anos (art. 876.º n ° 1.°), não sendo necessário neste caso especificar a quantia devida no contrato de consignação, pois a dívida considerar-se há paga com os rendimentos que o credor receba durante o prazo estipulado, ou quando se faça por um número indeterminado

(1) Observa a êste respeito o Dr Dias Ferreira «Exige o codigo escritura pública, quando o contrato recai sobre imoveis por natureza, e não quando recai sobre qualquer direito predial, o que se compreendia no projecto primitivo, que so admitia na anticrese o imovel, mas não se compreende no sistema da Comissão revisora, que, vistas as sessões de 28 de junho e de 1 de julho de 1861, e a letra do codigo, abrangeu na consignação de rendimentos tanto os bens imoveis por natureza, como os imoveis por disposição da lei Não deixara, porem, de ser celebrado por escritura publica, ainda que não recaia sôbre bens imoveis propriamente ditos, o contrato de consignação de rendimentos, desde que seja de valor superior a 50$000 reis, visto não produzir efeitos para com terceiros sem registo, e não serem em geral registaveis os contratos de valor excedente a 50$000 reis sem constarem de escritura publica art. 978 °, n.° 6.°».

Não nos parece fundada esta censura, pois que a consignação de rendimentos respeitante a predios recai sempre sôbre imoveis por natureza, e, quando a consignação tenha por objecto fundos publicos que se achem imobilizados perpetua ou temporariamente, como, por exemplo, sôbre os que constituam um dote, sera necessaria ou não a escritura publica, conforme o quantitativo do emprestimo e para prova dêste.

2 Veja-se o decr n.° 5219, de 8 de março de 1919, art. 338 °]

de anos, mas até ao pagamento da quantia devida, especificar-se esta quantia e também os juros, se se deverem (art. 876.º n.º 2.º), tendo ainda de determinar-se neste caso prèviamente a quantia que em cada ano deve ser levada em conta no pagamento, quer o rendimento seja superior quer inferior à dita quantia (art. 876.º § único)

Na inscrição da consignação de rendimentos deve declarar-se (regul de 20 de janeiro de 1898, art 138.º n.º 13.º) a quantia para cujo pagamento se faz a consignação, o número de anos que deve durar o ónus real, ou a quantia que em cada ano deve ser levada em conta no pagamento.

Na adjudicação de rendimentos deve inscrever-se (regul. cit, art. 138.º n.º 14.º) o crédito líquido do adjudicatário (1).

130. *Quando termina a consignação de rendimentos.* O contrato de consignação de rendimentos termina, quando tenha sido estipulado por um determinado número de anos, logo que expire êsse prazo, e, sendo-o por um número indeterminado de anos, pelo integral pagamento da dívida e seus juros, se se deverem (art. 877.º) Quando o devedor não possa dispor dos rendimentos senão durante determinado tempo, como no usufruto e no dote, a consignação de rendimentos terminará logo que termine o direito do devedor.

Sendo uma garantia, a consignação de rendimentos caduca logo que por qualquer outro motivo se extinga a obrigação.

[1 O decr. n.º 8437, de 21 de outubro de 1922, art 124.º n.ºs 13.º e 14.º, reproduz o citado art. 138.º n.ºs 13.º e 14.º]].

§ 26 — *Dos privilégios creditórios.*

DR. DIAS FERREIRA, *obr.* e tomo cit, notas aos artt 878.º-887.º; FERREIRA DE MELO, *Comentário crítico explicativo a lei hipotecária portuguesa*, pagg. 190 e segg, MAZZONI, *obr cit*, tomo 3.º, n.ºs 298-329, PLANIOL, *obr. cit*, tomo 2.º, 2542-2611, CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol 1.º, n.ºs 70-183

131 *Conceito de privilégios creditórios* O código define *privilégio creditório* a faculdade que a lei concede a certos credores de serem pagos com preferência a outros, independentemente do registo dos seus créditos (art. 878.º).

No direito romano, que foi seguido pelo código civil francês (art 2095.º), pelo italiano (art 1952.º), e por outros, considerava-se o privilégio como um direito de preferência concedido por lei em atenção à causa do crédito, sendo portanto o carácter específico do privilégio, entre as garantias das obrigações, o estar completamente dependente da qualidade do crédito. *privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa* (D, XLII, 5, 32) E com esta doutrina se conformou o autor do Projecto primitivo (art. 1041.º)

A Comissão revisora, incluindo o penhor entre os privilégios (art 886.º), como também o fez a lei hipotecária de 1 de julho de 1863 (art. 87.º), parece que não podia aceitar aquela noção de privilégio; mas certo é também que o direito de preferência do credor pignoratício não deriva da lei mas do contrato, não tem o carácter dum privilégio, mas dum direito real, sendo êste que coloca o credor pignoratício fora da lei do concurso, e que portanto indevidamente se considera o penhor como um privilégio

O art 886.º, que está deslocado, como veremos, deveria ter outra redacção, e, em nosso parecer, a palavra *privilégio*, que nesse artigo se emprega, não pode deixar de tomar-se como sinónima de *direito*. Sendo assim, poderá parecer que o privilégio ainda se pode definir a faculdade que a lei concede a certos credores, tendo em atenção a qualidade do crédito, de

serem pagos de preferência a outros A verdade, porém, é que a lei, pôsto de lado o penhor, não atende, por vezes, só à qualidade do crédito, relaciona o privilégio com bens determinados e torna a sua subsistência dependente de várias circunstâncias, das quais resultam para o credor privilegiado poderes especiais sôbre a cousa. E casos há em que ao privilégio especialmente se atribue o carácter dum direito real, declarando-se que êle acompanha os bens em poder de qualquer possuidor.

Parece que o privilégio deixou assim de ser o que era no direito romano e a palavra significa — uma qualidade da obrigação em virtude da qual o credor, na liquidação dos bens do devedor, se pagava de preferência aos outros credores. Era neste momento que o privilégio se tornava efectivo, tendo anteriormente carácter pessoal, ou, por outras palavras, não recaindo, até o momento em que se exercia o direito de crédito, sôbre bens determinados de forma que o credor ficasse tendo neles um direito que pudesse exercer contra terceiros para quem esses bens houvessem sido transmitidos ou a quem houvessem sido especialmente obrigados

O privilégio não existia portanto como um acessório da obrigação que tivesse uma existência própria, como tem o penhor e a hipoteca, em virtude do qual os bens ficassem directamente vinculados ao cumprimento da obrigação como se, para êsse efeito, houvessem sido alienados já pelo devedor.

A obrigação conservava o seu carácter pessoal.

Actualmente há privilégios que incidem não só sôbre bens determinados, mas que atribuem ao credor poderes directos sôbre esses bens Ao lado da qualidade do crédito que dá a êste preferência no concurso de credores, há, nesses privilégios, um direito acessório, que existe desde que a obrigação se constitue, pelo qual se assegura aquela preferência

Surgem assim privilégios com uma natureza híbrida, o que é devido a não se haverem introduzido na teoria do penhor e da hipoteca as modificações que as necessidades do crédito reclamavam. O penhor, tendo a sua fonte no contrato e como elemento essencial a posse da cousa, não podia abran-

ger garantias que, derivando da lei, pressupõem todavia a posse pelo devedor da cousa sôbre que essas garantias recaem; a hipoteca, tendo por objecto bens imóveis e como elemento essencial o registo, não podia compreender garantias que recaissem sôbre móveis, embora tivessem a mesma natureza da hipoteca e se pudessem tornar públicas por meio de registos adequados.

O sistema foi êste: introduzir nos privilégios todas as garantias cuja necessidade se reconhecia e que a teoria do penhor e da hipoteca não comportava (1).

Não será possível, neste estado em que se encontra a legislação, dar uma noção precisa de privilégio, determinando genericamente os seus caracteres?

Parece-nos que é, tornando-se apenas necessário para isso distinguir o privilégio do direito real a que êle esteja inerente e determinar a função que em tal caso exerce

Para o privilégio atende-se à causa do crédito, para ao credor privilegiado se conferirem direitos reais sôbre a cousa, atende-se a outras circunstâncias, e quando, em virtude do direito real que o credor privilegiado tem, êle fique em situação idêntica à de outro credor que tenha o direito de preferência pelo penhor, pela hipoteca ou por qualquer outro direito real, o privilégio dar-lhe há preferência em relação a êste credor.

O privilégio, como tal, não recai sôbre bens que fiquem, desde que se constitua a obrigação, directa e imediatamente vinculados ao seu cumprimento, tendo o credor o direito de os alienar Em alguns casos, porém, o credor privilegiado fica tendo um poder sôbre a cousa, em virtude do qual pode tornar efectivo o seu direito de preferência em relação a ela,

(1) No codigo civil alemão preceitua-se (art 1257°) que as disposições relativas ao direito de penhor convencional são aplicaveis ao que e estabelecido por lei, e nesse codigo, no codigo comercial e em algumas leis especiais se consideram como penhores legais muitas das garantias que no nosso codigo e em leis especiais são havidas como privilegios Veja-se o *Code civil allemand, traduit et annote par Bufnoir, Cazelles,* etc , 2.º vol., Paris, 1906, pag 831

embora haja sido alienada ou obrigada dum modo especial pelo devedor.

Assim, o transportador tem privilégio, pelos créditos resultantes do contrato de transporte, sôbre os objectos transportados, o qual cessa pela entrega dêstes ao destinatário (art. 882.° n.° 1.° § 1.° e cód. com., art 391.° § 1.°.) Além do privilégio e como meio de o tornar efectivo, o transportador tem o direito de retenção (art. 1414.° e cód com., art. 390.°) Do direito de retenção resulta um poder directo sôbre as cousas transportadas, em virtude do qual o transportador torna o seu privilégio efectivo contra o próprio credor pignoratício, em relação ao qual fica tendo preferência, atribuindo-lhe até o código comercial o direito de requerer o depósito e a venda de tantos objectos quantos forem necessários para o seu pagamento (art. 390.° § 3.°).

Ora estes direitos do transportador não se explicam pelo privilégio, mas pelo direito real que êle fica tendo sôbre os objectos transportados, direito correspondente ao do penhor.

Resumindo: o privilégio é um direito de preferência sôbre o produto da liquidação dos bens do devedor, o qual se funda na causa ou qualidade do crédito.

Em geral, os privilégios apenas dão ao credor o direito de preferência relativamente aos outros credores, que concorram sôbre o produto da venda dos bens do devedor, quando estes bens se liquidam judicialmente. Em alguns casos, porém, o credor tem, alem dêsse direito, o de retenção E o que se dá, por exemplo, relativamente aos privilégios especificados no n.° 1.° do art 882.° e no n.° 1.° do art 883.° (confr os artt. 1407.° e 1414.°) Noutros casos, atribue-se expressamente ao credor privilegiado o direito de tornar efectivo o seu direito contra quaisquer pessoas para quem hajam sido transmitidos os bens sôbre que o privilégio recai. E o que sucede com o privilégio pela contribuição de registo (decr de 24 de maio de 1911, art 6.°). E é o que até certo ponto se dá também, como veremos, com os privilégios imobiliários e sôbre os navios

Quando o privilégio recaia sôbre cousas móveis e o credor tenha, além do direito de preferência, o de retenção, haverá

um direito real correspondente ao do penhor, e parecia-nos que seria mais regular que as disposições em que se atribuem esses privilégios fôssem incluídas na parte em que se trata do penhor. Não nos afastaremos, porém, nesta parte da ordem seguida pelo código Quando o privilégio acompanhe os bens, haverá uma hipoteca privilegiada Há efectivamente neste caso não só o direito de preferência em relação aos próprios credores hipotecários, mas existe um direito real em virtude do qual o credor pode pagar-se pelo produto dos bens sôbre que o privilégio recai, qualquer que seja o possuidor dêsses bens.

Distinguem-se esses privilégios da hipoteca em que esta, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando preferência, tem de ser registada, produzindo o privilégio os seus efeitos independentemente do registo. Há, como veremos, hipotecas que são estabelecidas pela lei, em atenção, como nos privilégios, à causa do crédito.

Foi a necessidade de garantir devidamente os interêsses de terceiros que fez com que o legislador reduzisse o número dos privilégios imobiliários, estabelecendo hipotecas legais, sujeitas como as voluntárias ao registo, para os créditos que, em virtude da sua qualidade ou da qualidade do credor, mereciam especial protecção.

Havendo privilégios que recaem sôbre certos bens, não pode todavia o credor privilegiado, como tal e em princípio, proceder contra terceiros para quem esses bens hajam sido transmitidos.

A razão é esta

O credor privilegiado, tendo um direito de preferência nos bens sôbre que o privilégio recai, só pode exercer êsse direito no caso de liquidação dêsses bens, quando se encontrem a êsse tempo no património do devedor

Pelo privilégio, os bens não ficam directa e imediatamente vinculados ao cumprimento da obrigação, como se houvessem sido alienados pelo devedor O credor privilegiado fica sendo um credor pessoal que pode portanto tornar efectivo o seu direito contra quaisquer bens do devedor, embora no património dêste ainda haja os bens sôbre que o privilégio recai,

e o devedor não fica inibido, pelo facto do privilégio, de dispor dos bens sôbre que êle recai. Quando o devedor, com prejuízo do credor privilegiado, aliene os bens ou estabeleça sôbre eles direitos de preferência, esses actos só poderão ser rescindidos pelo credor privilegiado, quando se verifiquem as condições necessarias para a rescisão dos actos praticados em prejuízo de terceiros

Pela doutrina exposta se explica que a fazenda nacional, embora o privilégio por impostos recaia, como na contribuição predial, sôbre determinados bens, possa penhorar outros bens e até os deva penhorar de preferência aos imóveis, para pagamento dêsses impostos (regul. de 28 de março de 1895, artt. 20.° e seg.) (1), que o credor por dívida de foros possa, em acção executiva, penhorar os frutos ou rendimentos sôbre que tem privilégio ou a raiz do prazo, sôbre que o não tem (cód de proc. civ., art. 615.°) (2) (3).

Podemos assim, dum modo geral, afirmar. 1.) que o privilégio tem a sua origem na lei a qual atende à causa do crédito; 2.) que é à lei, e não ao tempo em que o crédito se constitue, que deve atender-se para a preferência, 3.) que havendo vários credores igualmente privilegiados, isto é, cujo privilégio tenha a mesma causa, o pagamento será feito rateando-se entre eles o valor do objecto ou objectos sôbre

[1 Veja-se o codigo das execuções fiscais de 23 de agosto de 1913 artt. 44.° § 2.°, 45.° e 48.° A doutrina do regulamento de 28 de março de 1895 não foi alterada neste ponto]

[2 O § 1.° do art. 615.° do cod de proc. civ., a que se alude no texto, não foi alterado pelo decr n.° 4618, de 13 de julho de 1918].

(3) No art. 812.° e § unico do codigo de processo civil preceitua-se que na nomeação de bens a penhora pelo devedor, esta começara pelos bens a que respeitar o privilegio, não se aplicando todavia esta disposição, se o exequente não impugnar a nomeação no prazo de quarenta e oito horas Esta impugnação facultada ao credor justifica-se pelo facto de, quando sejam nomeados a penhora bens sôbre qne não recai o privilegio, poderem concorrer ao produto da venda dos bens penhorados outros credores com preferência sobre ele, não sendo êle pago do seu credito. Não vemos outra razão que justifique a disposição referida, a qual não se opõe a doutrina exposta por nos.

que os privilégios recaem; 4.) que o credor privilegiado como tal só exerce o seu direito sôbre o produto dos bens quando estes se liquidam, salvo quando tenha direitos reais sôbre os objectos em que recai o privilégio, o qual lhe dá neste caso preferência sôbre os credores pignoratícios ou hipotecários.

O privilégio constitue uma excepção ao princípio de que no património do devedor se tornam igualmente efectivos os direitos dos credores (art. 1005.°); e, como esta excepção deriva da própria lei (art. 878.°), daí se conclue que esta deve interpretar-se restritivamente, não se ampliando os privilégios a casos que não hajam sido expressamente contemplados pelo legislador

132. *Espécies de privilégios.* Os privilégios dividem-se em *mobiliários* e *imobiliários*, conforme os bens sôbre que recaem. Os privilégios imobiliários são sempre especiais (art. 879.° § 2.°), e os mobiliários podem ser *gerais* ou *especiais* (art. 879.° § 1.°).

Os *privilégios mobiliários especiais* abrangem só o valor de certos e determinados bens mobiliários (art 879.° § 1.° n.° 1.°), os *gerais* abrangem o valor de todos os bens mobiliários do devedor (art. 879.° § 1.° n.° 2.°).

Os primeiros estão agrupados em quatro classes.

Os da primeira classe recaem sôbre os frutos dos prédios rústicos, os da segunda, sôbre o rendimento dos prédios urbanos, os da terceira e da quarta recaem, dum modo geral, sôbre cousas que estão na posse do credor e emquanto se mantêm nessa posse, ou sôbre cousas que, tendo sido adquiridas, fabricadas ou concertadas e não havendo sido pago o preço da compra e o custo dos materiais ou do trabalho, representam o valor dos créditos que têm a sua causa nos factos referidos e que a lei por êsse motivo considera privilegiados

Nos créditos especiais da primeira e da segunda classe, o legislador atendeu também a que pelos créditos que êsses privilégios garantem o património do devedor teve um

aumento correspondente, não sendo portanto justo que êsse aumento revertesse em proveito dos outros credores

Há quem sustente que existem, pelo código civil, privilégios que recaem juntamente sôbre bens mobiliários e imobiliários, fundando-se nos artt 885 °, 887 ° n ° 1.° e 907 °

Consideramos esta doutrina inexacta em face do código.

Desde que há um privilégio especial, o credor só tem o direito de se pagar, de preferência aos outros credores, pelo valor dos bens sôbre que êsse privilégio recai Qando haja um privilégio geral, êste só pode recair, salvas disposições excepcionais, sôbre os bens mobiliários É êste o privilégio que a fazenda nacional tem por créditos provenientes de impostos, quando para estes não haja privilégio especial, caso em que a fazenda só tem preferência quando se dê a insolvência do devedor, no valor dos bens sôbre que recaia o imposto.

Quanto ao art 907 °, não se estabelece nele um privilégio mas uma hipoteca sôbre o prédio. O privilégio que, por exemplo, recaia apenas sôbre os frutos, pode dar-se juntamente com a hipoteca, tendo preferência sôbre esta (1)

133. *Dos privilégios mobiliários especiais da primeira classe.* A primeira classe é a dos privilégios mobiliários que recaem nos frutos dos prédios rústicos, pelos quais é garantido (art 880 °):

1.° O crédito por dívida de foros, censos ou quinhões, relativo aos dous últimos anos e ao corrente

Para que estes créditos gozem de privilégio é necessário

(1) Pela convenção de 4 de maio de 1894, aprovada por decreto de 16 de maio de 1894, base 1ª, §§ 1 ° a 4.°, as obrigações da Companhia dos caminhos de ferro portugueses ficaram tendo privilegio mobiliario e imobiliario, especial, sôbre os bens da mesma companhia O modo por que se acha formulada aquela disposição não se harmoniza com a terminologia do codigo nem sequer com a realidade das cousas, visto que as obrigações ficaram sendo privilegiadas em relação a todos os bens que formam o patrimonio da Companhia, sendo os obrigacionistas preteridos apênas no pagamento dos seus creditos pelos credores que pela referida convenção ficaram tendo um privilegio que prefere ao dos obrigacionistas.

que os ónus respectivos de enfiteuse, censo e quinhão se achem registados (art 880 ° § 1.°), e o privilégio começará a existir na data do registo, sem que possa retrotrair-se à data do crédito, se êste fôr mais antigo (art 880 ° § 2 °).

Os ónus reais a que nos estamos referindo, que tenham sido constituídos anteriormente à publicação do codigo civil, subsistem ainda independentemente de registo, sendo que o prazo de um ano, que para êsse efeito foi fixado pelo código civil (art 1023 ° § único), tendo sido sucessivamente prorrogado, foi-o indefinidamente pelo art 1 ° do decreto de 17 de março de 1887, confirmado por lei de 1 de setembro do mesmo ano (1)

Gozarão de privilégio os créditos por dívidas de foros, censos e quinhões, quando estes ónus hajam sido constituídos anteriormente ao código civil e ainda não tenham sido registados?

A jurisprudência tem-se pronunciado afirmativamente, mas podem suscitar-se algumas dúvidas sôbre a verdade da doutrina por ela seguida.

A favor desta podem aduzir-se as considerações de que êsses ónus subsistem sem registo, e de que, sendo as mesmas as relações entre o credor e o devedor, entre o crédito e os frutos, quer haja quer não haja registo, não há motivo

(1) Veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol 33 °, pag. 467

O regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898 declara (art 163 ° n ° 4 °) que a prorrogação respeita aos onus constituidos antes de 1 de abril de 1867, data em que começou a vigorar a lei de 1 de julho de 1863 (regul cit, art 147 °), que sujeitou os onus reais a registo (artt 133 ° n ° 3 °, 152 ° e 153 °) Vê-se, porem, do art 1023.° § unico, da lei de 10 de setembro de 1868 e dos diplomas legislativos que posteriormente prorrogaram o prazo fixado no referido art 1023 ° § unico, que o prazo se conta da *publicação* do codigo civil, a qual teve lugar em 22 de março de 1868, data em que o codigo começou a vigorar, e portanto se considera publicado, e que a prorrogação respeita aos onus constituidos antes da publicação do codigo *

[* O decr n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, artt 149 ° n.° 4 ° e 133 °, reproduz os artt 163 ° e 147.° do regulamento de 20 de janeiro de 1898]

para fazer distinção, que aliás o próprio legislador não fez no n.° 1.° do art. 880.°. A razão do privilégio está na espécie de condomínio que ao senhorio directo, ao censualista e ao quinhoeiro pertencem no prédio, e, desde que haja êsse condomínio e de forma que produza efeitos em relação a terceiros, deve dar-se também o privilégio

Não se deve, porém, confundir o ónus com o privilégio, embora êste tenha naquele a sua origem, pois que o ónus representa um direito real, ou, na linguagem do código, uma propriedade imperfeita (art. 2189.°), e o privilégio é um crédito com garantia especial, e, sendo certo que o legislador exigiu o registo, sem fazer a respeito do privilégio a excepção que, relativamente à subsistência do ónus, fez no art. 1023.° § único, parece que foi intuito seu não admitir o privilégio sem registo.

Notaremos ainda que do confronto entre o art. 1670 ° do código e o art. 163 ° do regulamento do registo predial parece depreender-se que o facto de o senhorio directo ser desobrigado do registo não lhe aproveita, relativamente a terceiros, para o privilégio mobiliário, mas só quanto ao ónus. Naquele artigo faz-se distinção entre o ónus enfitêutico e o privilégio, e o regulamento declara que produzem efeito sem registo os ónus, não fazendo referência alguma ao privilégio. Observaremos por último que, embora em relação ao ónus o registo produza os seus efeitos, desde a sua data, contra quaisquer pessoas que hajam anteriormente adquirido direitos que, por falta de registo, não existam em relação ao adquirente, não sucede o mesmo quanto ao privilégio, o qual só começa a existir desde a data do registo, não podendo retrotrair-se à data do crédito, se êste fôr mais antigo, o que nos revela também a distinção que se faz entre o ónus e o privilégio Se, por exemplo, houver sido constituído um domínio directo e só fôr registado três anos depois, o adquirente fará valer o ónus contra terceiros que não hajam registado qualquer direito constituído no prédio como alodial O privilégio é que só existe desde a data do registo, havendo assim o ónus sem o privilégio.

Quanto às razões aduzidas, pode contra elas dizer-se que a disposição consignada no § 1 ° do art 880.° é complementar

da exarada no n.° 1.°, determinando a extensão que esta tem, e que, quando fôsse certo que o legislador, para ser consequente, devesse admitir o privilégio independentemente do registo do ónus, por êste não ser obrigatório e serem as mesmas as relações entre o credor e o devedor, não o é menos que, se os terceiros que adquirem como livre e alodial um prédio em que se ache constituida a enfiteuse, o censo ou o quinhão, podem rescindir o contrato ou exigir a prestação da evicção, nenhum recurso terão os credores em relação aos quais o privilégio produz efeitos, devendo ainda notar-se que, sendo os privilégios de interpretação restrita, não pode recorrer-se à analogia para a sua aplicação.

O crédito por dívida de renda relativa ao último ano e ao corrente, achando-se registado o ónus do arrendamento e principiando o privilégio na data do registo, embora o crédito seja mais antigo (art 880 ° n ° 2 ° e §§ 1.° e 2 °). Êste privilégio pertence a quem haja arrendado o prédio, quer seja proprietário, quer usufrutuário, e funda-se em que, cedendo eles a fruição do prédio mediante a renda, se entende que, emquanto esta não fôr paga, os frutos pertencem ao proprietário ou usufrutuário.

Só os arrendamentos por mais de um ano, havendo adiantamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo, são admissíveis a registo (art. 978.° n ° 7 °), mas a jurisprudência tem entendido que o privilégio se refere a todos, baseando-se em que pelo art 1621 ° § 2 ° (1), que trata dos efeitos dos arrendamentos nas transmissões procedentes de execução, os arrendamentos não sujeitos a registo subsistem por todo o tempo por que houverem sido feitos, salvo se outra cousa se houver estipulado, e em que não há razão para que o legislador conceda êsse privilégio nos arrendamentos superiores a quatro anos e o negue nos que sejam inferiores a êsse prazo, tanto mais que o privilégio só respeita aos créditos pelas dívidas de renda relativa ao último ano e ao corrente (2).

[1 Veja se o decr. n ° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 36 ° e 58 ° e a lei n.° 1662, de 4 de setembro de 1924, art. 1.°].

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 4.°, pag. 311.

Hesitamos, do mesmo modo que para os créditos por dívidas de foros, censos e quinhões, em aceitar esta jurisprudência.

O § 1 ° do art. 880.° é expresso, quando só manda aplicar o privilégio pelo crédito proveniente de dívida de renda, estando o arrendamento registado Não faz a êste respeito excepção alguma, e ao intérprete, atenta a natureza da disposição, não é lícito fazê-la. Nem pode invocar-se o art. 1621 °, que trata duma hipótese diversa, e até o facto de o legislador não haver feito, na hipótese do art. 880.° § 1 °, excepção para os arrendamentos não sujeitos a registo, como no caso do art 1621 °, parece evidenciar que não quis dar ao credor êsse privilégio. Finalmente, não é às relações entre o senhorio e o arrendatário, mas entre o senhorio e os outros credores dêste que deve atender-se para julgar da justiça com que o legislador procedeu, atribuindo ao senhorio privilégio pelo crédito de renda, quando o arrendamento constitua um ónus sujeito a registo, e recusando-lho, quando não constitua

3.° O crédito por sementes ou por empréstimos para grangeios rurais, relativo só ao último ano, ou só ao corrente, havendo-se declarado a que prédio ou prédios rústicos se aplicaram êsses créditos (art 880 ° n ° 3 ° e § 3 °) Concedendo êste privilégio, atendeu o legislador à íntima relação que há entre os frutos e as sementes ou grangeios, e teve em vista, por outro lado, promover a agricultura, facilitando o crédito.

4 ° O crédito por soldadas de criados de lavoura, relativo a um ano, e por dívidas de jornais de operários, relativo aos últimos três meses, tendo-se declarado a que prédio ou prédios rústicos se aplicaram esses serviços (art 880 ° n ° 4 ° e § 3 °). Para a concessão dêste privilégio, atendeu não só o legislador à relação entre os serviços a que êle respeita e a produção, mas a considerações de carácter humanitário, garantindo a subsistência a pessoas que vivem só do seu trabalho.

5.° O crédito por prémio de seguro, relativo ao último ano e ao corrente (art 880.° n ° 5 °).

Quando haja qualquer risco, o segurador tem de indemnizar o proprietário ou cultivador, e sôbre o produto da indemnização é que os credores exercerão os seus direitos.

Justo é, pois, visto que o seguro reverte em benefício dos credores, que o crédito pelo prémio seja privilegiado

Quando haja risco, a indemnização paga pelo segurador substitue-se de direito aos frutos a que nos estamos referindo, recaindo sôbre ela os privilégios que incidiam sôbre estes

Nos termos dos artt. 28 ° e 50 ° § único da lei n ° 215, de 30 de junho de 1914, todos os empréstimos mutuados aos sócios pelas Caixas de crédito agrícola mútuo, e os feitos pelo Estado às Caixas, gozarão do privilégio mobiliário especial consignado no art 880 °, com preferência sôbre os demais créditos especificados neste artigo (1).

Atentas as garantias que pelo decreto citado tem de se exigir para os empréstimos agrícolas, não se compreende bem a necessidade de se estabelecer a favor dêsses créditos um privilégio e designadamente nos termos em que o foi. Desta disposição resultará que os proprietários terão de exigir outras garantias dos arrendatários e que a lei, querendo desenvolver a agricultura, talvez tenha efeitos contraproducentes

Os privilégios referidos no art 880.° e o que foi estabelecido pelo citado decreto recaem apenas sôbre os frutos. Não têm, pois, o direito de se pagar pelo produto da venda do prédio, e pelos juros dêsse produto na Caixa geral dos depósitos, os credores privilegiados a que o art. 880 ° se refere (2) Pelo preço dos bens imobiliários pagam-se os credores que tenham privilégio imobiliário (art 1012.° n ° 1 °) e não os que tenham

---

[1 Veja-se o regulamento do credito e das instituições sociais agricolas aprovado pelo decr n.° 5219, de 8 de março de 1919, artt. 250 ° § 2.°, 271.° e 444.°.

Relativamente a operações de credito agricola do ultramar dispõe o decr n ° 5809, de 30 de maio de 1919, art. 68.° n ° 6.° e § 3 ° que, quando consistam em emprestimos sobre colheitas ou sôbre generos nos armazens dos agricultores, estes creditos gozarão de privilegio creditorio nos termos do art 880.° do codigo civil e antes dos creditos mencionados nos numeros 1 ° a 5 ° dêste artigo. Veja-se tambem o contrato entre o Estado e o Banco nacional ultramarino, clausula 58 ª alinea K].

(2) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 1 de julho de 1908, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. 22.°, pag. 131.

privilégio mobiliário Pode, como veremos, o credor que tem privilégio sôbre os frutos registar o seu crédito no prédio Neste caso terá a preferência que lhe resulta da hipoteca sôbre o produto da venda do prédio e não privilégio, o qual só recaira sôbre os frutos.

O privilégio recai sôbre os frutos existentes ao tempo em que se faz a liquidação e se exerce o direito do credor privilegiado, tanto nos que estiverem pendentes como nos que estiverem recolhidos e cuja proveniência possa determinar-se, garantindo-se por eles só os créditos a que o art 880.° se refere Assim, em relação aos foros, censos e quinhões só são privilegiados os dos dois últimos anos e os do corrente, isto é, os do ano em que se faz, pela penhora, a apreensão dos frutos, em relação aos créditos por sementes e por empréstimos para grangeios, só os do último ano ou só os do corrente, em relação às dívidas por jornais de operários, as dos últimos três meses, fixando-se êste prazo pelo dia em que se faz a penhora (1)

É pela penhora que os bens se apreendem para garantia da execução, e é a ela que portanto devemos atender para determinar os direitos dos credores privilegiados em relação aos outros credores, visto que esses direitos se tornam efectivos sôbre o produto dos bens em que recaem ao tempo da execução e o primeiro acto que importa execução é a penhora.

Pode a penhora ser feita numa execução movida por credor que não tenha privilégio Neste caso, o credor privilegiado tornará efectivo o seu direito no concurso de credores, o qual prevalecerá sôbre o do credor hipotecário. É assim que os frutos ou rendimentos dos bens penhorados que sejam recebidos pelo depositário antes da arrematação e se arrecadem por conta da execução (cód de proc civ., artt. 824 °, 827 ° e 828.°)

(1) Quando, pela falência do devedor, se liquide o seu patrimonio, tera de se atender, pelo que respeita as obrigações em que o devedor se tenha constituido, ao momento em que se declara a falência, para verificar as que gozam de privilegio Declarada a falência, procede-se a liquidação do activo para pagamento aos credores, não podendo estes proceder contra o devedor.

são garantia dos privilégios que sôbre eles recaem, e que, depois de penhorado um prédio pelo credor hipotecário, pode o credor, que tenha privilégio sôbre os frutos dêsse prédio, penhorar esses frutos, tornando assim efectivo o seu direito, que a penhora do prédio não pode prejudicar.

Constituido o privilégio, a arrematação do prédio também não o prejudica, ficando o credor com direito a pagar-se pelos frutos contra o arrematante, quando eles ainda se achem pendentes ao tempo da arrematação (art. 1021.°) (1)

Em relação aos créditos que se vencem periòdicamente, os que se vençam depois de se haver fixado o direito do credor privilegiado pela penhora ficam tendo privilégio sôbre os frutos que o prédio produza posteriormente, os quais podem ser sucessivamente penhorados antes da arrematação, se entre esta e a penhora houver um largo decurso de tempo Em nosso parecer, se o credor privilegiado ao tempo em que se abre o concurso de credores ainda não tem o direito de exigir, por não estar vencido, o crédito por foros, censos ou quinhões relativo ao ano que estava correndo ao tempo em que se fez a penhora, não deveria tornar efectivo êsse crédito, pois que êste não pode considerar-se constituido nos frutos que se liquidaram, e o credor privilegiado irá prejudicar os direitos dos outros credores. Como a lei dá privilégio, porém, ao do *ano corrente*, sem fazer distinção, poderá sustentar-se que o credor privilegiado deve ser pago, embora o crédito não esteja vencido.

Fixando para os privilégios do art 880.° um prazo que não corresponde ao da prescrição dos respectivos créditos, teve o legislador em consideração os direitos dos outros credores, que não deviam ser prejudicados pela negligência do credor privilegiado.

Quando os frutos hajam sido vendidos, não poderá o credor exercer sôbre eles o seu privilégio, excepto se ainda não houverem sido pagos, pois neste caso entendemos que pode

(1) Veja-se uma bem elaborada sentença do juiz Ribeiro Pinto de 22 de fevereiro de 1890, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 23.°, pag 93

exercer o seu privilégio sôbre o crédito É assim que no decreto de 28 de março de 1895 se declara que os frutos das propriedades rústicas só poderão ser penhorados quando pertençam ao devedor, e que a penhora pode ser feita no seu preço em poder do comprador, se já estiverem vendidos (1). Desde que o privilégio se torna efectivo sôbre o valor das cousas em que recai, afigura-se-nos que, existindo o preço ao tempo em que o privilégio se torna efectivo e de forma que se não confunda com os outros bens existentes no património do devedor, o privilégio deve subsistir nesse preço.

134. *Privilégios mobiliários especiais da segunda classe.* A segunda classe de privilégios mobiliários especiais é a que incide sôbre a renda dos prédios urbanos, gozando dêste privilégio (art 881 °)·

1 ° O crédito por dívida de foros, censos e quinhões, relativo aos dois últimos anos e ao corrente, quando os respectivos ónus estejam registados (art. 881 ° n.° 1 ° e § único);

2 ° O crédito por prémio de seguro, relativo ao último ano e ao corrente (art 881 ° n ° 2 °)

A renda dos prédios urbanos representa um crédito e é sôbre êste que o privilégio se torna efectivo. Se a renda já tiver sido paga e se houver confundido com os outros bens do devedor, o privilégio deixa de existir

Os créditos provenientes de despesas de conservação feitas nos prédios, compreendendo os créditos de materiais para êsse fim e os salários dos operários, são privilegiados pelo n ° 2.° do art. 887 °

135. *Privilégios mobiliários especiais da terceira classe.* Os privilégios mobiliários especiais que constituem a terceira classe são os seguintes (art 882.°).

1.° O crédito por despesas de recovagem, barcagem ou alquilaria, no valor dos objectos transportados, emquanto

[1 No cod. das execuções fiscais não ha disposição expressa sobre o assunto correspondente ao art. 21.° § 3 ° do decr de 28 de março de 1895 citado, alias, apenas exemplificativamente]

esses objectos não sairem do poder de quem os transportou (art. 882 ° n ° 1 ° e § 1 ° e cód com , art 391.° e § 1.°) Sendo muitos os transportadores, o último exercerá o direito de privilégio por todos os outros (cód. com , art. 391 ° § 2.°);

2.° O crédito por despesas de pousada, ou albergaria, no valor das alfaias ou objectos de uso pessoal que o devedor tiver na pousada, emquanto os objectos não sairem desta (art. 882 ° n ° 2 ° § 2.°)

Estes privilégios deveriam, como já notámos, considerar-se um penhor legal, visto que o credor tem não só o direito de preferência emquanto detiver os objectos em seu poder, mas o direito de os reter até que seja pago, atribuindo-lhe a lei expressamente o direito de retenção relativamente às despesas de recovagem ou barcagem (art 1414.°), e depreendendo-se que o albergueiro também tem êsse direito não só da disposição consignada no art 882 ° § 2 °, mas dos artt 1420.°, 1423.° e 1450 ° § único (1) O transportador, quando o transporte é mercantil, pode ate, se lhe não convier reter os objectos transportados até que o destinatário cumpra aquilo a que é obrigado, requerer o depósito e a venda de tantos dos objectos transportados quantos os que forem necessários para o seu pagamento, sendo a venda feita por intermédio do corretor ou judicialmente (cód. com , art 390 ° §§ 3 ° e 4.°) Ora êste direito só pode explicar-se pelo penhor, que se entende legalmente constituido pelo contrato de transporte Nestes casos existe, ao lado do privilégio e para a efectividade dêste, um direito real, e, como êste direito consiste em o credor reter a cousa e consequentemente se manter na posse dela para ser pago pelo seu valor de preferência aos outros credores, tal

(1) No regulamento policial do distrito de Lisboa de 5 de maio de 1911 determina-se (art 8 °) que nenhum hospede podera retirar as suas bagagens sem que tenha pago ou garantido ao seu hospedeiro qualquer importância que lhe deva de hospedagem, assim como nenhum hospedeiro, logo que seja paga ou garantida a hospedagem, podera reter, sob qualquer pretexto, objecto ou valor pertencente ao hospede ou de que êste seja responsavel.

O dr Carneiro Pacheco no seu interessante trabalho *Do direito de retenção na legislação portuguesa* sustenta que o albergueiro não tem o direito de retenção. Quando tratarmos deste direito, criticaremos a sua doutrina.

direito não pode deixar de considerar-se como sendo o de penhor. Em concorrência com o credor pignoratício, concorrência que pode dar-se no transporte, pois que as cousas transportadas podem ser penhoradas ainda em poder do transportador mediante a guia de transporte, o privilégio do transportador dar-lhe há preferência sôbre o credor pignoratício

3.° O crédito pelo preço de quaisquer móveis ou máquinas, ou pelo custo do concerto tanto daqueles como destas, no valor dos mesmos móveis ou máquinas, emquanto os móveis ou máquinas comprados ou concertados não sairem da mão do devedor (art 882 ° n.° 3 ° § 3 °)

Aproximando esta disposição dos artt. 1574.° e 1407 °, vê-se que o vendedor não é obrigado a entregar, salva convenção em contrário, a qual existe se fôr fixado têrmo para o pagamento do preço e não o fôr para a entrega da cousa, o móvel ou máquina emquanto não receber o preço, podendo, quando êste não seja entregue, considerar-se desobrigado, ou exigir que a outra parte seja compelida a cumprir o contrato, ou a indemnizá-lo de perdas e danos (art 709 °); que o empreiteiro de qualquer obra mobiliária tem o direito de retenção emquanto não fôr pago do preço, e que, pelo § 3 ° do art. 882 °, tanto o vendedor como o empreiteiro gozam do privilégio, emquanto os móveis ou máquinas comprados ou concertados não tenham saido da mão do devedor. O privilégio existe, pois, desde que as cousas vendidas ou concertadas sejam entregues ao adquirente ou proprietário, e subsiste, sem limitação de tempo, emquanto essas cousas não sairem do poder do devedor No caso em que as cousas vendidas ou concertadas não hajam ainda sido entregues ao devedor pelo vendedor ou empreiteiro, tem aquele a *exceptio non adimpleti contractus,* e, quando quiser compelir o comprador ao cumprimento da obrigação, o direito de reter a cousa até o pagamento, facultando-lhe até o código comercial a venda dela (art 474.°) (1), o empreiteiro tem o

(1) Veja-se sôbre êste artigo a *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. 20.°, pag. 297 e vol. 21 °, pag. 489.

direito de retenção. Quando o vendedor se obrigou a entregar a cousa vendida antes de lhe ser pago o preço, considerar-se há exonerado de tal obrigação se o comprador falir antes da entrega, salvo prestando-se caução ao respectivo pagamento (cód. com., art 468 °). Esta disposição, que é uma ilação do principio consignado no art. 741 °, em virtude do qual os créditos se consideram vencidos desde que se verifique judicialmente a insolvência do devedor, funda-se em que, sendo o preço a causa da obrigação da entrega da cousa, cuja propriedade pertence aliás ao adquirente, não pode exigir-se o cumprimento desta obrigação, sem que aquela seja também cumprida. Neste caso o vendedor não tem apenas o privilégio, tem também a *exceptio non adimpleti contractus,* a qual é uma garantia mais eficaz que a do privilégio, em que o vendedor podia ser preterido por outros credores com privilégio superior ao dele, ao passo que tal preferência se não dá, como veremos, quando êle tenha o direito de reter a cousa. A caução, por que se garante o preço, mantem o vendedor na mesma situação, pois que êle se pagará pela caução de preferência a todos os credores (1).

Os direitos a que acabamos de nos referir existem independentemente do privilégio; podem tornar-se efectivos, independentemente da liquidação das cousas vendidas ou concertadas, sôbre a própria cousa, e o credor exercerá assim o seu direito contra quaisquer terceiros para quem as cousas hajam sido transmitidas

Quando as cousas hajam sido entregues ao devedor, o credor privilegiado não poderá exercer o seu direito contra as pessoas para quem elas hajam sido transmitidas. e não terá o direito de preferência sôbre o credor pignoratício, visto que, no valor correspondente ao crédito garantido pelo penhor, a cousa considera-se como tendo saido do poder do devedor,

(1) Veja-se a *Revista de direito comercial,* vol 2 °, pagg. 66, 257 e 289 em que se afirma que o vendedor so tem o direito de se pagar pelo que lhe pertencer no rateio dos credores, e a critica que a tal doutrina, completamente indefensavel, se fez na *Gazeta da Associação dos Advogados,* vol. 5 °, pag. 230

deixando assim de haver o privilégio sôbre ela Quando as cousas não hajam sido transmitidas, mas tenham sido transformadas ou imobilizadas em poder do devedor, para que o privilégio subsista é necessário, no primeiro caso, que as cousas em que se aplicaram os moveis vendidos ou que foram fabricadas com estes possam ser devidamente identificadas, e, no segundo, que a imobilização o seja só por destino e não pela encorporação no prédio. Em qualquer outro caso o privilégio cessa, pelo facto de a cousa se confundir com outros bens no património do devedor. Quando a cousa tenha sido vendida, mas não haja sido paga, afigura-se-nos, atendendo à natureza do privilégio, que êste se poderá efectivar sôbre o preço.

4.º O crédito por dívida de renda ou de danificação causada pelo locatário, ou proveniente de qualquer encargo declarado em arrendamento de prédio urbano, relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos móveis existentes no mesmo prédio, emquanto dêste não saírem (art 882.º n.º 4.º § 4.º) Quando se provar que quaisquer deteriorações foram ocasionadas de propósito e má fé pelo inquilino, o senhorio gozará, até ser indemnizado devidamente, do privilégio mobiliário sôbre os móveis que o inquilino tiver no seu prédio, nos termos do artigo citado, não so emquanto os móveis aí se conservarem, mas durante os três meses seguintes à sua saída do prédio (dec de 12 de novembro de 1910, art 8.º § único) (1).

Em face desta disposição parece que, se as deteriorações forem causadas em virtude de mera culpa ou negligência, o senhorio não conserva o privilégio desde que os móveis

[1 O decr n.º 5411, de 17 de abril de 1919, que revogou o decr de 12 de novembro de 1910 e o n.º 4.º e § 4.º do art 882.º (art. 120.º), dispõe que «o senhorio goza, pelo credito de rendas ou de indemnização devida por motivo de falta de cumprimento do contrato, de privilegio mobiliario especial sôbre os moveis que no poder do arrendatario servem para o uso ou habitação do predio arrendado, e por êle não tenham sido achados, furtados ou ressalvados no contrato de arrendamento», «êste privilegio, que tomara o quarto lugar no art. 882.º, subsiste ainda durante os três meses seguintes a sua saida do predio sem autorização do senhorio e embora passem para o dominio ou posse de terceira pessoa» (art. 26.º e § unico)]

saiam da casa, do mesmo modo que o não conserva pela renda da casa

Não será fácil determinar o motivo da distinção que a lei faz entre deteriorações causadas *de propósito e má fé*, expressão incorrecta por que se pretende significar a danificação no prédio causada intencionalmente, e as deteriorações imputáveis ao arrendatário em virtude de culpa ou negligência por parte dêste, quer seja êle o autor do facto danoso, quer o sejam pessoas que estejam na dependência dele. Por ódio ao arrendatário não pode tal distinção justificar-se, porque não é êle mas são os outros credores do arrendatário que são prejudicados pelo privilégio

Há graves divergências sôbre o fundamento do privilégio que ao senhorio é atribuido sôbre os móveis do prédio urbano arrendado para pagamento da renda e da indemnização pelas danificações feitas no prédio Há quem veja nesse privilégio um penhor, outros consideram-no uma hipoteca; outros justificam-no pelo direito de retenção, e, finalmente, sustentam alguns jurisconsultos que é pela relação que há entre os móveis que tornam o prédio habitável e o gôzo do mesmo prédio que se justifica o privilégio que sôbre o valor daqueles é dado ao senhorio, o qual não tem a natureza dum direito real

Esta questão não é meramente teórica, visto que, para resolver as dúvidas que há sôbre as cousas que estão compreendidas na palavra *móveis*, deve atender-se à solução que ela tiver

Afigura-se-nos que, ao contrário do que sucede com os privilégios especificados nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo que estamos analisando, o privilégio concedido ao senhorio de prédios urbanos não pode explicar-se pelo penhor, nem pelo direito de retenção, porque ambos estes direitos pressupõem a posse da cousa, e tal posse não se dá, visto que não é o senhorio mas o arrendatário quem, em virtude do arrendamento, está na posse do prédio Acresce que o arrendatário não fica inibido de dispor dos móveis que existem no prédio e a garantia cessa logo que eles saiam do prédio

Também nos parece que não há hipoteca. Esta representa um direito real constituido na cousa que a acompanha em

poder de qualquer possuidor e em virtude do qual se dá o direito de preferência. Ora, até na hipótese em que o senhorio tenha o direito de tornar o seu privilégio efectivo depois que os móveis saiam do prédio, não se pode vêr no privilégio um direito real O privilégio fica sendo uma qualidade do crédito, e só se torna efectivo no momento em que êste se exerce, estando a êsse tempo os bens sôbre que êle recai no património do devedor.

Pronunciamo-nos, pois, por que se deve vêr a razão do privilégio de que estamos tratando na relação que, para a habitação do prédio ou para o gôzo dêste para qualquer outro fim, se estabelece entre o prédio e os móveis

Vejamos agora sôbre que móveis recai o privilégio.

Baseando-se em que a lei não faz distinção relativamente aos móveis existentes no prédio, tem-se julgado (1) que o privilégio se aplica tanto aos móveis pertencentes ao arrendatário como a terceiro. Em favor desta doutrina, argumenta-se ainda com o facto de· 1) ser assim interpretado o art 2102.° n.° 1.° do código civil francês (2), fonte daquele artigo, 2) de o código, falando dos privilégios mobiliários especiais, omitir as palavras *do devedor*, que aliás empregou na noção de privilégios mobiliários gerais; 3) de se haverem suprimido as palavras *do arrendatário*, que se liam no Projecto primitivo (art. 1044.° n.° 9.°), 4) e de, se se adoptasse doutrina contrária, se poder sofismar o privilégio creditório e iludir a boa fé do senhorio, sendo que em geral ao locatário pertence a propriedade dos móveis existentes na sua casa

O Dr. Dias Ferreira sustenta doutrina contrária, fundando-se em que só o arrendatário é devedor e em que o proprietário dos móveis pode embargar de terceiro (artt. 617.° e 922.° § único do cód. de proc. civil), salvo disposição expressa em contrário. Em favor desta doutrina tem-se argumentado tam-

(1) Veja-se o acordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 7.° ano, pag 171, e da Relação do Porto, de 6 de dezembro de 1871, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 5.°, pag. 382.

(2) Veja-se Planiol, *obr. cit*, tomo 2.°, pag 744

bém com a nossa antiga legislação (lei de 20 de junho de 1774, § 38.°, alvará de 24 de julho de 1793, § 2.° e cód comercial de 1833, art. 1242.°), segundo a qual só os móveis do arrendatário eram hipoteca tácita do aluguer da casa (1), e, contra o argumento deduzido de que o art. 882.° n.° 4.° não faz distinção nos móveis existentes no prédio, pondera-se que tal distinção era desnecessária, pois que no artigo referido se trata de crédito do senhorio e de dívida do locatário, não podendo o código estabelecer um privilégio sôbre móveis alheios sem ofender o direito de propriedade.

Parece-nos que a primeira opinião é a que está mais em harmonia com a letra da lei, pelo menos em relação aos móveis que tenham sido alienados pelo locatário emquanto estiverem no prédio, e, quanto a estes, a disposição da lei afigura-se-nos razoável, para evitar fraudes

Quando, porém, o senhorio tenha conhecimento de que alguns móveis existentes na casa não pertencem ao arrendatário, sendo-lhe isso comunicado pela pessoa que os emprestou ou pelo próprio locatário, entendemos que não tem privilégio sôbre eles, e que não goza também dêste privilégio relativamente a móveis que só acidentalmente se encontrem na casa ou que tenham sido furtados pelo inquilino. Nestes casos não pode haver fraudes, nem se ilude a boa fé do proprietário, e a doutrina contrária seria uma revoltante injustiça

Também se tem discutido qual seja a significação da palavra *móveis* do n.° 4.° do art. 882.°. Assim, ha quem sustente que compreende não só a mobília, utensílios e alfaias, mas também as mercadorias e géneros (2), ao passo que outros afirmam que não compreende as mercadorias, tendo a referida expressão a significação que lhe é dada no art 378.° (3) Sendo de estranhar o pouco rigor que houve da parte do

(1) Veja-se Lobão, *Casas*, § 309.°

(2) Acordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de novembro de 1890, no *Boletim dos Tribunais*, 6.° ano, pag 116 e da Relação do Pôrto de 20 de novembro de 1891, na *Revista dos Tribunais*, vol 14.°, pag 118

(3) Acordão da Relação do Porto, de 5 de novembro de 1889, na *Revista dos Tribunais*, vol. 12.°, pag 61

legislador, usando no mesmo artigo das expressões *móveis ou máquinas, móveis ou mercadorias* e *móveis*, quando esta palavra abrange todos os móveis por natureza e portanto as *máquinas* e *mercadorias*, afigura-se-nos que a palavra *móveis* tem no n.° 4 ° a significação restrita que lhe é atribuída no art. 378 °, e não a significação ampla que lhe é dada no art 377 ° § único.

Sendo pela relação que há entre o prédio e os móveis que se estabelece o privilégio sôbre estes, segue-se que o legislador devia ter especialmente em vista os móveis que servem para o uso ou habitação do prédio. Ficarão assim excluídos não só os títulos de crédito e o dinheiro, mas ainda as cousas que não estejam na casa para uso do prédio mas para outros fins, não havendo entre essas cousas e o prédio relação alguma que justifique o privilégio

As mercadorias ou cousas destinadas para revenda não estarão portanto compreendidas no privilégio

O senhorio tem privilégio pelos créditos do último ano e do corrente, fixando-se êste, do mesmo modo que no privilégio sôbre os frutos e sôbre as rendas dos prédios urbanos, pela penhora dos móveis Em relação à indemnização de deteriorações causadas no prédio é necessário, pois, para que o proprietário exerça o privilégio, que alegue que foram causadas no último ano ou no corrente Quanto às rendas, sejam quais forem, pelo contrato, pelo costume da terra ou por disposição da lei, as épocas em que se vençam, o senhorio terá privilégio para as que se tenham vencido no ano anterior e, para as já vencidas ou que se vençam no ano corrente, até ao momento em que o contrato de arrendamento se deva considerar subsistente.

5 ° O crédito proveniente de prémio de seguro de móveis ou mercadorias, relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos objectos segurados, emquanto os móveis ou mercadorias não passarem ao poder de terceiro (art 882 ° n ° 5 ° § 5 °).

No § 6.° dêste artigo preceitua-se «Não é, porém, aplicável o que dispõe o parágrafo antecedente, se se provar que na saída dos referidos objectos houve dolo não só do devedor, mas também das pessoas para quem tais objectos sucessivamente forem alheados, tendo-o sido por título oneroso»

Se os objectos forem alheados a título gratuito, não se aplicará portanto o disposto no § 5.° do art 882.°, tenha ou não havido dolo por parte do devedor e de terceiro

É esta a doutrina que resulta do confronto dos artt. 84.° § único n ° 5.°, e 85.° § único da lei de 1 de julho de 1863 (1) com o § 6 ° do art. 882.°.

As disposições referidas da lei de 1 de julho de 1863 não faziam distinção entre alienações a título oneroso e gratuito, exigindo-se sempre o dolo para que subsistisse o privilégio nos objectos alienados A Comissão revisora introduziu nessas disposições, em sessão de 8 de fevereiro de 1865, a alteração referida, parecendo querer significar assim que sôbre os objectos segurados continua o privilégio, embora não hajam sido alienados fraudulentamente, quando essa alienação tenha lugar a título gratuito.

Na mesma sessão da Comissão revisora foi também alterada a citada disposição do art. 84.° § único n.° 5.° da lei de 1863, referindo-a só à hipótese especificada no n.° 5.° do art 882 °, quando, pela lei de 1863, se aplicava a todos os privilégios especificados no art. 84 °, que são, com leves alterações de redacção, os mesmos que foram consignados no art 882 ° A-pesar-desta alteração, entende o Dr. Dias Ferreira que a disposição consignada no § 6.° do art. 882.° é aplicável tanto à espécie do § 5 ° «como às hipóteses de todos os outros quatro parágrafos, senão em virtude do referido § 6.°, ao menos pelas disposições dos outros parágrafos, pela determinação das regras gerais de direito, e pela disposição do n ° 4 ° do art 1026 °»

---

(1) Essas disposições são as seguintes

Art. 84.° § unico. O do n.° 5.° (credito proveniente de premio de seguro), quando os moveis ou mercadorias passarem ao poder de terceiro, salvo porem o caso, nas diferentes hipoteses deste paragrafo (as mesmas dos §§ 1.° a 5 ° do art. 882.° do cod., com leves alterações), de se provar que houve dolo na saida dos objectos referidos

Art 85.° § único. Para que possa ter lugar o privilegio de que trata o n ° 1 ° (o mesmo do art. 883 °) e necessario que os objectos se conservem em poder do devedor, ou que não tenham saido com dolo ou fraude em prejuizo do credor

Esta doutrina é inaceitável em toda a sua amplitude, pois não pode aplicar-se aos privilégios especificados nos n.os 1.° e 2.° visto que o direito de retenção torna êsses privilégios efectivos contra quaisquer adquirentes, nem aos do n.° 4.°, se os objectos alienados, embora o tenham sido a título oneroso, estiverem no prédio, caso em que, segundo a nossa opinião, o credor pela dívida de renda ou de danificação causada pelo locatário continua a ter privilégio sôbre eles, independentemente da acção rescisória Quanto à hipótese do § 3.°, parece-nos que têm de se observar os princípios de direito relativos aos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiro. Quando haja, em virtude da doação, prejuízo para o credor privilegiado, êste poderá rescindir a doação, e, dada a rescisão, as cousas doadas voltarão para o património do devedor, tornando êste efectivo o seu direito sôbre elas

O dolo ou fraude que pode dar-se nas alienações a título oneroso consiste na consciência por parte do adquirente e do devedor de que são por êsse meio prejudicados os credores, e, quando haja algum credor privilegiado, em ser prejudicado especialmente êsse credor.

Como vimos, em princípio o credor privilegiado só exerce o seu direito no momento em que se executam os bens sôbre que êle recai; mas êsse direito não pode invalidar-se por qualquer fraude do devedor ou de terceiros, tendo o credor privilegiado o direito de anular os respectivos actos e fazer por êsse meio reverter ao património do devedor os bens por êste alheados. É, portanto, uma mera aplicação dos princípios gerais a disposição consignada no art 882 ° § 6.° (1)

136. *Privilégios mobiliários especiais da quarta classe.* Os privilégios que formam a quarta classe são os seguintes (art. 883 °):

1 ° O crédito pelo preço de matérias primas no valor dos produtos fabricados, posto que não sejam os mesmos que se

[1 Veja-se o decr. n ° 1652, de 15 de junho de 1915, art. 13 ° e o decr. n.° 1121, de 2 de dezembro de 1914, art. 8 °]

fabricaram com as matérias primas não pagas, contanto-que sejam do mesmo género daqueles que com tais matérias se podem produzir. Para que possa ter lugar êste privilégio, que se extingue se não fôr aplicado dentro de um ano (art. 883.° § 2.°) desde a data da venda das matérias primas, é necessário que os objectos se conservem em poder do devedor, ou, não se conservando, que tenham saído com dolo em prejuízo do credor, nos termos do § 6 ° do art. 882 ° (art 883 ° § 1.°), caso em que, como vimos, se pode dar a rescisão do acto praticado em prejuízo do credor, do mesmo modo que se pode dar essa rescisão, sendo a alienação a título gratuito, desde que haja prejuízo para o credor.

A relação que há entre as matérias primas e o produto justifica êste privilégio; a dificuldade que há em determinar em que produtos se aplicaram determinadas matérias e a equivalência do valor destas explicam a disposição que dá privilégio sôbre os produtos que se fabricam com matérias primas do mesmo género

O empreiteiro goza, quando os produtos fabricados estejam em seu poder, do direito de retenção pelo preço das matérias primas, a que pelas disposições referidas é concedido privilégio, quando as matérias primas sejam aplicadas pelo devedor É o que resulta dos artt. 1396.° e 1407.°, e são portanto aplicáveis neste caso as considerações que fizemos acêrca do n.° 3.° do art 882.°.

Quando ao empreiteiro sejam subministrados materiais para a obra, os que venderem esses materiais terão acção contra o dono da obra até à quantia de que êste fôr devedor ao empreiteiro, e, se êle antecipar o pagamento em favor do empreiteiro, terão acção contra o dono da obra pelo que êste dever àquele, até à quantia cujo pagamento antecipou (art 1405 °). Este direito representa um privilégio sôbre o crédito do empreiteiro (1)

(1) Veja-se para os creditos provenientes de materiais, expropriações e salarios de operarios nas empreitadas públicas, a portaria de 20 de fevereiro de 1889, n.os 6.° a 11.°, e o ac da Rel de Lisboa de 12 de março de 1907, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 21.°, pag. 334

2.° O crédito por salário de operários fabris, relativo aos últimos três meses, no valor dos produtos por eles fabricados.

Este privilégio, em que não só se teve em consideração a relação entre o produto e o trabalho nele consumido mas a especial protecção que o Estado deve a quem só vive do seu trabalho, dá-se em favor de quaisquer operários de artes mecânicas ou manufactureiras. Quando esses operários trabalhem em empreitadas e não tenham privilégio sôbre o produto fabricado por êste não pertencer ao empreiteiro, têm-no sôbre o crédito dêste pela empreitada (art 1405 °)

3 ° O crédito pelo prémio do seguro, relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos produtos segurados.

137. *Privilégios mobiliários gerais.* Gozam de privilégio geral sôbre os móveis (art 884.°).

1 ° O crédito por despesas do funeral do devedor, conforme a sua condição e o costume da terra. «As despesas com o funeral, diz o Dr. Dias Ferreira, abrangem as despesas de mortalha, caixão e condução até ao jazigo, e outras acessórias que estiverem em relação com o nascimento, categoria e fortuna do defunto, conforme a condição da pessoa, uso da terra e rito da sua religião, que tanto podem ser reguladas pelo testamenteiro conforme o costume da terra, como determinadas por disposição de última vontade». Nessas despesas compreendiam-se as feitas com os sufrágios respectivos (art. 1899.° n.° 1.°). Segundo o decr de 20 de abril de 1911, que separou o Estado das Igrejas, são inexegíveis em juízo, salvas as restrições nele feitas, os encargos de funerais, enterramentos, ofícios nocturnos, exéquias e bens de alma e quaisquer outros sufrágios, e estes sufrágios só poderão celebrar-se, sob pena de desobediência, tendo sido ordenados ou autorizados expressamente em escritura pública ou em testamento, ou reclamando-os o viúvo ou os herdeiros do falecido em documento escrito e assinado por eles ou a seu rôgo e devidamente reconhecido (artt 156.° e 159.°).

Os créditos por sufrágios são neste caso exigíveis em juízo, se estiverem dentro dos limites fixados no art. 157 ° do citado decreto, mas esses créditos, embora respeitem a sufrágios que entrem no funeral, não são, a nosso vêr, privilegiados.

2 No privilégio, que é determinado por sentimentos de piedade para com o defunto e por exigências da higiene pública, só entram a nosso vêr, as despesas que sejam necessárias para a inumação do cadáver que deve ser feita em harmonia com os costumes da terra e a condição social do falecido. Quando êste, o testamenteiro, parentes ou os herdeiros determinem despesas que não estejam dentro dos limites assim fixados objectiva e subjectivamente, os créditos provenientes dessas despesas não poderão considerar-se privilegiados, dando-se a responsabilidade pessoal de quem as tenha ordenado para com os respectivos credores, quanto ao excesso do que se dispendeu sôbre o que efectivamente se devia dispender, se o falecido estivesse insolvente

No nosso código apenas se declaram privilegiados os créditos pelas despesas do funeral do devedor, não havendo nele disposição expressa quanto aos créditos por despesas de funeral a que uma pessoa seja obrigada em virtude de relações que haja entre ela e o falecido Assim, sendo êste um filho menor e não tendo bens, são os pais, que têm obrigação de o alimentar, que devem fazer-lhe o funeral; mas o crédito pelas despesas do funeral considerar-se ha privilegiado? Como as despesas com o funeral devem considerar-se abrangidas na obrigação de prestar alimentos, depende da interpretação que se der ao n ° 4.° do art 884.° a resposta à pergunta que formulamos, mas êste número está redigido de modo que dificilmente se poderá sustentar a afirmativa.

2.° O crédito por despesas feitas com o luto da viúva e dos filhos do falecido, conforme a sua condição Anotando êste número, diz o Dr. Dias Ferreira. «Não são pagas pela herança do marido, como alguns pretendem, as despesas com o luto da viúva, qualquer que fôsse o regimen matrimonial, visto recairem os privilégios creditórios gerais sôbre os móveis do *devedor*, que no presente caso é a herança, e não ser o luto da viúva encargo da herança, a-pesar-da redacção dúbia do n ° 2 ° do artigo» Afigura-se-nos que estas palavras não exprimem o pensamento do legislador, o qual previu na citada

disposição a hipótese duma comunidade familiar em que a viúva e os filhos não tenham bens separados, havendo apenas um património comum pelo qual hão de ser pagas as dívidas da herança. Ora é nesta hipótese que, como aliás é justo, se consideram privilegiados os créditos pelas despesas com o luto da viúva e dos filhos, sendo indiferente que estes sejam menores ou maiores, desde que não tenham bens próprios.

3.° O crédito por despesas com facultativos e remédios para doença do devedor, relativo aos últimos seis meses. Êste prazo refere-se não ao tempo em que o devedor morreu, mas ao tempo em que foram prestados os serviços clínicos, ou fornecidos os remédios, relativamente à efectivação do crédito.

Pelo facto de se seguir o privilégio, de que estamos tratando, a dois cujos créditos são determinados pela morte do devedor, houve quem entendesse que os últimos seis meses eram os da vida do devedor, e portanto que o n.° 3.° só considerava privilegiados os créditos a que se refere pela *última* doença do devedor.

A alteração que a Comissão revisora introduziu no n.° 3.° do art. 86.° da lei de 1 de julho de 1863, que se referia à *última doença do devedor*, é suficiente para nos evidenciar que foi intuito seu considerar privilegiados os créditos por despesas com facultativos e remédios para qualquer doença do devedor. E nem há motivo ponderoso para só conceder o privilégio no caso de última doença, como aliás o fez o código civil francês (art. 2101.°), já revogado nessa parte, e o fazem outros códigos modernos.

Este privilégio funda-se em considerações de carácter humanitário, tendo por fim garantir a qualquer indivíduo, embora esteja insolvente, os meios necessários para a sua existência, pela certeza que terá quem lhos ministre de que é pago. Ora, sendo assim, não pode argumentar-se com a garantia que o devedor, vivendo, pode dar pela sua actividade aos credores, para neste caso privar quem o tenha socorrido do privilégio, pois que essa garantia terá sempre um carácter mais ou menos precário.

O privilégio torna-se efectivo no momento em que, por morte do devedor, se procede a inventário, ou se executam os bens do devedor, e é pela data da morte ou da penhora que hão de determinar-se os seis meses. Para êste efeito, é indiferente que se trate duma doença aguda ou crónica; do privilégio só gozam os créditos pelos serviços clínicos ou farmacêuticos dos últimos seis meses.

4.° O crédito para sustento do devedor e daquelas pessoas de sua família, a quem tinha o dever de alimentar, relativo aos últimos seis meses. A palavra *sustento* parece referir-se apenas às despesas de alimentação pròpriamente dita, como resulta da noção de *alimentos* dada no art. 171.°; mas seria sem razão que se não considerariam privilegiados os créditos por despesas para vestuário, sendo certo que êste entra nos alimentos considerados em geral (art. 171.°) e que o vestuário é necessário, do mesmo modo que os alimentos, para a vida das pessoas e portanto para que estas se possam *sustentar* ou conservar-se.

Este privilégio fixa-se no momento em que o devedor falece ou em que são penhorados os bens sôbre que o privilégio recai. Ora no caso de o privilégio se tornar efectivo pela morte do devedor, o património dêste responde ainda, e consideram-se privilegiados os respectivos créditos, pelas despesas feitas com o luto da viúva e dos filhos, e inexplicável seria que não fôssem privilegiados os créditos pelas despesas de vestuário feitas com eles emquanto o devedor era vivo.

Parece-nos que a palavra *sustento* poderá significar aqui o mesmo que *mantença* (art. 1247.° § 2.°), compreendendo tudo o que é indispensável à vida, exceptuando a habitação, pois que para a renda de casas se estabelece privilégio mobiliário especial.

Tomada a referida palavra neste sentido, compreender-se há nela também o tratamento nas doenças, e teremos assim que os créditos por despesas com facultativos e com remédios para pessoas a quem o devedor tenha obrigação de alimentar se devem considerar privilegiados. Nem pode argumentar-se contra esta doutrina, dizendo que o *sustento* para estas pessoas é o mesmo que para o devedor, e que no sustento do devedor se não compreende o tratamento nas doenças. O facto de se considerar êste tratamento em sepa-

rado para o devedor, não significa que êle não esteja compreendido na obrigação de alimentos, e, se a lei considera privilegiado o crédito por salários ou ordenados devidos a mestres de sciências ou artes que hajam ensinado os filhos do devedor ou as pessoas a quem êste tem o dever de dar educação, com mais razão deve considerar-se privilegiado o crédito pelas despesas com o tratamento nas doenças

O crédito pelas despesas com a amamentação duma criança, quando a ama não viva em companhia dos pais dela, é privilegiado em virtude da disposição que temos analisado.

5.° O crédito proveniente de ordenados, salários e soldadas de criados e outros familiares, relativo a um ano

De várias disposições do código que temos analisado vê-se que o legislador quis assegurar, considerando-os privilegiados, o pagamento dos créditos provenientes de prestação de serviços, quando dêstes vivam as pessoas que os prestam. Esta disposição é devida à mesma consideração, mas está formulada incorrectamente Falando-se nela em *ordenados*, *salários* e *soldadas de criados* e *outros familiares*, parece que se subordinam os *ordenados* e os *salários* a uma qualidade da pessoa — a de ser *criado* ou *familiar do devedor*, devendo viver na companhia dêste. E assim teremos que os empregados e trabalhadores de sociedades ou companhias não deverão considerar-se privilegiados, como já se julgou (1).

Ora parece-nos que a palavra *criado*, quando a ela se refiram também as palavras *ordenados* e *salários*, não significa só a pessoa que presta serviço doméstico, mas a que presta serviço sob a dependência doutra pessoa, compreendendo assim quaisquer pessoas que recebam ordenados ou salários, quer tenham, segundo a linguagem usual, a categoria de empregados, quer a de trabalhadores ou criados E consideramos assim compreendidos naquela disposição os caixeiros, guarda-livros, empregados e operários de companhias e de sociedades.

Não há razão para se estabelecer distinção a êste respeito, e a interpretação que damos à lei não envolve uma ampliação,

(1) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 30 de maio de 1894, na *Revista de direito comercial*, vol. 2.°, pag 30.

mas a mera determinação do alcance das palavras de que o legislador usou.

Quando os criados ou trabalhadores tenham privilégio especial sôbre determinados móveis, como sucede nos casos dos artt. 880.° n.° 4.° e 883.° n.° 2.°, pagar-se hão de preferência aos outros credores pelo valor dêsses móveis

6.° O crédito proveniente de salários ou ordenados devidos a mestres de sciências ou artes, que hajam ensinado os filhos do devedor, ou as pessoas a quem êste tinha por dever dar educação, relativo aos últimos seis meses

138. *Privilégios por impostos.* Os créditos por impostos à fazenda nacional, exceptuando a contribuição predial, a que se refere o art 887.° n.° 1.°, e a contribuição de registo, gozam de privilégio mobiliario em todas as classes (art. 885.°) (1), e de idêntico privilégio, mas sem prejuízo do Estado, gozam os municípios (cód adm. de 1896, art 78.° e de 1878, art 125.° § único) (2).

Quanto à contribuiçao de registo, o regulamento de 23 de dezembro de 1899 dispunha (art 16.° § único) que sôbre os bens transmitidos, *quaisquer que sejam*, tem a fazenda nacional privilégio *mobiliário* e *imobiliário* para ser paga integralmente da contribuição de registo com preferência a quaisquer créditos, ainda os mais privilegiados, podendo *executar sempre esses bens, posto que tenham passado para o poder de terceiros.* Esta disposição talvez devesse considerar-se contrária à lei, porque o código civil estabelecia para os impostos *privilégio mobiliário geral*, com preferência a todos os outros créditos mobiliários

(1) O Dr. Dias Ferreira afirma que ha privilegios por impostos que podem recair sobre imoveis e moveis, citando os artt 885.° e 887.° n.° 1.°. Parece-nos não ser assim, pois que os impostos especificados neste artigo so devem ter como garantia o predio respectivo, visto que os privilegios imobiliarios são especiais, constituindo portanto êste ultimo artigo quanto a preferencia que o Estado tem pelos impostos a que êle se refere, uma restrição a disposição consignada no art. 885.°. O privilegio pela contribuição de registo e mobiliario e imobiliario, mas o mobiliario não recai sobre todos os moveis do devedor, recai apenas sobre os moveis transmitidos.

[2 Reproduzidos pela lei n.° 621, de 23 de junho de 1916, art. 69.°]

A disposição referida foi, porém, reproduzida nos seguintes termos no decr. de 24 de maio de 1911, art. 6 °: sôbre os bens transmitidos, quaisquer que sejam, tem a fazenda nacional privilégio mobiliário e imobiliário, para ser integralmente paga a contribuição de registo, com preferência a quaisquer créditos, ainda os mais privilegiados, podendo executar esses bens, ainda que tenham passado para o poder de terceiros.

Pela contribuição de registo há, portanto, nos bens transmitidos, privilégio mobiliário e imobiliário, e, quando se trata duma transmissao por título universal, o privilégio recairá sôbre todos os bens, quer sejam mobiliários, quer imobiliários, mas sòmente sôbre os bens transmitidos, não abrangendo portanto o privilégio os bens móveis do herdeiro

Ao privilégio, visto que a fazenda nacional pode tornar efectivos os seus direitos executando os bens, embora estes se achem em poder de terceiros, está inerente um direito real. Este direito não pode deixar de considerar-se como uma hipoteca, havendo assim sôbre bens imóveis uma hipoteca tácita para a contribuição de registo e tendo esta contribuição um privilégio que é juntamente mobiliário e imobiliário, visto que o privilégio recai *sôbre todos os bens transmitidos*.

A fazenda nacional pode tornar efectivo o seu privilégio emquanto não houver prescrito o direito à contribuição, representando assim o privilégio pela contribuição de registo um grande perigo para os adquirentes dos bens a ela sujeitos Em muitos casos será, porém, impossível a identificação dos móveis.

Exceptuando a contribuição de registo e a contribuição predial, para todos os outros impostos se estabelece o privilégio geral sôbre móveis (1)

Atento o fim a que os impostos são destinados, o privilégio da fazenda nacional prefere a todos os outros privilégios,

[1 O regulamento provisorio da lei n.° 1368, de 19 de setembro de 1922, na parte relativa ao imposto sôbre aplicação de capitais, aprovado pelo decr. n.° 8719, de 17 de março de 1923, dispõe que a Fazenda Nacional goza para pagamento do imposto sôbre aplicação de capitais a que se refere a secçao A, de privilegio creditorio especial sôbre o capital que deu origem ao imposto (art 33 °)]

sendo so pagos com preferência a ela os créditos pignoratícios e pelas despesas que se tenham feito com a liquidação dos bens, não tendo os créditos por estas despesas, como veremos, um privilégio pròpriamente dito.

Para os privilégios por impostos que recaem sôbre todos os móveis não há limitação de tempo, dando-se o privilégio emquanto subsistir o crédito do Estado.

189. *Privilégios mobiliários não especificados no código civil* (1). Além dos privilégios mobiliários especiais, que se acham enumerados no código civil, há outros, que são estabelecidos pelo código comercial e por leis especiais.

O mandatário comercial goza dos seguintes privilégios mobiliários especiais (cod. com , art 247.°)

[1 Em aditamento a êste numero o *Autor* escreveu a pagg. 731 e seg. da primeira edição

« No art. 21 ° da lei n.° 83, de 24 de julho de 1913, sobre os acidentes do trabalho preceitua-se que as obrigações contraidas em virtude dessa lei terão, em caso de falência, privilegio especial sôbre todas as outras dividas.

Estabeleceu-se assim um privilegio para os creditos das vitimas dos acidentes de trabalho, pelas indemnizações a que estas tem direito segundo a citada lei, que parece terem preferência sobre todos os outros creditos, tanto mobiliarios como imobiliarios, visto que na lei não se faz distinção alguma

Declara-se na lei que o privilegio e *especial*, mas não se indicam os bens sôbre que recae, relaciona-se êsse privilegio não com os bens que constituem patrimonio do devedor, mas com as dividas dêsse patrimonio, dando-lhe preferencia em relação a todas as outras dividas Nem as dividas por impostos são exceptuadas

Cumpre-nos notar que para as pensões a que os operarios e trabalhadores tem direito, ha garantias especiais estabelecidas nessa lei, artt. 10 °, 11 ° e 12 °, e no decreto n ° 182 ° de 24 de outubro de 1913, artt 7.° e 8 °, que regulamentou algumas disposições da citada lei Para as companhias de seguros e sociedades mutuas que explorarem o ramo acidentes, para quem os patrões e emprêsas industriais hajam transferido as suas responsabilidades, ha as reservas matematicas, que serão integralmente depositadas na Caixa geral de depositos ate 31 de março de cada ano, sendo o seu minimo a importância dos capitais representativos das pensões e indemnizações fixadas na lei Os patrões e emprêsas industriais que não tenham transferido as suas responsabilidades para qualquer companhia de seguros ou sociedade mútua, deverão depositar na Caixa geral de depositos, a ordem do Conselho de seguros, as reservas correspondentes as pensões de que se

1.° Pelos adiantamentos e despesas que houver feito, pelos juros das quantias desembolsadas, e pela sua remuneração, nas mercadorias a êle remetidas de praça diversa para serem vendidas por conta do mandante, e que estiverem à sua disposição em seus armazéns ou em depósito público, e naquelas que provar com a guia de transporte haverem-lhe sido expedidas, e a que tais créditos respeitarem,

2.° Pelo preço das mercadorias compradas por conta do mandante, nas mesmas mercadorias, emquanto se acharem à sua disposição nos seus armazéns ou em depósito público;

---

tenham tornado responsaveis, em virtude de desastres de que resultou a morte ou a incapacidade permanente de trabalhar, podendo êste deposito ser substituido por hipoteca, caução ou fiança, prestadas perante o Conselho de seguros, as quais garantam o pagamento integral das pensões, que neste caso ficara a cargo dos mesmos patrões. O patrão ou emprêsa industrial que cessar a sua industria e que por qualquer dos meios indicados houver garantido o pagamento das pensões e indemnizações, depositara as correspondentes reservas na Caixa geral de depositos, se não preferir transferir as suas responsabilidades para uma companhia de seguros ou sociedade mutua. Quando o patrão ou emprêsa industrial trespassar a sua industria ou formar emprêsa que a substitua, podera garantir da mesma forma as suas responsabilidades, se o novo patrão ou emprêsa não as assumir nos termos da lei O patrão ou emprêsa industrial podera tambem garantir a sua responsabilidade depositando na Caixa geral de depositos titulos de renda, com o usufruto representativo da importância das pensões e indemnizações em vigor, que serão restituidos quando caducarem os encargos a que ficam adstritos

Relacionando-se o art 21.° com estas garantias, haveria sobre os bens dados em reserva ou caução um privilegio especial, pelo qual se garantia o pagamento das obrigações por elas asseguradas de preferência a quaisquer outras, quando esses bens fossem apreendidos para a massa. Dar-se-ia em relação a esses bens o mesmo que em relação ao penhor, art 886.°, considerando-se privilegiado o credito garantido pela reserva ou caução. Quanto a hipoteca, não podem deixar de aplicar-se os principios relativos a esta garantia, dando-se a preferência pela prioridade do registo

O texto do art 21.° não comporta, porem, a nosso ver so esta interpretação, referindo-se a todas as obrigações contraidas e não somente aquelas para que se haja constituido garantia especial.

A palavra *falência* de que no artigo citado se usa, significa, a nosso ver, a liquidação judicial de todos os bens do devedor por motivo de insolvência. Usa-se no mesmo sentido o têrmo *falindo* no codigo civil, e não ha razão

3.° Pelos créditos constantes dos números antecedentes, no preço das mercadorias pertencentes ao mandante, quando estas hajam sido vendidas

O expedidor no contrato de transporte tem privilégio pela importância dos objectos transportados sôbre os instrumentos principais ou acessórios que o condutor empregar no transporte (cód. com., art 392.°)

Sôbre o navio, a carga e o frete há os privilégios especificados nos artt. 578.°, 579.° e 580.° do código comercial. Todos estes privilégios são especiais, e são graduados, uns em rela-

---

alguma que justifique a aplicação exclusiva aos comerciantes do artigo citado»

Vigoram actualmente sôbre acidentes do trabalho os decrs. n.os 5637, de 10 de maio de 1919, e 8971, de 4 de julho de 1923. O art. 21.° da lei n.° 83 passou sem modificação para o decr 5637 (art 25.°); na doutrina dos artt 10.°-12.° da citada lei e 8.° e 9.° do decreto n.° 182, introduziram-se apenas alterações pertinentes a maior amplitude dada ao seguro contra os desastres no trabalho, que ficou abrangendo, pelo art. 1.° do decr. n.° 5637, «todos os riscos profissionais por conta doutro individuo ou entidade nos diversos ramos de actividade intelectual ou material, quer sejam exercidos isoladamente, quer colectivamente», e a organização dos serviços, que passaram para o Instituto dos seguros sociais obrigatorios, criado pelo decr. n.° 5640, de 10 de maio de 1919.

Assim, as reservas matematicas devem ser depositadas por intermedio da Tesouraria do Instituto; por intermedio da mesma Tesouraria devem os patrões e emprêsas que não tenham transferido a sua responsabilidade para qualquer companhia de seguros ou sociedade mutua, efectuar os depositos que são obrigados a fazer e que ficam a ordem do Ministro do Trabalho, presidente do Conselho de administração do Instituto, e e perante êste Conselho que deve ser prestada a hipoteca, caução ou fiança por que os patrões e empresas responsaveis podem substituir aqueles depositos (decrs n.° 5637, artt 31.° e 32.° e n.° 8971, art. 1.° e segg)

Pelos artt 38.° e 39.° do decr. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, a renda de predio urbano, quando não haja antecipação no seu pagamento, pode ser garantida por meio de deposito feito na Caixa geral de depositos pelo modo que o mesmo decreto determina e, no caso de execução para pagamento da renda, sera o senhorio considerado credor privilegiado e, como tal, graduado em primeiro lugar quando haja concurso de credores, em relação a importância do deposito e seus juros]

ção aos outros, pela ordem por que se acham enumerados nos artigos referidos.

A Companhia das águas de Lisboa goza, para pagamento dos seus créditos por fornecimento de águas, do privilégio mobiliário do art. 880.° n.° 2.° (regul. de 30 de outubro de 1880, art 69.°), e a do Pôrto do privilégio mobiliário especial do art 882.° n ° 4.° (decr. de 14 de dezembro de 1900).

Têm privilégio sôbre a caução que os notarios públicos são obrigados a prestar (decr de 14 de setembro de 1900, artt. 23.° e 24 °) os créditos por multas impostas aos notários, pelas perdas e danos causados pelos mesmos no exercício das suas funções e pelas contribuições relativas ao cargo, pelas custas dos processos relativos às multas, contribuições e responsabilidade civil Estes créditos não têm preferência entre si, mas preferem aos outros créditos, com privilégio mobiliário ou com hipoteca registada posteriormente à caução (decr cit, artt 25 ° e 26.° § único) (1).

140. *Dos privilégios imobiliários.* O código civil e o decr. de 12 de novembro de 1910 (2) estabelecem quatro grupos de créditos privilegiados sôbre os bens imóveis do devedor, ainda quando estes se achem onerados com hipoteca, no produto ou valor dos bens a que respeitarem os privilégios (3).

[1 Os serviços do notariado foram reorganizados pelo decr. n ° 8373, de 18 de setembro de 1922, que sanciona a mesma doutrina do decr. de 14 de setembro de 1900 relativamente ao privilegio dos creditos por multas e contribuições dos notarios nesta qualidade, por perdas e danos que causem no exercicio das suas funções e por custas dos processos relativos a estas multas, contribuição e responsabilidade civil (decr cit, artt 13 ° n.° 2 ° e 18 °)]

[2 O decreto de 12 de novembro de 1910 foi revogado sendo esta materia regulada actualmente pelo decreto n.° 5411, de 17 de abril de 1919]

[3 Pelo decr. n.° 5651, de 10 de maio de 1919, «as dividas ao Estado provenientes de foros e do ultimo laudemio não pagos, têm privilegio imobiliario no dominio util sobre que recaem, alem do privilegio mobiliario a que se referem os artt. 880.° e 881 ° do codigo civil, salvas as regras gerais da prescrição, devendo ser executados os ante-possuidores do dominio util pelos laudemios que porventura tenham deixado de pagar em anteriores transmissões»]

Êsses grupos são os seguintes:

1.° Os créditos por impostos à fazenda nacional pelos últimos três anos, e só no valor dos bens em que recairem os mencionados impostos (art 887 ° n ° 1 °) (1).

O artigo correspondente do Projecto primitivo (art 1043 ° n.° 1.°) estava assim redigido: «As contribuições prediais directas, vencidas nos últimos cinco anos». A Comissão revisora, que em matéria de privilégios creditórios e de hipotecas tomou por base a lei de 1 de julho de 1863, não fez alteração alguma no artigo correspondente (art 88 ° n.° 1.°)

Contra algumas opiniões que têm sido expendidas, sempre entendemos que não era aplicável senão às contribuições prediais directas o privilégio especificado no art. 887 ° n.° 1.°, não abrangendo portanto a contribuição de renda de casas (2) (3), nem a contribuïção de registo, pois que a primeira não recai sôbre o prédio e a segunda não se lança e arrecada anualmente, e o artigo citado, falando em *impostos pelos últimos três anos e que recaiam nos bens*, parecia excluí-las.

Actualmente a contribuição de registo tem, como vimos, privilégio mobiliário e imobiliário, o qual recai sôbre os bens transmitidos, ainda que estes hajam passado para o poder de terceiros. O privilégio sôbre o prédio por esta contribuição, ao contrário do que se dá com a contribuição predial, não pode de modo algum prejudicar as hipotecas e quaisquer direitos reais que, ao tempo em que se dá o facto em virtude do qual a contribuição de registo é devida, já se achem constituídos sôbre o prédio. A fazenda nacional só tem privilégio sôbre *os bens transmitidos* e não sôbre os bens que já tiverem sido alienados ao tempo em que se dá a transmissão. Ora os bens hipotecados consideram-se como alienados no

(1) Veja-se o ac da Relação de Lisboa de 5 de agosto de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 7.° ano, pag. 266, e o do S. T de J. de 30 de junho de 1900, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 40, pag 199.

(2) Veja-se o ac da Relação de Lisboa de 15 de maio de 1895 na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 8 ° ano, pag. 721.

[3 Esta contribuição foi abolida Veja-se a lei n ° 1368, de 21 de setembro de 1922, art 69 °, *g*)]

valor correspondente ao crédito, e o credor hipotecário torna portanto efectivo o seu direito contra a fazenda nacional, a qual só terá privilégio no excesso do produto do prédio sôbre o crédito garantido pela hipoteca

O privilégio por contribuições prediais tem uma natureza especial, considerando-se como um direito real. É assim que êste privilégio prefere às hipotecas que já se achem constituídas ao tempo em que o Estado adquire o seu crédito

O privilégio imobiliário por impostos só recai sôbre o valor do prédio a que o mesmo imposto respeita, e é necessário portanto, para que seja reconhecido êsse direito à fazenda nacional, que pelos conhecimentos da contribuição, ou por quaisquer certidões extraídas dos respectivos livros ou cadernos da repartição de fazenda, se mostre qual o prédio sôbre que os impostos recaem, ou que o devedor não possue outros bens imobiliários no concelho (1)

Os municípios também gozam, pelos seus adicionais sôbre a contribuição predial, do privilégio estabelecido no n.° 1.° do art. 887.°, mas sem prejuízo do Estado (cód. adm. de 1896, art. 78.°, e de 1878, art. 125.° § único) (2)

2.° Os créditos provenientes de despesas feitas nos últimos três anos para a conservação dos prédios, com relação àqueles a que essas despesas foram aplicadas, não excedendo a quinta parte do valor dos mesmos prédios (art. 887.° n.° 2.°).

Estabelecendo êste privilégio, atendeu o legislador a que, sem as referidas despesas de conservação, diminuiria o valor do prédio em quantia superior àquela sôbre que o privilégio recai, e que, portanto, se as despesas se não efeituassem, mais prejudicados poderiam ficar os credores, incluindo os hipotecários. O fim que o legislador teve em vista explica ainda o motivo por que se restringiu o privilégio às despesas

(1) Veja-se o Acordão da Relação de Lisboa de 30 de janeiro de 1875, na *Gazeta da Associação dos advogados de Lisboa*, 2.° ano, pag. 328 e do S. T. J. de 30 de junho de 1900, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 40.°, pag. 199

[2] O mesmo dispõe a lei n.° 621, de 23 de junho de 1916, art. 69.°].

de conservação, não gozando portanto de privilégio os créditos provenientes de despesas feitas em construções ou benfeitorias úteis em edifícios, no arroteamento, plantação, enxugo ou esgotamento de prédios rústicos. Para essas despesas há, como veremos, hipoteca com registo provisório (art. 976.°).

As companhias das águas de Lisboa e Pôrto gozam também, pelas despesas de encanamento e seu concerto, do privilégio estabelecido no n.° 2.° do art. 887.° (regul. de 30 de outubro de 1880, art. 69.°, e de 2 de dezembro de 1886, art. 68.°).

3.° Os créditos provenientes de custas judiciais, feitas no interêsse comum dos credores, no valor do prédio com relação ao qual foram feitas (art. 887.° n.° 3.°).

A circunstância de as custas judiciais respeitarem a actos que tenham por fim o interêsse comum dos credores, justifica o privilégio que ao crédito delas proveniente é concedido

Quando as custas judiciais não tenham sido feitas no interêsse comum dos credores, não gozam do privilégio imobiliário a que nos estamos referindo.

Assim, as custas da acção que tenha sido intentada por um credor, a fim de que judicialmente seja reconhecido o seu direito e pela sentença obtenha um título que sirva de base à execução dos bens do devedor, não são feitas no interêsse comum dos credores, mas no particular do credor que intentou a acção, pois esta não seria necessária, se êle tivesse título exequível (1).

O art. 887.° n.° 3.° não compreende as custas judiciais que hajam sido feitas no concurso dos credores, como aliás se tem entendido e já se julgou. Desde que se entra na execução dos bens ou na sua liquidação em caso de falência, os créditos pelas custas e despesas que se façam com a execução e com a liquidação não são considerados privilegiados. Esses créditos saem do produto da arrematação ou da massa antes

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 12.°, pag. 597

de se estabelecerem as preferências entre os credores (art. 1011 °, cód. de proc civ., art. 946 ° e cód. proc com., art 255.°) O art 887.° n ° 3.° não pode portanto referir-se a essas custas, mas às que se contem em qualquer processo que não seja de execução Assim. tratando-se duma acção rescisória do contrato de alienação dum prédio, duma notificação que tenha por fim interrompei a prescrição, é que se aplicará o disposto no art 887.° n ° 3 °.

Êste privilégio não deveria dar-se apenas em relação às custas e aos imóveis; deveria compreender todas as despesas que sejam feitas em benefício comum dos credores com relação a determinados bens, quer estes sejam imóveis quer móveis.

4 ° Pelo decreto de 12 de novembro de 1910, art 33.° § 3 °, os arrendatários de estabelecimentos comerciais e industriais, ou de prédios neles compreendidos, têm privilégio sôbre o imóvel arrendado, que é classificado em 4 ° lugar segundo a ordem estabelecida no art. 887 °, para se pagarem do valor da indemnização, que será fixada pelo júri comercial e não excederá dez vezes a importância da renda anual, que pelo senhorio lhes é devida quando os queira despedir e a casa arrendada, por facto dos arrendatários, em virtude da clientela por estes alcançada, se encontre em circunstâncias de valer mais do que valia ao tempo do arrendamento.

Êste privilégio contribuirá para desvalorizar a propriedade dos prédios destinados a estabelecimentos comerciais e industriais (1).

[1 Esta materia e actualmente regulada pelo decr. n.° 5411, de 17 de abril de 1919 O § 5 ° do art. 53 ° dêste decr. determina que « a importância de indemnização, quando devida pelo senhorio e não pelo arrendatario, ou sublocatario, sera considerada como credito privilegiado sobre o imovel arrendado e classificado em quarto lugar segundo a ordem estabelecida no art. 887 ° ». Estabelecimento industrial, para os efeitos dêste decr era o predio urbano ou parte dele tomado de arrendamento pelo comerciante ou industrial para o exercicio da sua profissão (art. 52.°), a lei n.° 1503, de 3 de dezembro de 1923, dispõe, porem, que todos os privilegios e garantias concedidos pelo decr. n ° 5411 aos estabelecimentos industriais e comerciais que funcionam em predios urbanos, se aplicam aos que funcionam em predios que a lei considera, no todo ou em parte, de natureza rustica, desde que nos respectivos contratos ou em virtude de tolerância do senhorio o exercicio dêsse comercio ou industria esteja autorizado ou tacitamente consentido.

Veja-se o decr. cit artt 53.°, 56.°, 73 ° e segg. e 90 °, e a lei n ° 1662, de 4 de setembro de 1924, art. 1.° § 2 ° conf. com o art. 54 ° do decr.].

141 *Extinção dos privilégios.* Os privilégios podem extinguir-se 1) pela extinção da obrigação; 2) pela prescrição; 3) pela renúncia, 4) pela alienação da cousa, 5) pela perda da cousa.

1) O privilégio, sendo uma qualidade do crédito, extingue-se com êste.

No art 1026.° n.° 1 ° declara-se que os privilégios se extinguem pela extinção da *obrigação principal,* donde se depreende que os privilégios se devem considerar uma *obrigação acessória* ou de garantia que poderá, como tal, considerar-se como tendo uma vida própria, distinta e independente do crédito que por ela é originàriamente assegurado, em virtude da qual se pode separar dêste crédito para assegurar outro. Em harmonia com esta doutrina, o crédito não pode subsistir sem uma obrigação principal, mas poderá desligar-se da obrigação que garante, para ficar sendo o acessório doutra obrigação Assim, novado um crédito que tenha privilégio, entre as garantias ou acessórios da obrigação que, por meio de reserva expressa, se poderão manter para assegurar o cumprimento da nova obrigação segundo o disposto no art 807.°, compreender-se hão os privilégios, e parece que o legislador assim o entendeu, pois expressamente faculta essa reserva, em relação aos seus bens, ao devedor solidário (art 808.°).

Esta doutrina é inaceitável.

Pela novação extingue-se o crédito, e, como o privilégio significa apenas a preferência que pela lei é atribuída ao crédito quando se liquidam os bens sôbre que êle recai, extinto o crédito, a preferência não pode subsistir. A reserva do privilégio, de forma que o fique tendo um crédito que por lei

não o tem, pressupõe a faculdade de as partes constituirem um crédito privilegiado, quando só o legislador o pode fazer.

Como explicar, porém, a disposição exarada no art. 808.°, a qual não pode deixar de generalizar-se em harmonia com os artt 807 ° e 1026.° n ° 1 °?

Afigura-se-nos fácil a explicação, quando se atenda a que o nosso legislador não formou acêrca do privilégio um conceito rigoroso, compreendendo nele garantias que não podem considerar-se privilégios Assim, já vimos que o penhor é havido pelo código (art 886 °), como já o era pelo Projecto primitivo (art. 1044.° n.° 3 °), como sendo um privilégio, quando é certo que o penhor representa um direito real e pode consequentemente, embora seja um acessório do crédito, considerar-se destacado dêste para garantia doutro crédito. A palavra *privilégios*, de que se usa no art. 808 °, não deverá tomar-se, portanto, no seu sentido rigoroso. *A reserva dos privilégios* não significa que o novo crédito fique tendo, por vontade das partes, a *mesma qualidade* que o crédito anterior, significa apenas que entre as partes se pode convencionar que o novo crédito fique sendo garantido *pelos mesmos bens* que garantiam o crédito anterior, pagando-se o credor por eles de preferência aos outros credores. Assim, pode reservar-se um penhor já constituido, como pode constituir-se penhor, consignação de rendimentos ou hipoteca nos bens em que o credor tinha privilégio Neste caso, porém, o credor ficará tendo um direito de preferência que resulta não do privilégio, o qual se extinguiu com o crédito, mas do penhor, da consignação de rendimentos ou da hipoteca que se constituiram sôbre os bens em que o privilégio recaía

Quando se pretenda dar às palavras do art. 808 ° *os privilégios podem ser reservados* uma significação rigorosa, teremos de considerar o crédito privilegiado como subsistente [illegible] o efeito da preferência que por lei lhe é dada, de forma que essa preferência só exista nas condições que para o privilégio são estabelecidas pela lei. Assim, substituindo-se uma dívida de foros por uma dívida de usura, e reservando-se o privilégio que para o crédito de foros é estabelecido no art 880.° n.° 1.°, o credor pelo contrato de usura não poderá considerar-se privilegiado senão dentro dos limites fixados no referido artigo, como se porventura subsistisse, ùnicamente para o efeito do privilégio, a dívida de foros

2) Os créditos para que a lei estabeleça um prazo durante o qual eles se consideram privilegiados, como são os especificados nos artt 880 °, 881 ° 882.° n.os 4 ° e 5.°, 884.° n.os 3.° a 6 ° e 887.° n.os 1 ° e 2 °, deixam de ser privilegiados logo que termine o prazo fixado na lei, dando-se a prescrição do privilégio (art. 1026 ° n.° 3 °). Para a fixação dos prazos deverá, como já por mais de uma vez notámos, atender-se ao momento em que, pela penhora ou pelo facto de se liquidarem os bens, os credores tornam efectivos os seus direitos sôbre o património do devedor.

3) Os privilégios, fundando-se em considerações de interêsse geral, são, para o credor, um interêsse privado, a que êle pode renunciar (art. 1026.° n ° 2 °)

4) Em geral, os privilégios mobiliários especiais extinguem-se, quando os bens sôbre que recaem saem do património do devedor (art 1026.° n.° 4 °). Nos privilégios gerais sôbre móveis, a alienação dêstes, nos casos em que não possa ser rescindida, determina também a extinção do privilégio em relação aos que forem alienados, o qual só se torna efectivo sôbre os bens mobiliários existentes no património do devedor ao tempo da execução ou liquidação Os bens mobiliários podem, para o efeito dos privilégios gerais que sôbre eles recaem, considerar-se como formando uma universalidade, sendo indiferente o momento em que se dê a alienação duns e a adquisição doutros. O privilégio recairá sôbre os que existirem no momento em que se exerça o direito

Há privilégios que têm o carácter de direitos reais, acompanhando os bens sôbre que recaem no caso de estes serem alienados, de forma que esses bens podem ser executados em poder do adquirente. Das considerações que fizemos acêrca de cada um dos privilégios, já pode depreender-se quais são os que têm êsse carácter. O assunto merece, porém, pela sua importância e pelas dificuldades que suscita que se lhe dê maior desenvolvimento.

Quanto aos privilégios que recaem sôbre os frutos dos

prédios rústicos e sôbre as rendas dos prédios urbanos, preceitua-se (art 1021.°) que a arrematação, adjudicação ou transmissão de algum prédio, por qualquer modo feita, não prejudica os privilégios mobiliários especiais, que a êsse tempo se achem constituídos sôbre frutos, rendas ou móveis do prédio arrematado, adjudicado ou transmitido.

Para que o crédito privilegiado não fique prejudicado pela transmissão do prédio é necessário, ou que o credor privilegiado se pague pelo produto do prédio, ou que possa executar os frutos ou rendas, embora os bens que os produzam ou a que respeitem tenham passado para o poder de terceiros.

A primeira solução seria possível no caso de haver concurso de credores sôbre o produto da arrematação e o preço da adjudicação, mas vê-se que o legislador não a admitiu, pois não dá aos credores privilegiados dos artt. 880.° e 881.° o direito de se pagarem pelo produto da arrematação. Assim, no art. 1012.° preceitua-se que pelo preço dos bens imobiliários do devedor serão pagos com preferência: 1.° os credores que tiverem privilégio imobiliário; 2.° os credores que tiverem hipoteca registada. Em harmonia com esta disposição, o código de processo civil, referindo-se à expurgação de hipotecas, reconheceu aos credores hipotecários (art. 534.° § 4.°) o direito de impugnar o preço por que o adquirente do prédio hipotecado o obteve, ou em que o estima, se a quantia oferecida é inferior à importância dos créditos hipotecários registados e dos privilegiados de que trata o art. 887.° do código civil, computando se o privilégio do n.° 2.° dêste artigo na proporção ali indicada. O adquirente do prédio, que o expurga da hipoteca, não tem, pois, que pagar pelo preço do prédio os privilégios dos artt. 880.° e 881.°.

Vê-se das disposições citadas que não é pelo facto de o credor privilegiado ter direito a pagar-se pelo produto da venda do prédio que êle não é prejudicado pela transmissão déste. Nem ao art 1021.° podia dar-se tal interpretação, desde que a disposição nele consignada se aplica à *transmissão do prédio de qualquer modo feita*, abrangendo portanto as vendas, trocas ou doações feitas particularmente, em que, não havendo

concurso de credores sôbre o preço da transmissão, o credor privilegiado não pode pagar-se por êsse preço.

O credor privilegiado tem direito a pagar-se pelos frutos, se estes houverem sido arrecadados por conta da execução, ou tiverem sido penhorados e vendidos antes da arrematação do prédio ou na mesma praça, mas em separado (1).

Não tendo o credor com privilégio mobiliário sôbre os frutos ou rendas o direito de se pagar pelo produto da venda do prédio em concurso de credores, o único meio por que êle não pode ser prejudicado pela transmissão do prédio é subsistir o privilégio nos frutos pendentes ao tempo da arrematação ou que êle venha a produzir e nas rendas já vencidas ou que se vencerem, conforme o tempo de duração do privilégio.

Assim, arrematado um prédio com frutos pendentes e não se tendo feito a penhora nesses frutos, poderão eles ser executados em poder do arrematante com relação aos foros dos dois últimos anos e do corrente ao tempo em que se fez a penhora, e, quanto às dívidas provenientes de soldadas de criados de lavoura, com relaçao às do último ano.

Do que deixamos dito conclue-se que os privilégios dos artt. 880.° e 881.°, pela relação que há entre eles e o prédio, acompanham êste, incidindo sôbre os frutos ou sôbre as rendas, uma vez que já estejam constituídos ao tempo em que se dá a transmissão do prédio

Suponhamos, porém, que não é transmitido o prédio, mas

(1) Num ac. da Rel. de Lisboa de 1 de julho de 1908 lê-se o seguinte «Considerando que, nesta conformidade, dispõe o art. 1021.° do cit cod que a arrematação não prejudica os privilegios mobiliarios que a êsse tempo se acharem constituidos sobre os frutos do predio arrematado, de sorte que o legislador so respeitou os privilegios mobiliarios que ao tempo da arrematação se achassem constituidos sôbre os frutos então existentes, a fim de serem os credores privilegiados pagos com preferência pelo produto da venda dos mesmos predios» (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 22, pag. 132)

Para que o credor privilegiado pudesse pagar-se pelo produto da arrematacão do predio, seria necessario que se determinasse o *quantum* do preço que corresponde aos frutos, e, para êste efeito, os frutos teriam de ser avaliados de per si e arrematados independentemente do predio

que são vendidos os frutos ou cedidas as rendas. O contrato de venda e o de cessão farão caducar o privilégio, em relação aos frutos vendidos e às rendas cedidas?

Quando se trate da venda de frutos já colhidos ou da cessão de rendas já vencidas, não hesitamos em afirmar que o privilégio deixou de subsistir, podendo tornar-se apenas efectivo sôbre o preço da venda ou da cessão, quando o proprietário ainda os não haja recebido. Os frutos do prédio sôbre que recai o privilégio são os que existem ao tempo em que se faz a penhora, não pode o privilégio recair portanto sôbre os frutos que já não estiverem no prédio, nem em poder do proprietário dêste. Quanto às rendas já vencidas, se o proprietário as tivesse recebido, nenhum direito de preferência teriam sôbre elas os credores privilegiados, e nenhum direito poderão portanto ter contra o cessionário.

Pelo que respeita, porém, aos frutos que se produzirem e às rendas que se vencerem posteriormente ao contrato de venda ou de cessão, somos de parecer que por esses contratos não podem ser prejudicados os credores com privilégio mobiliário sôbre esses frutos ou rendas, os quais tornarão efectivo o seu direito contra o comprador ou cessionário, do mesmo modo que contra o adquirente do prédio.

Pelos contratos referidos e atentos os direitos que sôbre as utilidades do prédio ficam tendo o comprador e o cessionário, estabelecer-se há um ónus real sôbre êle, que poderá representar uma consignação de rendimentos, um usufruto ou um contrato de arrendamento com a renda paga adiantadamente. Sendo assim, aqueles contratos não poderão produzir efeitos em relação a terceiros sem que se achem registados, e, embora o estejam, não poderão ser por eles prejudicados os credores privilegiados, como o não são pela consignação de rendimentos, pelo usufruto e pelo arrendamento.

Por estes contratos dá-se uma transmissão ou cessão das utilidades do prédio e não são por eles prejudicados os credores hipotecários que tenham registo anterior. Ora os credores privilegiados têm preferência em relação aos credores hipotecários, e, como os privilégios se tornam efectivos independentemente do registo, segue-se que os encargos que

se constituam sôbre os prédios não podem prejudicar os credores privilegiados, que poderão exercer os seus direitos sôbre os frutos ou rendas, penhorando-os, desde que os seus créditos sejam exigíveis.

No art. 1021.° fala-se não só em frutos e rendas, mas nos *móveis* do prédio transmitido, sôbre os quais se ache constituído algum privilégio. Talvez a palavra *móveis* se refira aos do prédio arrendado, sôbre os quais há o privilégio do n.° 4.° do art. 882.°, o qual subsistirá se, tendo-se efectuado a transmissão do prédio, o transmitente tiver contra o locatário algum crédito que tenha privilégio sôbre êsses móveis (1).

Quanto aos privilégios imobiliários, declara-se no art. 887.° que estes privilégios subsistem, ainda quando os imóveis se achem onerados com hipoteca. Sendo esta um direito real, em virtude do qual o credor fica com o direito de se pagar pelo preço do prédio expropriando dêste o devedor, vê-se que aos privilégios imobiliários se considera inerente um direito que recai sôbre o próprio prédio, pois só assim pode explicar-se a preferência que se dá ao credor privilegiado sôbre o hipotecário. Donde resulta que, se o prédio fôr transmitido, o adquirente poderá ser executado pelos privilégios imobiliários que se achem constituídos sôbre o prédio ao tempo da transmissão, e que, sendo movida a execução por outro credor, os credores privilegiados farão valer o seu direito sôbre o produto do prédio em concurso de credores (2).

Além dos privilégios referidos, outros há que revestem a natureza dum direito real, podendo tornar-se efectivos contra

---

(1) Veja-se pag. 366, nota 1.

(2) Veja-se o ac. da Rel. do Porto de 20 de fevereiro de 1894, na *Revista dos Tribunais*, vol. 12, pag. 296, e o do Sup. Trib. de Just. de 20 de dezembro de 1895, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 35, pag. 478. Neste acordão lê-se: «Atendendo a que o onus real, resultante dêste privilegio (impostos prediais pelos ultimos três anos), acompanha os respectivos predios independentemente de registo, codigo civil, art. 878.°» A doutrina é verdadeira, mas afigura-se-nos incorrectamente formulada.

qualquer pessoa para quem as cousas sôbre que o privilégio recai hajam sido transmitidas. É o que se dá com o privilégio pela contribuição de registo, com os privilégios que pressupõem a posse ou o direito de retenção em quanto subsistir esta situação, com os privilégios sôbre o navio, os quais, se a venda do navio é feita judicialmente, são transferidos para o preço em depósito, e, se é feita voluntàriamente com citação dos credores privilegiados, se podem fazer valer durante três meses (cód. com., art 579 ° n.os 2 ° e 3 °), donde se conclue que, sendo a venda feita particularmente sem citação dos credores privilegiados, o privilégio subsiste.

5) Quando a cousa sôbre que o privilégio recai pereça ou se deteriore, entendemos que à cousa se subroga de direito a indemnização que tenha de ser paga pelo segurador, ou, quando a indemnização seja devida a título de responsabilidade civil, pelo autor do facto ilícito.

142. *Transmissão de créditos privilegiados.* Pela transmissão do crédito privilegiado, quer esta se faça por meio de cessão, quer por subrogação ou por endôsso, não se extingue o privilégio. No código comercial declara-se (art. 577 °) que o endôsso de um título de crédito que tem privilégio, transmite igualmente êste privilégio. Esta disposição não tem carácter excepcional, é uma mera aplicação dum princípio geral.

Sendo o privilégio uma qualidade do crédito, não depende da pessoa do credor, mas do próprio crédito, e não pode portanto deixar de ser exercido por qualquer pessoa para quem o crédito se transmita, a qual o poderá tornar efectivo nas mesmas condições em que o poderia fazer o transmitente.

§ 27 — *Das hipotecas.*

DR DIAS FERREIRA, *Codigo civil anotado*, artt. 888.°-948.°, MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 3 °. n.os 338 a 414, MELUCCI, *Sistema ipotecario nel diritto civile italiano*, CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. 2 °, BAUDRY-LACANTINERIE ET LOIGNES, *Du nantissement, des privileges et hypothèques*, vol. 2 ° e 3.°, GUILLOUARD, *Traite des privilèges et hypotheques*, PLANIOL, *Traite*, tomo 2.°, n.os 2645 e segg., *Code civil allemand, traduit et annote par Bufnoir*, etc., vol 2.°, notas aos artt. 1113 ° e segg., BRUNO, *Ipoteche*, no *Digesto italiano*, vol. 13.°, parte 2.ª, pagg. 274 e segg

143. *Conceito de hipoteca.* No art. 888 ° declara-se que *hipoteca* é o direito concedido a certos credores de serem pagos pelo valor de certos bens imobiliários do devedor, e com preferência a outros credores, achando-se os seus créditos devidamente registados.

Limita-se neste artigo a hipoteca a *certos bens imobiliários*, donde se conclue que não são susceptíveis de hipoteca os *bens mobiliários* No código comercial declara-se (art. 584 °), porém, que podem constituir-se hipotecas sôbre navios por disposição da lei ou por convenção das partes, e os navios são reputados bens móveis para todos os efeitos jurídicos, salvas as modificações ou restrições do código comercial (cód. cit., art. 485.°) (1). Notámos já também que pelo decreto relativo ao credito agrícola se pode constituir penhor para garantia dum crédito independentemente da entrega ao credor ou a terceiro da cousa penhorada, e,

(1) No ac. do S. T. de Justiça de 5 de julho de 1898, na *Revista dos Tribunais*, vol. 17, pag. 151, parece que se admite o contrato de penhor sôbre navios e que êsse contrato, para produzir efeitos em relação a terceiros, deve satisfazer ao requisito do art 398 ° § unico n ° 1.° do cod. comercial. Tal doutrina não tem defesa possivel, e se, como parece depreender-se do ac. citado, se havia constituido hipoteca no navio dando-se-lhe a designação de *penhor*, isto não alterava a natureza da garantia nem determinava a sua nulidade.

sendo elemento essencial do penhor a posse pelo credor dessa cousa, concluimos que não havia nesse caso um penhor mas uma hipoteca (1). E hipoteca há também quando ao privilégio está inerente um direito real, em virtude do qual o direito do credor privilegiado possa ser exercido contra terceiros para quem haja sido transmitida a cousa sôbre que o privilegio recai, pagando-se pelo preço dela

Na noção que se deu de hipoteca, considerou-se como elemento fundamental o preferência que dela resulta para o credor hipotecário, e, para essa preferência, atendeu-se ao registo Ora a hipoteca representa mais do que uma preferência concedida por lei ao credor em concurso com os outros credores do devedor, há consequências que resultam da hipoteca independentemente do registo, e outras que podem tornar-se efectivas independentemente da insolvência do devedor

A hipoteca tem por fim garantir o credor contra esta insolvência; mas essa garantia da-se pela constituição dum direito na cousa hipotecada, em virtude do qual o credor fica tendo sôbre esta um direito real, considerando-se a cousa hipotecada como alienada no valor correspondente ao do crédito por ela garantido. Assim se explica que, pelo direito que o credor hipotecario tem sôbre a cousa, esta possa ser executada em poder de qualquer possuidor, e que, embora o devedor tenha outros bens, o credor não possa proceder contra estes sem que tenham sido prèviamente arrematados os bens hipotecados

O direito de hipoteca pode constituir-se por contrato entre o devedor e o credor, produzindo êsse contrato os seus efeitos entre eles, independentemente do registo (art. 951 °) E assim temos que, havendo sido constituida hipoteca sôbre bens determinados para garantia do credor, o devedor, embora a hipoteca não tenha sido registada e não haja consequentemente execução hipotecária (cód. proc. civil, art 951 °), não poderá nomear à penhora senão os bens hipotecados (cód.

[1 Veja-se pag 326, nota 1].

de proc. civil, art. 812.°), e entendemos que o devedor se pode opor a que o credor nomeie outros bens, emquanto não forem excutidos os bens hipotecados Pela hipoteca foram designados, por acôrdo entre o devedor e o credor, certos bens para o cumprimento da obrigação, esses bens não só foram designados para êsse fim, mas consideram-se alienados no valor correspondente a essa obrigação, havendo assim entre os bens e a obrigação uma relação especial que, uma vez estabelecida, nem o devedor nem o credor podem pôr de lado, desde que o contrato de hipoteca produz efeitos entre eles independentemente do registo (1).

Quando para a hipoteca se exige registo, e é o que se dá em relação à hipoteca sôbre bens imobiliários e sôbre navios, o direito real que por ela se constitue não produz efeitos em relação a terceiros sem o registo. Não poderá, portanto, o credor hipotecário proceder contra quaisquer pessoas para quem hajam sido transmitidas as cousas hipotecadas ou determinados direitos sôbre elas, visto que a hipoteca, quer seja estabelecida por lei, quer por contrato, não terá existência em relação a elas senão desde a data do registo

Estando dependente, quanto a terceiros, a existência da hipoteca do registo, conclue-se que o credor sem registo não terá o direito de se pagar pelo produto dos bens hipotecados contra quaisquer terceiros para quem hajam sido transmitidos esses bens, ou que sôbre eles hajam adquirido quaisquer direitos de gôzo ou de garantia

Em harmonia com as considerações que acabamos de fazer, pode definir-se hipoteca o direito real constituido numa cousa em virtude do qual o credor fica com o direito de se pagar pelo preço dessa cousa.

A hipoteca é um acessório por meio do qual se garante o cumprimento duma obrigação O credor fica tendo em relação aos bens hipotecados um direito real, e, quando estes

(1) Veja-se o ac. do S. T. de Justça de 12 de fevereiro de 1892, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 34, pag. 220, esta *Revista*, vol 16, pag 585, e o dr. Eduardo Carvalho, *Manual do processo de execução*, vol 2.°, pag. 253.

bens não sejam suficientes para o seu pagamento integral, poderá proceder contra quaisquer outros bens do devedor, o qual fica pessoalmente adstrito ao cumprimento da obrigação. Não pode, porém, fazer o mesmo contra terceiros que apenas hajam hipotecado bens para cumprimento da obrigação assumida por outrem (art. 895.°) e não se tenham responsabilizado como fiadores, como o não pode fazer também contra quaisquer terceiros, para quem os bens tenham sido transmitidos. Estes só ficam responsáveis, em virtude do direito real que se acha constituido na cousa, até o valor da cousa hipotecada (1).

(1) No codigo civil alemão ha a *hipoteca ordinaria* e a *hipoteca de garantia*. A hipoteca ordinaria ou negociavel realiza-se por meio duma *letra* ou *cedula hipotecaria*, sem a qual o direito não pode ser exercido. Nesta hipoteca, o credor, quando não procede pelo seu direito pessoal de credito, mas pelo direito de hipoteca, e protegido pela força probatoria do livro do registo predial, ao cessionario não podem ser opostas pelo proprietario do predio onerado com a hipoteca excepções que se fundem na nulidade ou extinção do credito, nem as que sejam pessoais ao cedente, excepto se forem postas em evidência pelo livro do registo ou se tiver conhecimento delas no momento em que adquire a hipoteca (artt 1138 °, 1140 °, 1156 °). Na hipoteca de garantia, que não tem letra ou cedula hipotecaria, o direito hipotecario funda-se no credito, ficando o credor sujeito a todas as excepções que podem afectar a relação pessoal de obrigação (artt 1184.° e 1185 °).

Quando haja cessão do credito, ao cessionario podem ser opostas as excepções que o devedor poderia opor ao cedente, segundo as normas da cessão de creditos. Assim, o proprietario do predio hipotecado pode opor o pagamento que tenha feito ao cedente anteriormente a notificação Na hipoteca de garantia so se prova pelo registo predial a validade do direito de hipoteca, sendo esta considerada um acessorio do credito e tendo êste caracter pessoal

Pela hipoteca ordinaria, esta garantia converteu-se num poderoso instrumento de credito, visto que a hipoteca fica tendo tal como consta do registo e da cedula, existência de per si, adquire um caracter autonomo A hipoteca supõe um credito, mas presume-se a existência dêste tal como se acha inscrito no respectivo registo.

A autonomia da hipoteca explica que se possa estabelecer o direito de hipoteca antes de se haver constituido o credito a que ela deve respeitar, e que, se o credito garantido pela hipoteca se extinguir, se o proprietario, que não seja o devedor pessoal, adquirir o credito, se a cedula hipotecaria não for entregue ao credor, se este renunciar a hipoteca, e ainda

144. *Caracteres da hipoteca* Da noção que demos de hipoteca resulta.

1) Que a hipoteca será um direito real imobiliário ou mobiliário conforme fôr constituida sôbre bens imóveis ou sôbre bens móveis (artt 375 ° n ° 2.° e 376 °) A hipoteca é portanto regulada pela lei da situação dos bens ou estatuto real, devendo atender-se a essa lei para determinar os bens que podem ser hipotecados e as condições necessárias para que a hipoteca produza os seus efeitos (art. 964 °) (1)

noutros casos, a hipoteca subsista, tendo o proprietario hipoteca sobre o seu proprio predio.

Alem da hipoteca ordinaria ha no codigo alemão a *divida fundiária* e a *renda fundiaria* A *divida fundiária* distingue-se da hipoteca ordinaria em que e independente de qualquer idea de credito (art. 1191.°), estando apenas adstrito o predio, sem que haja vinculo algum de caracter pessoal para o proprietario. Esta forma de credito imobiliario e adequada a constituiçao de creditos limitados. A *renda fundiária* distingue-se da *divida fundiaria* em que o credor não pode exigir o pagamento do capital, mas so prestações periodicas, sendo essencialmente resgatavel (artt 1201 ° e 1202 °).

No codigo civil suiço admite se (art. 793 °) o *penhor imobiliario* sob as formas de *hipoteca, cedula hipotecária* e *letra de renda*. A *cedula hipotecária* e um credito pessoal garantido por penhor imobiliario (art 842.°), a *letra de renda* e um credito constituido como encargo predial sobre um imovel (art 847 °) As cedulas e as letras podem ser ao portador e a ordem, e pode fazer-se a emissão delas em nome do proprietario (art. 859 °)

Tambem ha nesse codigo *hipoteca mobiliária*, podendo esta ser constituida so sôbre gado e tendo de ser registada (art 885 °).

Entre nos ha estabelecimentos de credito predial que emitem *obrigações prediais*. Estas obrigações são garantidas por meio de hipotecas constituidas a favor dêsses estabelecimentos, de forma que a obrigação predial não tem uma garantia hipotecaria directa. A emissão de cedulas ou letras hipotecarias não e ainda facultada

(1) Quanto aos navios, veja se o cod com , art 488 °. Admitindo que a hipoteca pode recair sobre bens mobiliarios, tratamos especialmente da hipoteca sobre bens imobiliarios, unica que o codigo civil admite e regula As hipotecas sôbre navios produzem os mesmos efeitos e regem-se pelas mesmas disposições que as hipotecas sobre predios, em tudo quanto for compativel com a sua especial natureza, e salvas as modificações feitas pelo codigo comercial (cod com , art. 585.°).

2) Que o credor, a favor de quem é constituida, não fica tendo direito algum de gôzo sôbre os bens hipotecados, mas só o de se pagar do seu crédito pelo valor dêstes bens.

A hipoteca, sendo um direito real, não representa um desmembramento do direito de propriedade, ou uma propriedade imperfeita (artt. 2187.°-2189.°), que tenha existência independentemente de qualquer direito a que sirva de garantia; apenas sujeita directa e imediatamente os bens sôbre que recai ao cumprimento duma obrigação a que servem de segurança (art. 892.°).

3) Que o credor não pode, por falta de pagamento, apropriar-se do prédio hipotecado, tendo apenas o direito de o fazer vender judicialmente (art 903 °), afim de ser pago pelo produto dessa venda de preferência a outros credores do devedor, preferência que não se basea na qualidade do crédito, mas na hipoteca devidamente registada, imperando nesta matéria o princípio *prior tempore, potior jure* (artt 888 °, 956 ° e 1006.°). Quando se efectue a arrematação judicial do prédio e o credor seja o arrematante, ou quando o prédio lhe seja adjudicado, é ainda pelo valor do prédio que o credor se paga, sendo obrigado a depositar a quantia que exceda a importância líquida do seu crédito (art 903 ° e cód de proc civ., artt. 861 °, 870 ° § 2 ° e 878 °). Quaisquer cláusulas pelas quais o credor hipotecário tenha o direito de ficar com o prédio serão nulas, sempre que essas cláusulas envolvam o poder de, como credor hipotecário e em virtude do não cumprimento da obrigação por parte do devedor, a propriedade do prédio ficar pertencendo ao credor. Essas cláusulas estão implicitamente proibidas pelo art. 903 ° e poderiam envolver uma venda a remir, a qual é proibida (art. 1587 °) (1).

4) Que a hipoteca é um acessório duma obrigação ou dum crédito, pertencendo portanto, no caso de cessão ou de subrogacão, ao cessionário ou ao subrogado, e extinguindo-se logo que a obrigação que garante se extinga Ao

(1) Veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol 6, pag 501.

mesmo tempo que, como garantia, a hipoteca é um acessório, tem, como direito real, uma existência própria, independente, donde se conclue que pode destacar-se a hipoteca dum crédito, para garantir outro crédito É o que se dá no caso de novação, quando haja a reserva da garantia hipotecária (artt 807 ° e 808 °).

5) Que a hipoteca é indivisível, pois tem por fim assegurar o cumprimento integral da obrigação pelos bens que foram hipotecados Donde resulta que a hipoteca subsiste em todos e em cada um dos prédios hipotecados, e em cada uma das partes que os constituem — *est tota in toto, et tota in qualibet parte* (1). Se houverem sido portanto hipotecados muitos prédios ao mesmo crédito, êste é assegurado por cada um deles e por todos, mas, se houver sido hipotecado um só prédio, cujo valor seja muito superior ao do crédito por êle garantido, é expressamente reconhecido pela lei ao devedor o direito de requerer, quando o prédio hipotecado ofereça cómoda divisão, que seja posta em praça, pelo valor da execução, a parte que êle indicar como suficiente para pagamento da mesma execução, em que se compreende não só o crédito do exequente mas os dos credores que tiverem hipoteca registada (cód de proc civil, art 855 ° § único) (2), e determina-se ainda que se fará cessar a arrematação dos bens penhorados, logo que se conheça que o preço dos arrematados é suficiente para pagamento do exequente e dos credores que tiverem hipoteca registada (cód de proc civil, art. 853 °) A-pesar-de a lei não reconhecer expressamente êsse direito, entendemos que, havendo sido hipotecados vários prédios, o devedor pode requerer que um dos prédios hipotecados seja posto em praça de preferência aos outros, quando o indique como suficiente para pagamento da execução A êsse direito não se opõe o princípio da indivisibilidade

(1) Veja-se o ac da Rel de Lisboa de 25 de outubro de 1871, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 5 °, pag 265, e a *Revista* cit, vol 39, pag 152.

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 12, pag 150, e dr Eduardo Carvalho, *Manual do processo de execução*, tom 1.°, pag. 267

da hipoteca, pois que o ónus hipotecário subsiste sôbre os outros prédios, que irão à praça, se o produto do prédio indicado não fôr suficiente para pagamento do crédito, e, reconhecendo a lei o direito de se requerer a divisão do prédio hipotecado, para que só parte dele seja arrematada, representaria uma inexplicável incoerência o não se facultar ao devedor requerer que, sendo vários os prédios hipotecados, só um deles seja posto em praça (1).

Notaremos ainda que, em face do disposto no art 853.° do cód de proc civil, a questão limita-se a dar ao executado o direito de indicar os bens por que deve começar a arrematação, visto que o artigo citado expressamente determina que cessará a arrematação dos bens penhorados, logo que o produto dos bens arrematados seja suficiente para pagamento do exequente e dos credores que tiverem hipoteca registada (2).

A indivisibilidade da hipoteca não tem como consequência a indivisibilidade do prédio. Se êste se dividir, a hipoteca fica onerando cada uma das partes (3).

145. *Obrigações que podem ser asseguradas pela hipoteca e o que esta abrange.* A hipoteca não pode existir dum modo efectivo sem um crédito a que sirva de garantia No sistema do nosso código, a hipoteca representa sempre um acessório.

Tendo, porém, a hipoteca como direito real uma existência própria, segue-se que pode constituir-se hipoteca para garantia dum crédito futuro, gozando o credor da garantia hipotecária desde que o crédito se constitue, mas só tendo essa garantia eficácia, em relação a terceiros, desde a data do registo.

(1) Veja-se, em sentido contrario, a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 20 °, pag 437, cuja doutrina parece que e aceita pelo dr. Eduardo Carvalho, na *obr. e loc cit.*

(2) Veja-se o acordão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de julho de 1890, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 31, pag 286.

(3) Veja-se o acordão da Relação de Lisboa de 18 de julho de 1877, na *Revista* cit., vol. 13.°, pag 283, o acordão da Relação do Porto de 19 de outubro de 1897, na *Revista dos Tribunais*, vol 16.°, pag. 152, e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 28.°, pag. 195.

Emquanto não existir o crédito, não pode a pessoa a favor de quem haja sido registada a hipoteca executar os bens hipotecados; mas desde que se constitua o crédito, os efeitos dessa execução são os mesmos que se o crédito se houvesse constituido anteriormente à hipoteca ou ao mesmo tempo.

Assim se explica que possa registar-se provisòriamente hipoteca para assegurar obrigações que ainda não estejam constituídas (artt 967.° n.° 1.° e 969.°), garantindo-se assim o credor contra qualquer acto que o devedor já tenha praticado ao tempo em que se constitue a obrigação e que, não tendo ainda sido registado a êsse tempo, pode ser registado antes que o credor registe a hipoteca, ou contra qualquer acto que êle realize depois de constituido o crédito e que possa ser registado antes da hipoteca Assim se explica também que a hipoteca garanta créditos que, podendo resultar duma situação já criada ao tempo em que ela se constitue, têm carácter eventual, como é a hipoteca legal nos bens dos funcionários públicos e nos dos tutores, curadores ou administradores, a que se referem os n.os 1.° e 2.° do art 906 °; que o contrato de abertura de crédito, por meio do qual um indivíduo se obriga a entregar a outro valores até uma determinada soma, possa ser garantido por hipoteca, e que também o possa ser o contrato de conta corrente (1)

O que se torna sempre necessário é que se determine, pelo menos aproximadamente, a quantia assegurada pela hipoteca (artt 911 ° e 960 ° § 3 °, e regul. do registo predial, art. 138 ° n ° 1 °) (2) Quando o crédito seja superior a essa quantia, a diferença entre a quantia assegurada e o crédito não será garantida pela hipoteca.

Asseguram-se dêste modo os direitos de terceiros, que podem saber pelo registo quais os encargos que recaem sôbre o prédio

Representando a hipoteca um acessório dum crédito, segue-se que, desde que se anule o crédito, a hipoteca não pode

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 42, pag 606.

[2 Veja-se o decr. n ° 8437, de 21 de outubro de 1922, art. 124.° n.° 1 °, que reproduz sem alteração o art. 138 ° n.° 1.° do regulamento de 1898].

subsistir, quer tenha sido constituida pelo próprio devedor, quer por um terceiro.

Quanto à hipoteca constituida por êste, se a nulidade do crédito fôr relativa e portanto só o devedor possa alegar essa nulidade, o proprietário do prédio não poderá propor a acção rescisória, proposta, porém, essa acção e julgada procedente, a anulação do crédito terá como consequência a caducidade da hipoteca, embora a nulidade se funde numa incapacidade pessoal.

O terceiro que garante um crédito por hipoteca não está em situação idêntica à do fiador, não lhe sendo portanto aplicável a disposição consignada no art 822.° Quem assegura a divida doutrem por hipoteca só se responsabiliza até ao valor dos bens hipotecados, ficando na mesma situação em que fica qualquer pessoa para quem os bens sejam transmitidos, desde que a hipoteca se constituiu. Não garante, pois, a capacidade do devedor

Se o terceiro, tendo hipotecado bens, houver assumido também a qualidade de fiador, a sua responsabilidade subsiste e consequentemente a hipoteca, quando a obrigação principal se anule em virtude da incapacidade do devedor

Na hipoteca compreende-se o crédito com todos os seus acessórios, tornando-se porém necessário que estes tenham sido especificados no título constitutivo da hipoteca e que sejam registados. É assim que se torna necessário fixar a taxa do juro, qualquer cláusula penal que haja sido pactuada para o caso do não cumprimento da obrigação, e que esta cláusula seja estabelecida de forma que se possa, ao menos aproximadamente, determinar a quantia (art. 960.° § 4.° e regul do registo predial, art 138 ° n ° 1 °) (1) (2)

[1 O decr n ° 8437, art 124.° n ° 1 °, reproduz o cit art 138 ° n ° 1 °].

(2) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 21 de janeiro de 1903, no *Direito*, vol. 35, pag 239, e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 32, pag 356 e vol 41, pag 132 Quando haja direito a juro, mas não se fixe a taxa, esta será a legal Veja-se o ac do S T de Justiça de 31 de outubro de 1905, na *Gazeta da Relacão de Lisboa*, vol. 20, pag 140

A hipoteca, porém, relativa a crédito que vença juros, só abrange os vencidos no último ano e no corrente, para o efeito de terem as vantagens dela, independentemente do registo (art. 900 °).

Esta disposição, que tem motivado nos tribunais decisões encontradas relativamente ao facto a que deve atender-se para a fixação do ano corrente, foi assim formulada na proposta de lei de 7 de fevereiro de 1903, em que eram interpretados alguns artigos do código civil.

«A hipoteca relativa a crédito que vença juros, abrange os vencidos, tanto no ano anterior à citação para a execução como durante esta, para o efeito de terem as vantagens da hipoteca, independentemente do registo». A esta redacção fez a Comissão de legislação civil da Câmara dos deputados a seguinte modificação: «A hipoteca relativa a crédito que vença juros, abrange tanto os vencidos no ano anterior, contado, no processo de execução, da citação do executado, e, em qualquer outro processo, da citação de algum interessado para a arrematação, ou da instauração do concurso de credores, quando não houver arrematação, como os vencidos durante a causa, para os efeitos de terem as vantagens da hipoteca, independentemente do registo».

Nos tribunais está-se, porém, interpretando o artigo referido, não como o fez a proposta, mas no sentido de que não pode haver as vantagens da hipoteca senão para os juros vencidos em dois anos e não em mais, não se determinando precisamente o facto a que deve atender-se para se fixar o ano corrente, e tem-se julgado também que êste facto é a arrematação do prédio hipotecado, a instauração do concurso de credores, a sentença de graduação e a conta do juízo em virtude da sentença sôbre preferências (1).

(1) Vejam-se os acordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de junho de 1888 do *Boletim dos Tribunais*, 4 ° ano, pag. 120, de 12 de março de 1889, no mesmo *Boletim*, 4 ° ano, pag 422, de 2 de novembro de 1889, na *Gazeta da Relacão de Lisboa*, 4.° ano, pag 270, de 23 de janeiro de 1897, na *Revista de direito comercial*, vol. 3 °, pag 362, de 26 de abril de 1901, na *Colecção oficial*, ano de 1900-1901, pag 266, e de 31 de outubro de 1902,

Afigura-se-nos que nenhuma destas soluções é aceitável em face da lei, e que, para se fixar o ano corrente, deverá atender-se, no caso de execução, à data da penhora, e, quando haja concurso de credores independentemente de execução, ao momento em que se instaura o concurso de credores

Tratando em primeiro lugar da execução do prédio hipotecado, começaremos por notar que sôbre o mesmo prédio pode haver mais do que uma hipoteca, e que a disposição exarada no art. 900.° se aplica a qualquer crédito hipotecário e não apenas ao do exequente Por outro lado, o artigo determina que gozarão das vantagens da hipoteca os juros *vencidos* no último ano e no *corrente* e êsses juros entram portanto na execução hipotecária, pois é esta uma das vantagens da hipoteca, não podendo assim deixar de considerar-se os *juros anteriores,* a que se refere o § único do art 900 °, como sendo os juros anteriores à execução (1)

---

na cit. *Colecção,* ano de 1902-1903, pag. 129, os acordãos da Relação do Porto de 11 de março e 8 de abril de 1881, na *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 14 °, pag. 350 e vol 21, pag. 411, e de 29 de novembro de 1907, na *Revista dos Tribunais,* vol. 26, pag. 199, os acordãos da Relação de Lisboa de 23 de abril de 1887, de 20 de março de 1901 e de 12 de abril de 1905, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* 2° ano, pag 553, 14.° ano, pag 602, e 19 ° ano, pag 41, dr. Eduardo Carvalho, *Manual das execucoes,* vol 2.°, pagg 206-211, e dr Dias Ferreira, *Codigo de processo civil anotado,* vol 2.°, pag 441.

(1) A êste respeito diz a *Revista de legislacão e de jurisprudência,* criticando a jurisprudência seguida no Supremo Tribunal «Determinando o artigo que gozarão das vantagens da hipoteca os juros *vencidos* no ultimo ano e no corrente, e conclusão logica que êsses anos se hão de contar pela data do vencimento dos juros, e, como uma das vantagens do registo e a execução hipotecaria, que se da, relativamente a êsses juros, independentemente de registo, segue-se-ia que, fixando-se o ano corrente pela citação para a execução, ficariam os juros, que durante esta se vencessem, gozando de preferência ate que terminasse êsse ano, e que deviam considerar-se como credito comum os que se vencessem posteriormente E assim julgou o acordão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 1889, invocando não so o disposto no art. 900.°, mas ainda o § unico dêste artigo, e decidindo que êsses juros, para terem as vantagens da hipoteca, devem ser registados como credito distinto

Ora o citado § unico refere-se aos juros *anteriores ao último ano* de

Ora sendo pela penhora que os bens saem do poder do devedor para garantia da execução, parece-nos que é em relação a êsse momento que devem fixar-se os direitos dos credores sôbre esses bens. E então que se tornam efectivos os privilégios e quaisquer direitos de preferência contra quem fez a penhora.

Apreendidos os bens pela penhora, esta dá ao credor comum, desde que seja registada, preferência em relação aos credores que não tenham privilégio ou hipoteca anterior (cód. de proc civil, art 836.°), e, como neste artigo se não faz limitação alguma, ficarão gozando dessa preferência não só os juros anteriores à penhora, mas também os juros que se vençam durante a execução Seria, porém, inexplicável que o exequente com penhora se pagasse de preferência aos outros credores dos juros que se vencerem durante a execução, e que não gozasse da mesma preferência o credor hipotecário, sendo êle o exequente. A êste credor há de ser atribuído portanto o mesmo direito que ao credor comum.

Êste direito não resulta, porém, da hipoteca; resulta da penhora

Se resultasse da hipoteca, teríamos como consequência necessária que não gozaria apenas dessa preferência o credor exequente, mas gozariam dela também todos os credores hipotecários, visto que pelo art. 900 ° não se estabelece preferência alguma para o credor exequente, mas para o credor com hipoteca Ao credor exequente é dada a preferência que resulta da penhora e não a que resulta da hipoteca, não

---

que fala o art 900 °, nada dispondo acêrca do registo dos que se vençam posteriormente ao ano corrente, e, não se podendo fazer o registo dêstes sem estarem vencidos, ficaria uma parte, pelo menos, dêsses juros considerada como credito comum, quando e certo que, como ja havia ponderado o mesmo Supremo Tribunal de Justiça no acordão de 11 de junho de 1884, os juros vencidos durante a demanda não carecem de registo para gozarem das preferências da hipoteca em atenção a data do registo da do capital, porque a demora na cobrança deles não se da por culpa do devedor». Veja-se o vol 35 °, pag 533

podendo esta ser prejudicada pela penhora, e ao credor hipotecário a lei só assegura a preferência para os juros vencidos no último ano e no corrente

Sendo assim, o credor hipotecário não terá preferência, se não fizer a penhora, senão para dois anos de juros, que terão de se fixar no momento em que a penhora se faz Se a execução se prolongar para além do ano em que se faz a penhora, os juros que se vencerem posteriormente não terão garantia hipotecária, visto que a lei não lha dá

Esses juros representarão um crédito comum, tendo apenas preferência no pagamento pelo produto do prédio arrematado o credor com penhora, a qual lhe é dada pelo art 836 ° do cód de proc civil, e não pelo art 900 ° do código civil, dado o caso de que o exequente tenha hipoteca

Teremos assim que os credores hipotecários só poderão gozar das vantagens da hipoteca quanto aos juros vencidos no ano anterior ao da penhora e aos do ano corrente ao tempo em que esta se faz Os outros juros só terão a preferência resultante da penhora, desde que esta tenha sido registada.

A situação dos credores hipotecários fica, aceita que seja esta doutrina, sendo a mesma, o que não se daria no caso em que se fixasse o ano corrente pela citação do devedor para a execução, pois teria de atender-se a outros factos para se determinar o ano corrente em relação aos credores hipotecários que não fôssem exequentes, quando é o mesmo o direito resultante da hipoteca Á data da arrematação, do concurso de credores e da sentença que os gradua não pode atender-se para fixar o ano corrente, pois que os bens ficam sendo, desde a penhora, garantia especial da execução, e nesta só entram os créditos privilegiados e os créditos hipotecários com registo anterior ao da penhora, devendo êsses créditos ser determinados no momento em que esta se faz para se verificar quais são os direitos do credor exequente A conta dos créditos e dos juros feita em juízo nunca se poderá, a nosso ver, ter em consideração para as preferências, porque estas têm de ser graduadas pelo juiz em harmonia com a lei.

Quando haja liquidação de bens independentemente de execução, as preferências sôbre os bens resultantes de hipoteca devem ser determinadas, em nosso parecer, no momento em que se instaura o concurso de credores, pois é nesse momento que os direitos dos credores se tornam efectivos. Á instauração do concurso deverá, pois, atender-se para se fixar, quanto aos juros que gozam da garantia hipotecária, o ano corrente.

Os juros que, nos termos do art 900 ° § único, sejam registados como crédito distinto, só ficam tendo preferência desde a data do registo As palavras *crédito distinto* não significam que êsses juros representem uma nova dívida, mas que não se consideram abrangidos na dívida principal, para o efeito de gozarem das mesmas vantagens hipotecárias que a esta são atribuídas

Donde resulta que o registo dêsses juros não pode prejudicar os credores anteriormente inscritos. Estes só podem ser prejudicados pelos juros que se consideram compreendidos na dívida principal (1)

146 *Bens sôbre que pode recair a hipoteca.* Quanto ao objecto da hipoteca, esta só pode recair sôbre bens imobiliários, que não estejam fora do comércio (art 889 °) Sôbre os bens imobiliários que estão fora do comércio não pode validamente constituir-se hipoteca, pois que, não podendo esses bens ser alienados, não ofereceriam ao credor a vantagem que da hipoteca deriva assegurar o cumprimento da obrigação pelo preço da venda dos bens sôbre que recai êsse encargo.

Para que os imóveis possam ser hipotecados, é necessário que possam ser alienados (art 894 °) e que essa alienação

(1) O art 900 ° não é aplicavel aos juros capitalizados, comissões e quotas de indemnização da Companhia geral do credito predial português, como se julgou nos acordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 1906, 10 de maio de 1907 e 23 de janeiro de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. 20, pag. 557, vol 21, pag 445 e vol 22, pag. 662.

possa ser feita forçadamente Quando a lei faculte a alienação voluntária, mas não permita a penhora, o credor hipotecário ficaria sem garantia alguma pela hipoteca, visto que não podia executar os bens hipotecados para se pagar pelo produto deles (1).

Os bens que estejam isentos de penhora por pertencerem ao Estado e aos corpos e corporações administrativas não são por êsse motivo insusceptíveis de hipoteca, porque, desde que neles se constitua hipoteca, podem ser penhorados (cód. de proc. civil, art. 815 °) Quando se declare que certos bens não são susceptíveis de penhora e não se faça a restrição referida, esses bens não poderão ser hipotecados É o que se dá com os túmulos (cód de proc. civil, art 815 ° n ° 6 °) e com o material fixo e circulante dos caminhos de ferro (cód. de proc. civil, art 815 ° n ° 8 °) (2)

O facto de se tornar necessária autorização para a transmissão de determinados imóveis não envolve a necessidade de autorização para que nesses bens se constitua hipoteca, pois que a autorização respeita ao concessionário e não ao credor, podendo esses imóveis ser hipotecados desde que se faculte a penhora deles É o que se dá com as minas, cuja propriedade é intransmissível sem autorização do govêrno

[1 Vejam-se os decs n ° 10 552, de 16 de fevereiro de 1925 (aproveitamento e divisão de baldios), artt. 18.° § 1.° e 21.°, n ° 10 553, da mesma data (aproveitamento de terrenos incultos e de charneca), art 18 ° § 2 ° alineas *d*), *e*) e § 4 °, n ° 7 033, de 16 de outubro de 1920 (casal de familia) artt. 19 °-21 °]

(2) Pelo art 2 ° do dec. de 9 de novembro de 1893 podem ser arrestados, penhorados e adjudicados para pagamento de dividas das companhias de caminhos de ferro os rendimentos dessas companhias, liquidos de todos os dispêndios com a administração, exploração e conservação, e o preço da venda da concessão em hasta publica Podendo esta concessão ser considerada um usufruto em bens que são do dominio publico, afigura-se-nos licita a hipoteca da concessão, da qual resultara a preferência sôbre o produto da sua venda.

O que dizemos acêrca de concessões de caminhos de ferro sera igualmente aplicavel a quaisquer outras em bens do dominio publico que possam ser penhoradas.

(dec. de 5 de julho de 1894, art. 42 °), mas é susceptível de alienação forçada (1) (2).

Quando sôbre os prédios em que se constitue a hipoteca haja um direito dependente de condição suspensiva ou resolutiva, a hipoteca entende-se constituída sob a mesma condição (art 896.°), porque os prédios não podem ser transmitidos sem ela.

Quanto aos bens móveis, não foram eles pelo código civil considerados susceptíveis de hipoteca, porque não seria possível uma acção segura e eficaz pela qual se fizesse valer quanto a eles o direito hipotecário, visto que, ficando em poder do devedor, êste poderia aliená-los ou fazê-los desaparecer, e nem sempre seria possível, no caso de alienação, identificar os bens hipotecados de forma que se pudesse proceder contra o adquirente. Dado que isto fôsse possível, levantar-se-ia um grande embaraço à sua circulação, pois que ficaria responsável pela dívida, até ao valor deles, quem os tivesse adquirido.

Estes inconvenientes não se verificam, porém, em relação aos navios, em virtude do registo que para eles se estabeleceu, e podem deixar de dar-se em relação a determinadas categorias de bens mobiliários que, pelas relações que há entre eles e os prédios, sejam susceptíveis de registo Estão nessas condições o gado e os instrumentos necessários para a agricultura.

Nem todos os bens imobiliários são susceptíveis de hipoteca O código determina quais os bens sôbre que ela pode recair e é taxativa a enumeração nele feita, pois preceitua que *só* podem ser hipotecados (art 890 °):

1.° Os bens imóveis e os imobilizados de que se faz menção nos n.os 1 ° e 2 ° do art. 375.°, ficando portanto exceptuados

[1 Veja-se a lei n.° 677, de 13 de abril de 1917, art 55 ° e o dec n.° 9 546, de 27 de março de 1924, art 6 °]

(2) Veja-se o ac. do S T J de 15 de junho de 1886, na *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 28 °, pag 320, e esta *Revista,* vol 30 °, pag 6

os fundos consolidados que se acharem imobilizados perpétua ou temporàriamente, os quais são susceptíveis de consignação de rendimentos, mas não de hipoteca,

2.º O usufruto dos mesmos bens,

3.º O domínio directo e o domínio útil nos mesmos bens (1).

Os bens imobilizados a que se refere o n.º 1.º do art. 375.º não podem ser hipotecados separadamente do prédio de que fazem parte integrante, porque, sob êsse aspecto, lhes falta uma existência própria e independente. Sôbre esses bens constitui-se hipoteca com o prédio de que são acessório, entendendo-se que ficam compreendidos nela, pelo princípio de que o acessório fica sujeito às mesmas relações jurídicas que se estabelecem para o objecto principal. Assim, hipotecado um prédio rústico, ficarão compreendidos na hipoteca os produtos e frutos dêsse prédio, desde que êle seja penhorado; na hipoteca dum prédio urbano e na dum prédio rústico compreender-se hão também as partes integrantes, donde resulta que deve ser resolvida em sentido afirmativo a dúvida que se tem suscitado (2) sôbre se pode ser hipotecada uma fábrica, pois que esta é constituída pelo maquinismo juntamente com o prédio, considerando-se imobilizado êsse maquinismo pelo facto de não poder ser retirado do prédio sem prejuízo do serviço útil que êste presta. O maquinismo é, portanto, uma parte integrante do prédio.

Desde que o dono do prédio aliene os produtos, frutos ou partes integrantes, estes deixarão de ser considerados parte do prédio e não podem ser objecto de hipoteca, mas, havendo uma hipoteca constituída sôbre o prédio pode o credor proceder contra o devedor ou contra o adquirente, quando as alienações hajam sido feitas de má fé. Assim, o proprietário do prédio hipotecado não fica inibido de alienar os frutos até que se dê a penhora, e pode alienar também as árvores do prédio rústico, o dono duma fábrica pode alienar todo o maquinismo ou parte dêle substituindo-o ou não por outro.

[1] Veja-se o dec. n.º 5:219, de 8 de março de 1919 (credito agricola), artt. 347.º-349.º]

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 19.º, pag. 4.

Quando estas alienações sejam feitas de forma que o crédito hipotecário não fique devidamente garantido, o credor poderá exigir do devedor o reforço da caução ou o cumprimento da obrigação, e poderá também proceder contra o adquirente, no caso de insolvência do devedor, fundado na acção pauliana.

Desde que se faz a penhora, os frutos, produtos e partes integrantes do prédio hipotecado entram na hipoteca, não podendo invocar-se qualquer direito sôbre esses frutos, produtos ou partes integrantes, visto que eles estavam compreendidos na hipoteca e esta produz efeitos em relação a terceiros desde a data do registo. Assim, tendo-se feito posteriormente à hipoteca um contrato de consignação de rendimentos ou de arrendamento, o credor consignatário só poderá pagar-se depois de pago o hipotecário, e o arrendatário não poderá tornar efectivo o seu contrato contra o ónus hipotecário, desde que o arrendamento não produza efeitos em relação a terceiros independentemente de registo (art. 1621.º § 2.º) (1) (2).

Quanto aos bens a que se refere o n.º 2.º do art. 375.º acham-se especificados nos n.ºs 2.º e 3.º do art. 890.º o direito do usufruto, o domínio directo e o domínio útil.

A razão por que se especificaram estes direitos, quando eles já se achavam compreendidos no n.º 1.º do mesmo artigo, é esta: neste número consideram-se os direitos inerentes aos imóveis como formando um todo com estes, e são

[1] Veja-se o decr. n.º 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.º, 36.º, 58.º, e lei n.º 1503, de 3 de dezembro de 1923 e confr. lei n.º 1662, de 4 de setembro de 1924, art. 1.º]

(2) Numa resposta a um agravo do douto juiz dr. Neves e Sousa de 11 de agosto de 1898 e no ac. da Relação de Lisboa de 26 de novembro do mesmo ano que confirmou o despacho (na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 31.º, pag. 410), sustentou-se e julgou-se que a penhora dos bens hipotecados não abrange os rendimentos, compreendendo a hipoteca só o casco dos bens. A *Revista de legislação e de jurisprudência* tem sustentado doutrina contraria (veja-se o vol. 19.º, pag. 180, e o vol. 34.º, pag. 310). Fundou-se, porem, no vol. 19.º, no art. 891.º n.º 1.º, que, a nosso vêr, não respeita aos frutos e rendimentos. Estes ficam compreendidos na hipoteca e na penhora como acessorios e portanto por força do disposto no art. 890.º n.º 1.º, e nos artt. 819.º, 824.º e 827.º a 830.º do Codigo de processo civil.

portanto abrangidos na hipoteca dos respectivos imóveis, sem que a êste respeito seja necessária qualquer declaração; nos n.os 2.º e 3.º consideram-se esses direitos, de per si, susceptíveis de hipoteca. A especificação, porém, dos direitos em que pode recair, considerados esses direitos de per si, o ónus hipotecário, não foi feita com a devida nitidez.

Os direitos inerentes aos imóveis podem ser de gôzo ou fruição e de garantia.

Quanto aos direitos de gôzo, o código enumera-os no art. 2189.º, dando-lhes a designação de *propriedades imperfeitas*. Ora dêstes direitos não são apenas o usufruto e os domínios directo e útil nos bens enfitêuticos que podem ser hipotecados; também o podem ser o censo e o quinhão.

Pelo que respeita ao censo reservativo, o código, que o proibiu, considera de enfiteuse o contrato que, posteriormente à sua publicação, se celebre com essa denominação (art. 1706.º), e, quanto aos censos constituídos anteriormente, aplica expressamente à alienação do censo pelo censuista e do prédio pelo censuário as disposições relativas ao contrato de enfiteuse (art. 1708.º), donde se conclue que quer o censo quer o prédio podem ser hipotecados (art. 894.º). O facto de no art. 1708.º não se fazer referência ao art. 1676.º e de no art. 890.º não se fazer referência aos bens censíticos não tem valor algum. A verdade é que estes bens são da mesma natureza que os enfitêuticos, e, podendo estes ser hipotecados, também o podem ser os censíticos.

Quanto ao censo consignativo, êste representa também uma propriedade imperfeita (art. 2189.º § único), sendo assim o direito do censuista considerado como autónomo, tendo o prédio em que o censo é consignado a mesma natureza que o prédio enfitêutico (art. 1647.º) e podendo portanto ser hipotecado o prédio pelo censuário e o censo ou renda pelo censuista.

O quinhão, que é uma forma especial de compropriedade (art. 2190.º), pode, como esta, ser hipotecado. Expressamente declara o art. 2194.º que o quinhoeiro pode *exercer* êsse direito, e o art. 2195.º diz que êle pode alienar o seu direito e o posseiro a posse do prédio.

Os outros direitos enumerados no art. 2189.º não podem ser hipotecados.

O compáscuo (art. 2262.º), quer represente apenas uma comunhão recíproca de pastos de diversos proprietários nos seus respectivos prédios, quer abranja também o direito de pastagem constituído num prédio em favor de gados do prédio doutrem, não pode ser hipotecado, porque, com reciprocidade ou sem ela, representa sempre um direito de certos prédios e só pode ser alienado com eles (1).

As servidões, sendo inseparáveis dos prédios a que activa e passivamente pertencem (art. 2268.º), também não são susceptíveis de hipoteca. Uma servidão pode ser constituída para tornar efectivo um direito que não pertença a determinado prédio, ou que tenha valor independentemente dêsse prédio. Assim, A., que adquiriu o direito de minar num prédio de B., tem uma nascente neste prédio, que pode alienar independentemente do prédio que tenha sido irrigado por ela. Podendo alienar essa nascente, alienará com ela a servidão que, para se utilizar da água, se acha constituída no prédio onde a nascente brota. E parece-nos que, podendo alienar a nascente, também a pode hipotecar. A hipoteca não recairá, porém, sôbre a servidão, mas sôbre a nascente (2).

O uso e a habitação não podem, porque têm carácter pessoal (art. 2254.º), ser hipotecados.

Além dos direitos especificados no art. 2189.º há os direitos de garantia. hipoteca e consignação ou adjudicação de rendimentos.

Tem sido largamente discutido se pode haver hipoteca de hipoteca.

Já vimos que a hipoteca tem, como direito real, uma existência própria, podendo separar-se dum crédito para garantia

(1) Veja-se Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tômo 2.º, § 25, Coelho da Rocha, *Instituições*, § 591 nota, e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 32, pag. 310.

(2) A transmissão da nascente e a hipoteca que nesta se constitua inscrevem-se no registo com referência ao predio em que ha a nascente.

doutro crédito Assim, tendo-se efectuado um empréstimo de três contos com garantia hipotecária, considerando-se êsse crédito extinto pela realização dum contrato de abertura de crédito até à quantia de seis contos, no qual a quantia em dívida ficou representada por meio de letras, e reservando-se a garantia hipotecária do crédito anterior, esta reserva produz todos os seus efeitos, conservando a hipoteca, em cuja inscrição tem de declarar-se por averbamento o novo crédito a que serve de garantia, a data primitiva do registo, e ficando portanto o credor com o direito de preferência, até à importância do crédito anterior, em relação a qualquer credor hipotecário que tenha registado a sua hipoteca anteriormente ao contrato da abertura de crédito Não deixa dúvidas a êste respeito o art 807.°

Também nos parece incontestável que um credor pode ceder o seu direito hipotecário a favor doutro credor do mesmo devedor que tenha hipoteca de segunda ou de terceira linha Podendo separar-se a hipoteca do crédito e estando os bens do devedor vinculados já a obrigação que, pela renúncia do credor que tinha primeira hipoteca, ficou ocupando o lugar da que era garantida por esta, não há razão alguma que possa opor-se à validade dessa renúncia, pela qual não será prejudicado o devedor, nem ficarão lesados os direitos de terceiros, visto que o credor, a favor de quem se fez a renúncia, só terá, como credor hipotecário de primeira linha, os mesmos direitos que tinha o cedente.

Será facultado, porém, ao credor hipotecário dar a hipoteca em garantia duma dívida contraída por êle, independentemente da cessão do crédito?

Notaremos, em primeiro lugar, que êste contrato não pode produzir efeitos sem consentimento do devedor ou de quem constituiu a hipoteca, do mesmo modo que não o tem a reserva da hipoteca no contrato de novação (art 807.° § único) Pela hipoteca assinam-se bens para garantia duma obrigação e não podem esses bens ficar directamente vinculados a outra obrigação, sem que o respectivo proprietário nisso consinta.

O credor, a quem fôsse hipotecado o direito hipotecário

sem consentimento do proprietário do prédio, não poderia pagar-se pelo valor do prédio, executando-o, porque êste não se achava vinculado ao seu crédito, e, sendo a hipoteca o direito de se pagar pelo valor do prédio, não poderia tornar-se efectiva a hipoteca constituida sôbre a hipoteca.

Quando, porém, o proprietário do prédio consinta em que a hipoteca constituida a favor dum crédito fique garantindo outro, não vemos razão alguma que possa opôr-se à validade dêsse acto Trata-se duma hipoteca ja constituida, dando-se apenas a transferência dela dum crédito para outro, o que, como vimos, é facultado pelo código

Pode assim transmitir-se o direito hipotecário independentemente do crédito, tendo essa transmissão de fazer-se por meio de averbamento à inscrição hipotecária (1)

Sôbre a consignação e adjudicação de rendimentos não pode constituir-se hipoteca, porque essa consignação e adjudicação, que têm o carácter de ónus real, representam o acessório dum crédito, um vínculo de obrigação entre o credor e o devedor, não tendo aquele o direito de pagar-se pelo produto do prédio dado em consignação e não tendo o direito aos rendimentos um caracter autónomo

Pelo mesmo motivo não pode ser hipotecado o direito ao arrendamento, embora êste constitua um ónus real sempre que seja suceptível de registo (2)

O direito de usufruto que pode ser hipotecado é o direito *formal* ou já constituido e não o direito de fruição ou usufruto *virtual*, que representa um dos direitos que a propriedade abrange (art 2169.° n.° 1.°) Pela hipoteca não pode constituir-se, visto que esta representa apenas uma garantia e não um direito de gôzo, o usufruto como um direito autónomo, cuja duração não poderia ser precisamente determinada pelo título constitutivo da hipoteca, visto que o usufruto só

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 41.°, pag 315

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 13.°, pag 375, vol 20.°, pag 565 e vol 41.°, pag 316 e confr o *Direito*, vol 12.°, pag 468

se constituiria no próprio momento em que se tornasse efectivo o direito hipotecário.

Quem seja proprietário pleno hipotecará juntamente com a propriedade o direito de fruição; não poderá hipotecar êste separadamente.

Os bens imóveis e os direitos a estes inerentes podem estar na comunhão de vários proprietários (art. 2175 °) e cumpre portanto determinar quais são os seus direitos relativamente à constituição de hipoteca sôbre esses bens A êste respeito dispõe o art. 915 ° que o prédio comum de diversos proprietários não pode ser hipotecado na sua totalidade sem consentimento de todos; mas, se fôr divisível, cada um pode hipotecar separadamente a parte que nele tiver, e só a respeito dessa parte vigora a indivisibilidade da hipoteca. Conclue-se desta disposição que, sendo o prédio divisível, cada proprietário pode hipotecar o direito que nele tiver, e que, sendo o prédio indivisível, a hipoteca assim constituida é nula (1).

Podendo, porém, o comproprietário alienar o seu direito (art. 2177 °) e sendo êste penhorável (cód de proc civil, art. 815.° § único), a hipoteca não devia considerar-se nula em vista do art. 894 °, e, sendo o art. 915.° aplicavel às hipotecas voluntárias, parece-nos que, pelo menos em relação às legais, se poderá seguir a doutrina de que se podem registar estas hipotecas no direito do comproprietário, sem a limitação estabelecida no artigo citado.

147. *Extensão da hipoteca* Constituida a hipoteca sôbre os bens imobiliários que ficam especificados, é necessário determinar o que a hipoteca abrange, no caso em que no prédio hipotecado ou nos direitos sôbre êle tenha havido qualquer modificação.

Os bens imobilizados a que se refere o art. 890 ° e que são os produtos, frutos e partes integrantes do prédio não

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 19.°, pag 5, vol. 34 °, pag 451 e vol 36.°, pag 403.

entram nesta matéria relativa à extensão da hipoteca, visto que com o prédio são imediatamente hipotecados os acessórios.

Sôbre a extensão da hipoteca dec ara o art. 891.° que ela abrange:

1.° As acessões naturais, ou as cousas que, por efeito da natureza ou casualmente, acrescerem ao prédio (art 2290 °), donde se conclue que não são abrangidos na hipoteca os terrenos que mediante o trabalho do proprietário ou em virtude de adquisições feitas por êle acrescerem ao prédio hipotecado (1).

2.° As bemfeitorias feitas à custa do devedor, salvo o direito de terceiro, na parte que o valor do prédio tiver sido aumentado por elas. Esta excepção abrange não só o privilégio especificado no art. 887 ° n ° 2.°, o qual se dá em relaçao às bemfeitorias necessárias embora não tenham aumentado o valor do prédio, mas respeita também. 1) às despesas de construção, reparo ou melhoramento de edifícios, de arroteamento, plantação, enxugo ou esgotamento de prédios rústicos, na parte em que tenham aumentado o valor do prédio, se êste já estiver hipotecado, devendo entender-se que a êste aumento de valor se limita em relação ao credor hipotecário já inscrito a preferência resultante de qualquer hipoteca que haja sido estipulada para segurança do empreiteiro, hipoteca para que é permitido o registo provisório, quando se especifiquem os imóveis a que tais despesas hão de ser aplicadas, a importância delas, e o prazo estabelecido para o cumprimento do contrato (art 976.°), 2) às bemfeitorias feitas por possuidores em prédio alheio, quando esses possuidores tenham de ser indemnizados do valor dessas bemfeitorias, 3) às acessões imobiliárias, quando haja por estas o direito de indemnizaçao Nestes últimos casos e sempre que seja atribuido o direito de retenção a quem fez as bemfeitorias,

(1) No acordão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1899 julgou-se que a hipoteca não compreendia um terreno que havia acrescido a um predio em virtude de trabalho do proprietario. Veja-se êsse acordão na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. 13 °, pag 271.

tem de verificar-se, para determinar os direitos do credor hipotecário, se a êste pode opôr-se o direito de retenção, assunto de que trataremos a propósito dêste direito

Tem-se afirmado que as bemfeitorias a que se refere o n.° 2.° do art 891.° não abrangem as construções ou edifícios que, posteriormente à hipoteca, se levantem no terreno hipotecado, tomando-se para base dessa afirmação principalmente a história do artigo.

É assim que, determinando-se no Projecto primitivo (art 974.°): «a hipoteca compreende: 1.° As obras e edificações feitas no imóvel e quaisquer bemfeitorias, salvo o direito de terceiro emquanto houverem aumentado o valor do prédio», se diz que a Comissão revisora suprimira propositadamente as palavras *obras e edificações*.

Ora, como já sabemos, a Comissão revisora tomou por base, em matéria de privilégios e de hipotecas, a lei de 1 de julho de 1863, e nesta (art 92.° n.° 1.°) não se falava em *obras e edificações*. Certo é que o regulamento de 4 de agosto de 1864, explicava o referido artigo desta forma (art 119.°): «Não se compreende porém na hipoteca a nova construção de edifícios, aonde antes não existia construção alguma». Esta interpretação é, porém, posterior às alterações que a Comissão revisora introduziu na lei de 1 de julho de 1863 (1), e, sendo certo que a palavra *bemfeitorias* compreende quaisquer despesas que hajam sido feitas no prédio, entrando nessas despesas não só as de conservação, mas também as que, não sendo necessárias para a conservação, tenham aumentado o valor do prédio, despesas que o código designa pela expressão *bemfeitorias úteis*, e nas quais, como resulta do confronto entre os artt 499.°, 2306.° e 2307.°, entram as *construções*, a que só são aplicáveis disposições especiais quando a posse reúna determinadas condições (2), parece-nos que na palavra *bemfeitorias* se devem compreender não só as reparações que hajam sido ùtilmente feitas para aumentar o

(1) As alterações referidas foram introduzidas na sessão de 29 de janeiro de 1864

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 43, pag 152.

valor do prédio, mas ainda o aumento de valor que neste se dê em virtude de quaisquer obras, embora destas resulte alteração da sua natureza ou do seu destino E sendo a hipoteca indivisível, recaindo *em cada parte do prédio* (art. 893.°), é lógico que ela se estenda não só a todos os melhoramentos mas ainda às construções, desde que o solo hipotecado fica sendo um elemento componente destas (art. 374.° § único).

Quando num prédio urbano hipotecado se realizem obras em virtude das quais, ampliando-se êsse prédio, se compreenda nele terreno que não estava hipotecado, entendemos que a hipoteca abrangerá também êste terreno, se as obras realizadas representarem um acessório do prédio hipotecado, não podendo separar-se dele. Essas obras devem considerar-se bemfeitorias, e, sendo estas inseparáveis do terreno, êste ficará abrangido na hipoteca

3.° As indemnizações devidas pelos seguradores, que representam o valor dos bens hipotecados. No art. 902.° ainda se dispõe que, dando-se o caso de ser destruido o prédio hipotecado e de haver seu dono de receber alguma indemnização, os direitos do credor recaem no valor desta ou no prédio, quando seja reedificado à custa de quem tinha de indemnizar

4.° As indemnizações em virtude de expropriações ou prejuízos. Estas indemnizações representam, como as referidas no número antecedente, o valor do prédio que foi expropriado, ou a diminuição que o prejuízo causou no seu valor, e por isso justo é que elas se substituam de direito aos bens hipotecados

Quando se haja hipotecado separadamente o domínio útil do prédio e que, depois de constituida a hipoteca, o senhorio directo consiga a consolidação dos dois domínios, seja de que modo fôr, a hipoteca que onera o domínio útil acompanha o prédio (art 899.°)

Êste artigo, que é a reprodução quási textual do art. 95.° da lei de 1 de julho de 1863, é uma consequência do art 892.°, a que no citado artigo da lei de 1 de julho se fazia referência Desde que o domínio directo e o útil podem ser hipo-

tecados separadamente, a consolidação deles não devia fazer desaparecer a garantia hipotecária nem aumentá-la, sendo que esta apenas onera o domínio que foi hipotecado

Para se precisar, porém, o alcance dêste artigo, é necessário atender ao disposto no artigo 1676 °. Por êste artigo, o foreiro pode hipotecar o prédio e onerá-lo com quaisquer encargos ou servidões sem consentimento do senhorio directo, contanto-que a hipoteca ou o ónus não abranja a parte do valor do prédio, que corresponde ao foro e mais um quinto Embora a dívida assegurada pela hipoteca exceda a parte do valor do prédio que ao enfiteuta é permitido hipotecar, não é nula a hipoteca constituida, mas os direitos do senhorio não são, no caso de devolução do domínio útil, ofendidos, pois não fica responsável pela garantia que exceda o valor do prédio que o enfiteuta podia hipotecar. É assim que, acompanhando a hipoteca o domínio útil quando se dê a consolidação dos dois domínios, o senhorio directo só fica responsável pela dívida até onde chegar o valor do prédio, deduzida a parte do valor dêste que corresponda ao foro e mais um quinto (1). Donde se conclue que, dando-se a devolução do prazo para o senhorio directo nos termos do art. 1672.°, a hipoteca que onerar o domínio útil caduca.

A consolidação dos dois domínios pode dar-se nas mãos do enfiteuta e achar-se hipotecado o domínio directo. Neste caso, a hipoteca do domínio directo subsiste também, como resulta do disposto no art 892 °, e não abrange o domínio útil, como expressamente se declarava no art. 119 ° do regul de 4 de agosto de 1864 e resulta do disposto no art. 891 °.

E quando haja hipoteca no usufruto ou se tenha hipotecado a mera propriedade e se dê a consolidação do usufruto na propriedade, a hipoteca constituida nesta ou naquele subsistirá?

(1) Veja-se o acordão da Relação do Porto, de 19 de agosto de 1885, na *Revista dos Tribunais*, tomo 5 °, pag 149, a *Gazeta da Associação dos advogados de Lisboa*, tomo 1 °, pagg 497, 529, 543, 561 e 576 e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 16 °, pagg 7 e 275, e vol 36 °, pag 387

A êste respeito dispunha o regulamento citado de 4 de agosto de 1864, no art 119 °, que não se compreendia na hipoteca «a consolidação do usufruto em plena propriedade e outros casos de melhoria do domínio não contemplado ao tempo do contrato hipotecário, e que era susceptível de hipoteca distinta, embora esteja livre de qualquer hipoteca» Para determinarmos se, no caso de consolidação do usufruto na propriedade, caduca ou não a hipoteca constituida sôbre o usufruto e êste fica ou não abrangido pela hipoteca sôbre a propriedade, é necessário verificar a causa dessa consolidação. Assim, dando-se a consolidação em virtude de extinção do usufruto pelos factos especificados nos n.°s 1 °, 2 °, 4 ° e 6 ° do art 2241.°, extinguir-se há a hipoteca sôbre o usufruto Essas causas de extinção dão-se independentemente da vontade do proprietário e do usufrutuário, e era o direito de usufruto, tal como o seu título constitutivo ou a lei o determinam, que garantia o crédito hipotecário Quando, porém, a consolidação se dê pela transmissão do usufruto para o proprietário em virtude de negócio jurídico, a hipoteca sôbre o usufruto subsiste até que se dê a extinção do mesmo usufruto. O credor hipotecário não pode ser prejudicado por qualquer renúncia do usufrutuário ao seu direito, como o não pode ser também por qualquer contrato entre o usufrutuário e o proprietário em virtude do qual se dê a consolidação do usufruto na propriedade

Sempre que o usufruto se extinga por qualquer causa independente da vontade do usufrutuário, dando-se a consolidação por virtude da lei, a hipoteca que haja sido constituida sôbre a mera propriedade abrangerá também o usufruto. Esta doutrina, que aliás tem sido controvertida, afigura-se-nos uma consequência necessária de que a consolidação do usufruto na propriedade não é sòmente possível mas está virtualmente compreendida no direito de propriedade, visto que o usufruto é essencialmente temporário Sendo assim, quando se hipoteca a mera propriedade, hipoteca-se também o direito do mero proprietário ao usufruto desde que se verifique a extinção dêste por qualquer facto previsto no seu título constitutivo ou determinado por lei E, para que

dúvida alguma reste a tal respeito, bastará notar que se houver sido arrematado, em execução movida contra o proprietario antes da consolidação, o direito de propriedade, o adquirente desta ficará com direito ao usufruto, logo que, nos casos referidos, se dê a sua extinção

148. *Refôrço da hipoteca* Quando, por qualquer motivo, a hipoteca se tornar insuficiente para segurança da obrigação contraída, o credor tem o direito de exigir que o devedor a reforce, e, não o fazendo êste, pode o credor pedir o inteiro pagamento da dívida, como se estivera vencida (art 901 °) (1) Os bens hipotecados podem tornar-se insuficientes para segurança da obrigação contraída, já por caso fortuito, fôrça maior ou facto de terceiro, nos quais o credor ou o devedor não tenham responsabilidade alguma, já por facto do credor ou do devedor Nos três primeiros casos, a disposição do art. 901 ° harmoniza-se com a do art. 741 °. Quanto ao facto do credor, certo é que não o autoriza a pedir o refôrço da hipoteca, nem torna a obrigação exigível. Quando, porém, a insuficiência da hipoteca haja sido determinada por facto do devedor, o credor terá, aplicando-se o art. 741 °, o direito de exigir a dívida imediatamente, ao passo que o art 901 ° apenas lhe faculta o direito de exigir o refôrço da hipoteca, e, subsidiàriamente, o de pedir o integral pagamento da dívida

Notada esta antinomia, tem-se afirmado por um lado que o art. 901 ° deve harmonizar-se com o disposto no art 741 °, não sendo portanto aplicável ao caso em que a insuficiência da hipoteca haja sido determinada por facto do devedor (2), e, por outro lado, que o art 901 °, não fazendo distinção e sendo

[1 Veja-se o decr n ° 5219, de 8 de março de 1919 (credito agricola), art 364 °]

(2) Veja-se o Dr. Assis Teixeira, *Das obrigações a prazo*, pag. 49, *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 6 °, pag. 41, Dr. Pinto Coelho, *Das cláusulas acessorias nos negocios juridicos*, tômo 2 °, pag 81 e segg.

especial, abrange também esta causa de diminuição da garantia hipotecária (1)

As palavras *por qualquer motivo* que foram reproduzidas pelo código de processo civil (art 518 °), levam-nos a seguir esta opinião, como sendo a mais conforme à lei, pelo que respeita ao direito que o credor tem de pedir o refôrço da hipoteca, quando esta se torne insuficiente para garantia do crédito Entendemos, porém, que, se a hipoteca se tornar insuficiente por culpa do devedor e fôr aplicável o artigo 741 °, o credor pode exigir o pagamento sem pedir o refôrço da hipoteca Na hipótese prevista no artigo 741 °, não e necessário que o credor alegue a insuficiência da hipoteca; basta que alegue que a garantia hipotecária diminuiu por culpa do devedor e que essa garantia foi estabelecida por negócio jurídico a favor do credor O ficar sendo ou não insuficiente a hipoteca para garantia da obrigação é circunstância indiferente para a aplicação do citado artigo Trata-se, porém, dum direito do credor, a que êste pode renunciar, e entendemos portanto que lhe é facultado também pedir o refôrço da hipoteca, quando esta se torne insuficiente para garantir o crédito

149. *Espécies de hipoteca* O direito de hipoteca ou deriva imediatamente de disposição da lei ou da vontade das partes, e assim se dividem as hipotecas em *legais* e *voluntárias* (art 904 °), podendo estas ser constituídas por contrato ou por negócio jurídico unilateral

A nossa lei não admite, ao contrário do que sucede em algumas legislações estrangeiras, a *hipoteca judicial*, pela qual, reconhecida a obrigação por sentença do juiz, se criava por esta o direito de hipoteca sôbre quaisquer bens do condenado a favor de quem a obtivesse. E com razão rejeitou o nosso código essa espécie de hipoteca, porque, reconhecendo-se apenas pela sentença a existência do direito, não deve

(1) Conselheiro Dias Ferreira, 2.ª edição, vol 2 °, pag. 70, Dr Dias da Silva, *Processos especiais*, tomo 1 °, pag. 536

atribuir-se-lhe a fôrça de transformar um crédito de pessoal em real (1)

150. *Bases do regime hipotecário* Terminaremos estas disposições gerais acêrca das hipotecas, referindo-nos às condições fundamentais do sistema hipotecário, que, como teremos ocasião de verificar, tanto se aplicam às hipotecas legais como às voluntárias Essas condições são a *publicidade* e a *especialidade.*

A *publicidade,* que se realiza por meio do registo na conservatória com as formalidades exigidas pela lei, e a *especialidade,* que consiste em determinar a importância da dívida e os bens sôbre que recai a hipoteca, têm por fim tornar conhecida a situação dos bens imobiliários.

Não tem a hipoteca efeito algum relativamente a terceiros se não é tornada pública por meio do registo, e êste não pode fazer-se sem que haja bens especialmente determinados e sem que seja determinada também, pelo menos aproximadamente, a importância da obrigação garantida pela hipoteca

Cumpre-nos notar desde já, e veremos a importância do assunto quando tratarmos da hipoteca voluntária, que a especialidade, pelo que respeita à determinação dos prédios, se exige no registo, ou como condição de publicidade, e não no título constitutivo da hipoteca (2). É assim que, tanto as hipotecas legais como as voluntárias podem ser registadas em relação a quaisquer bens do devedor, quando não forem *especificados no título respectivo* os imóveis hipotecados (artt 909.° e 936 °) Daqui se conclue que a hipoteca, quando seja geral, pode abranger bens futuros, pois que o credor que tenha essa hipoteca constituida em seu favor pode a qualquer tempo requerer o registo nos bens imobiliários do devedor apresentando para êsse efeito o documento

(1) A hipoteca judicial era admitida na nossa antiga legislação (Ord, liv. 3 °, tit. 84 °, § 14.°, e lei de 24 de junho de 1774, art 44.°) e foi suprimida pela lei de 1 de julho de 1863 Veja-se *O Diário de Lisboa,* de 1865, pag 1190 e 1201

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol. 33 °, pag 51.

que confere o direito hipotecário e uma declaração assinada por êle e reconhecida pelo notário público, que contenha os elementos necessários para a identificação dos prédios sôbre que deve ser constituida a hipoteca (regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898, art. 103 °) (1).

151. *Vantagens da hipoteca* Das considerações gerais que acabamos de fazer acêrca da hipoteca, fácil é depreender as vantagens que oferece esta garantia e a sua superioridade relativamente às outras. Assim, tem sôbre a fiança a superioridade das garantias reais sôbre as pessoais, e sôbre o penhor e a consignação de rendimentos a vantagem de os bens hipotecados não sairem do poder do devedor, sendo que o credor não adquire sôbre esses bens nem o direito de gôzo nem o de detenção, e pode assim o devedor gozar e dispor livremente deles, sem que por isso o credor deixe de conservar o direito que tem, pois tanto o faz valer achando-se os bens em poder do devedor como de terceiro.

A importância da hipoteca verifica-se pràticamente no extraordinário desenvolvimento que tem tido, sendo enormes os capitais por ela garantidos.

A boa organização do regimen hipotecário constitue, pois, uma questão económica de incontestavel importância, se directamente interessa aos capitalistas, aos devedores e aos adquirentes de bens imobiliários, também interessa indirectamente ao público, porque, garantindo-se devidamente o capital, baixará o juro, e, determinando-se precisamente os encargos que oneram a propriedade imobiliária, tornar-se há mais fácil e rápida a circulação desta, promovendo-se assim o desenvolvimento da riqueza pública

Um bom sistema hipotecário deve oferecer ao capitalista, ou a quem empresta, seguros meios de verificação sôbre se o devedor é o proprietário dos bens que oferece em garantia e quais são os ónus que sôbre eles pesam, ao devedor meios.

[1 O decr n° 8437, de 21 de outubro de 1922, art 87 °, reproduz o citado art 103.° do regulamento de 1898].

fáceis de se libertar da obrigação, sem comprometer os legítimos interêsses do credor, e aos compradores de bens imobiliários os elementos precisos para conhecerem o estado dêsses bens, e, quando sôbre eles recaia alguma hipoteca, meios fáceis de a expurgarem. Estas condições realizam-se especialmente pelo registo, e, se é certo que podem introduzir-se reformas importantes no nosso regimen hipotecário, as vantagens que dessas reformas podem advir dependem em grande parte de se organizar o registo predial de forma que seja possível a rigorosa identificação dos prédios

152. *Das hipotecas legais, noções gerais.* As hipotecas legais resultam imediatamente de disposição da lei, sem dependência da vontade das partes, e existem pelo facto de existir a obrigação a que servem de segurança (art. 905.°).

A hipoteca legal é concedida para garantia de determinadas obrigações sôbre quaisquer bens imobiliários do devedor, ou sôbre bens determinados, havendo assim hipotecas legais gerais e especiais, e tendo tido o legislador em atenção, relativamente às primeiras, que são as especificadas nos n.os 1.°-5.° do art. 906.°, não só a qualidade dos credores — pessoas morais e pessoas singulares privadas da administração dos seus bens, mas a causa dos créditos, e, relativamente às especiais, que são as especificadas nos n.os 7.° e 8.° do mesmo artigo, a relação existente entre o crédito e os bens sôbre que recai o ónus hipotecario — hipoteca concedida aos coerdeiros e aos legatários. Não nos referimos à hipoteca legal especificada no n.° 6.°, a qual, como veremos, deve ser considerada hipoteca convencional

Sendo concedida imediatamente por lei e tendo a sua causa na origem do crédito, a hipoteca legal distingue-se do privilégio em que o direito de preferência por ela assegurado aos credores não existe independentemente do registo

Quando a lei declara que a *hipoteca legal existe pelo facto de existir a obrigação a que serve de segurança* não quer significar que a hipoteca se constitua no próprio momento em que se cria a obrigação, mas que, desde que existe a obrigação, se pode constituir a hipoteca. A lei cria a garantia

mas não a constitue, tornando-se necessário, para êste efeito, que se determinem os bens sôbre que a hipoteca deve recair e a quantia assegurada por ela, e o registo Emquanto não há a determinação dos bens sôbre que a hipoteca recai e da quantia por ela assegurada não pode dizer-se que a hipoteca esteja constituida, não derivando consequências algumas da disposição da lei que criou a garantia hipotecária. Tal lei representará apenas a faculdade de constituir a hipoteca concedida ao credor.

Tendo o privilégio preferência sôbre a hipoteca legal, esta teria sôbre o privilégio a vantagem de acompanhar os bens em poder de qualquer possuidor, se, como já notámos, não houvesse privilégios a que está inerente um direito real. A existência dêstes privilégios significa que ainda há hipotecas legais tácitas, sob a denominação de *privilégios*.

As obrigações garantidas por hipoteca legal são, salvas disposições especiais consignadas em algumas leis, como nos artt 705.° §§ 1.° a 3.° e 861.° § 2.° do cód de proc. civil, as designadas nos artt. 906.° e 907.° do código, cujas disposições não podem ser ampliadas por analogia, pois que a hipoteca legal, do mesmo modo que o privilégio, constitue uma excepção.

As hipotecas legais que, por falta de designação de bens sôbre que devam ser registadas, recaiam sôbre todos os bens imóveis de quem tenha de prestar essa garantia, podem ser reduzidas, a requerimento dos interessados, restringindo-se o encargo hipotecário aos bens que se considerem suficientes para garantia da obrigação (artt. 909.°, 917.°, 926.° § 2.°, 927.° e 932.° § único)

153 *Hipoteca legal a favor do Estado, dos municípios e estabelecimentos públicos, dos menores, ausentes e interditos, e da mulher casada* A fazenda nacional, os municípios e os estabelecimentos públicos, em que se compreendem as corporações administrativas (1) têm hipoteca legal nos

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 6.°, pag 22.

bens dos funcionários responsáveis por dinheiro que tenham de pagar ou arrecadar em nome dessas corporações, e nos bens dos seus fiadores, na conformidade das leis fiscais e administrativas, para pagamento das quantias em que ficarem alcançados, ou pelas quais se tornaram responsáveis (art. 906 ° n ° 1 °).

Esta hipoteca constitue-se pela nomeação dos funcionários nos termos das leis fiscais e administrativas, e pode ser substituida por depósito em dinheiro ou em títulos de dívida pública (art. 916.° e cód. de proc. civil, art. 509 °)

O menor, o ausente, o interdito, e em geral todas as pessoas privadas da administração dos seus bens, têm hipoteca legal nos bens dos seus tutores, curadores ou administradores, para pagamento dos valores a que deixaram de dar a aplicação devida, que não entregaram competentemente, ou que deixaram perder por culpa ou dolo (art. 906 ° n ° 2 °). Nos administradores dos bens compreendem-se os curadores ao ventre (artt 1824.° e 1825.°). Os pais também podem ser obrigados a prestar caução (artt 148 ° § único, 151 ° e 162 ° § único, e cód de proc. civil, artt. 512.° e 513.°) (1) e, quando o sejam, esta pode ser constituida por meio de hipoteca.

Para que se constitua a hipoteca legal estabelecida a favor de menores, ausentes e interditos é necessário que se determine a importância que por ela deve ser assegurada e se designem os bens sôbre que deve recair Em certos casos a determinação do valor da hipoteca compete ao conselho de família e noutros casos ao juiz

O conselho de família especifica o valor da hipoteca que tenha de ser prestada pelos tutores dos menores e dos interditos por êle nomeados ou confirmados e pela mãe binuba nos termos do § único do art 162 ° (2) (cód. civ., artt 224 ° n.° 9 ° e 919 ° e cód. de proc. civil, art. 768 °), o juiz conhece

[1 Veja-se a lei n.° 90, de 15 de agosto de 1913 e conf. com os artt 148.° § único e 162.°].

[2 Conf lei n.° 90, de 15 de agosto de 1913]

da caução que tenha de ser prestada pelos curadores dos ausentes e dos pródigos, pelos tutores dos menores e interditos cuja nomeação ou confirmação não pertença ao conselho de família, e pelos pais nos casos em que estes tenham de a prestar (cód. civ., artt 919.° § único, 282.°, 320.° n.° 3 ° e 346.°)

Esta hipoteca é criada pela nomeação do tutor, curador ou administrador (art 918 °) Feita a referida nomeação, o conselho de família ou o juiz, tendo atenção à importância dos móveis e rendimentos, que o nomeado deverá receber e poderá acumular em sua mão, determinará o valor da hipoteca e designará os bens em relação aos quais a mesma há de ser registada, e o prazo em que cumprirá fazer o registo, motivando a deliberação (art 919.° e § único).

O processo que tem de seguir-se para a determinação do valor da hipoteca é o determinado nos artt. 512.° e 513.° do cód. de proc civil, parecendo-nos que essa caução pode ser prestada por meio de depósito, pelo qual o juiz ou o conselho de família poderá substituir a hipoteca legal (art 908 °) (1). Sendo a caução prestada por hipoteca, ao conselho de família ou ao juiz compete designar, ouvido o nomeado, os bens sôbre que ela há de recair, procedendo-se para isso às necessárias diligências (cód. proc. civil, art. 513 ° e §§ 2.° e 3.°).

Será lícito ao conselho de família, quando o julgar conveniente, escusar o tutor, o curador ou o administrador nomeado, da hipoteca, ou só do registo e mais actos prévios, para que entre logo na gerência, preenchendo-se depois as formalidades do registo e mais actos prévios e, bem assim, admitir hipoteca de bens, cujo valor seja inferior ao dos móveis e rendimentos, quando o nomeado os não tiver suficientes e o conselho não preferir nomear outro (artt. 921 ° e 224 ° n.° 9.°).

O nomeado será intimado para, dentro do prazo assinado pelo conselho de família, fazer o registo da hipoteca e apresentar em juízo o respectivo certificado, e, se não satisfizer ou não alegar e provar escusa, que o conselho tenha por suficiente, o juiz lhe imporá uma multa de dez a cem mil réis,

(1) Veja-se o dr Dias da Silva, *Processos especiais*, tomo 1 °, pag. 531.

e mandará ex-ofício, mas à custa do nomeado, fazer o registo (art 922 °) (1).

Os recursos, que os nomeados ou o protutor e o curador geral interposerem das deliberações tomadas pelo conselho de família ou dos despachos do juiz, nos termos dos artigos antecedentes, nunca suspenderão os efeitos daquelas ou dêstes (art. 923 °)

Quando houver mais de um tutelado ou administrado, o tutor ou administrador, ao passo que fôr fazendo a cada um a entrega dos seus respectivos bens, e obtendo a aprovação das contas gerais, poderá requerer ao conselho de família autorização para o cancelamento do registo hipotecário pelo valor correspondente à responsabilidade finda (art. 924 °)

Também goza de hipoteca legal a mulher casada por contrato dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores mobiliários dotais e dos alfinetes estipulados (art 906 ° n ° 3 °) O dote, que é constituido pelos bens que gozam de garantias especiais, como a da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da irresponsabilidade pelas dívidas. tem registo como tal, se é constituido por bens imobiliários que dele sejam susceptíveis, e, sendo constituído em bens mobiliários, cómo é o marido o administrador dêsses bens, é êle que fica responsável pelo seu valor, que tem de ser entregue à mulher ou a seus herdeiros, se o não forem os próprios bens, quando se verifique a separação judicial de pessoas e bens ou a dissolução do casamento. A lei atendeu, pois, à situação especial da mulher para lhe conceder hipoteca legal A hipoteca legal existe não só para o dote, a que a lei, visto êle ser destinado a sustentar os encargos do matrimónio, concede especial protecção, mas ainda para os *alfinetes estipulados*, expressão por que o código designa os rendimentos que a mulher reservou no contrato antenupcial para deles dispor

[1 A lei n° 1552, de 1 de março de 1924, art. 3.°, elevou ao decuplo os valores fixados ate 31 de dezembro de 1914 como quantitativo de multas]

livremente, e que não podem exceder a terça parte dos rendimentos líquidos de seus bens (art 1104 °).

A hipoteca legal que a mulher casada tem nos bens do marido é constituída pela respectiva escritura dotal (art. 925.°), e tanto pode ser registada antes do casamento, como durante êle, ou depois da sua dissolução, mas por êsse registo não serão prejudicados os direitos dos credores anteriormente inscritos, os quais se pagarão dos seus créditos sôbre o valor dos bens hipotecados, de preferência à mulher (art 925 ° § único)

A hipoteca de que estamos tratando é constituída sôbre os bens que para êsse efeito hajam sido expressamente designados na escritura antenupcial, e, na falta de designação, sôbre quaisquer bens do marido Quando a hipoteca consista em bens expressamente designados para segurança do dote, só em relação a esses mesmos bens poderá ser registada (art 926 °), mas, se por qualquer motivo esta hipoteca se tornar ineficaz, tanto a mulher, como aqueles que a dotaram, poderão requerer que a mesma hipoteca seja reforçada (art 926.° § 1.°) Quando não se hajam designado na escritura antenupcial os bens que devem ser hipotecados para segurança do dote, ou quando tenha de se reforçar a hipoteca, será esta registada em quaisquer bens pertencentes ao marido, salvo o direito que êle tem de pedir a redução aos justos limites, isto é, que fique subsistindo o registo só em tantos bens, quantos bastem para efectiva segurança do dote, e ficando desonerados todos os outros que constituam o património do marido (art 926 ° § 2 °), direito que êle pode exercer mesmo no caso em que na escritura de dote se ache expressamente constituída a hipoteca geral, e que esta tenha sido registada em todos os bens do marido (art 927 °)

Em virtude da protecção que a lei dispensa ao dote, não é permitido passar alvará de consentimento para o casamento dos menores por contrato dotal, sem que, além dos outros documentos que forem exigidos por lei, o requerimento vá documentado com a certidão do registo provisório ou da apresentação a registo (cod de proc. civ., art. 774 ° § único) do dote, havendo-o em bens imobiliários, e da hipoteca para

segurança dos valores mobiliários, se a houver. O escrivão que sem isso passar o dito alvará, perderá o ofício e será responsável por perdas e danos (art. 929 °)

O registo provisório, que é feito em face do traslado ou certidão da escritura antenupcial, só se converte em definitivo pelo averbamento da certidão de casamento (art 971.°), e como fica extinto se não fôr convertido em definitivo dentro do prazo dum ano (art 974 °), preceitua o código que não é permitido deferir o requerimento para entrega dos bens, na hipótese de casamento de menor, sem que se mostre averbado de definitivo o registo provisório do dote e da hipoteca, havendo-o, e o tutor que, sem despacho do juiz, fizer a mencionada entrega dos bens ou de rendimentos, responderá por eles, como se tal entrega não houvera feito (art 930.° e § único).

As hipotecas concedidas em atenção à qualidade das pessoas a favor de quem são constituídas, que são as de que temos tratado, têm carácter preventivo, pois são estabelecidas para um crédito de natureza eventual, tendo por fim garantir o pagamento das quantias em que ficarem alcançados os funcionários públicos, dos valores a que os tutores ou curadores dos menores, ausentes ou interditos não derem a devida aplicação, não entregarem ou deixarem perder por culpa sua, e dos bens mobiliários dotais que o marido haja alienado, ou que, por culpa sua, se hajam perdido

Do carácter destas hipotecas resulta que elas são mais ou menos indeterminadas relativamente aos créditos que garantem, não se podendo precisar prèviamente, mas só no momento em que o funcionário público ou o tutor ou curador prestam as contas ou têm de ser entregues à mulher ou a seus herdeiros os bens mobiliários dotais, qual a importância total do alcance que há, se porventura o houver, e cujo pagamento é assegurado, de preferência aos outros credores, pelo valor dos bens hipotecados, dentro dos limites fixados à hipoteca. Se êsse alcance exceder o valor dos bens sôbre que se constituiu a hipoteca legal, as pessoas a favor de quem esta tenha sido constituída serão consideradas como credores comuns pela parte restante

A especialização da quantia assegurada pela hipoteca dá-se, pois, pela determinação da quantia máxima a cujo pagamento os bens ficam hipotecados, e só até êsse limite é que a hipoteca produz efeito relativamente aos outros credores pelo que respeita à preferência.

Além de carácter preventivo, têm também as hipotecas legais, a que nos estamos referindo, carácter tutelar, e por isso não é permitido renunciar a elas e a quaisquer direitos que provenham do registo (artt 908.° e 928.°), como o direito de preferência e o de o ónus hipotecário acompanhar o prédio em poder de terceiro. O código só é expresso quanto à proibição de renunciar a quaisquer direitos que provenham do registo, relativamente à mulher, mas essa proibição não pode deixar de considerar-se incluída na disposição do art 908.°, pois que, se fôsse permitido renunciar aos direitos que provenham do registo em favor de quem constitue a hipoteca ou de terceiros, anular-se-iam os efeitos da hipoteca

154. *Hipoteca legal a favor do cônjuge sobrevivo.* Tem hipoteca legal o cônjuge sobrevivo nos bens do falecido para pagamento do apanágio a que tenha direito (art 906 ° n ° 4 °). Têm o nome de *apanágio* os alimentos que pelo prudente arbítrio do julgador, tendo em vista os rendimentos dos bens deixados pelo falecido e as necessidades e condições do que lhe sobreviver, são arbitrados a êste, ou os que são estipulados por acôrdo amigável entre o cônjuge sobrevivo e os herdeiros do falecido, e que aquele terá o direito de receber emquanto deles precisar ou não passar a segundas núpcias (artt. 1231.° e 1232 °) Devem compreender-se também na designação de *apanágios* as prestações a que um cônjuge tenha direito por morte do outro em virtude de cláusula exarada na escritura antenupcial, quer essas prestações sejam deixadas expressamente a título de alimentos, quer não, desde que sejam estabelecidas de forma que se veja ser êsse o fim da deixa. No nosso antigo direito, a palavra *apanágios* compreendia os rendimentos anuais que a mulher tinha o direito de receber durante a viuvez do património de seu defunto marido, podendo esses rendimentos ser estipulados

ou determinados por lei (1) Pelo código civil, esses rendimentos tanto podem ser estabelecidos por contrato como determinados por lei, e não só a favor da viúva mas também do viúvo

Tratando do modo por que pode constituir-se a hipoteca legal por apanágio, diz-nos o código (art. 931 °) «que a hipoteca a favor da *viúva*, de que trata o n ° 4 ° do art 906 °, é constituída pelo título promissório dos *alfinetes, arras* ou *apanágios*».

Aproximando as duas disposições, notam-se as seguintes diferenças a hipoteca legal por apanágio tanto é concedida à viúva como ao viúvo (artt 906.° n ° 4.° e 1231 °), e o art 931.° trata só da constituïção da hipoteca em favor da viúva, o art 906 ° n ° 4 ° trata só da hipoteca legal pelo direito de apanágio, ao passo que o art 931 ° a dá também pelas *arras* e pelos *alfinetes*

Ora os alfinetes, tendo sido estipulado o regimen dotal, têm hipoteca legal pelo n ° 3 ° do art 906 °, a que a mulher não pode renunciar, e, havendo sido adoptado outro regimen, não lha concede o código no n ° 4.° do artigo referido, nem lha concede no art 931.°, pois que, sendo considerados como alfinetes os rendimentos de que a mulher pode dispor livremente durante o casamento, é óbvio que não tem direito a eles a viúva, e só a esta se refere o art 931 °. Quanto às *arras*, a que o código só se refere neste artigo e, em disposição de carácter transitório, no art. 1003 °, que eram a reserva de bens ou rendimentos estabelecida no contrato antenupcial a favor da mulher, para o caso de enviuvar e emquanto não passasse a segundas núpcias (2), e que o código no artigo citado confunde com apanágios, não têm hipoteca legal pelo código, mesmo que hajam sido constituídas em escritura dotal.

Podem os cônjuges estipular na escritura antenupcial, um em favor do outro, as deixas que bem lhes parecer, salvas as

(1) Coelho da Rocha, *Instituições*, tômo 1 °, § 284 °
(2) Veja-se Coelho da Rocha, *Instituições*, 1 ° vol., §§ 282 ° e 283 °

restrições estabelecidas na lei (art. 1166 °), e podem as deixas ser estipuladas para alimentos Nem neste caso, porém, há hipoteca legal para essas deixas em vida dos cônjuges, pois só a ficam tendo nos bens do cônjuge falecido, e portanto depois da dissolução do casamento por morte, nos termos do art 906.° n ° 4.°.

No art 931.° estabelece-se portanto uma disposição que não só está em contradição com o que preceitua o art. 906.° n ° 4.°, mas com outras disposições do código, facto que é devido a haver sido modificado pela Comissão revisora o art. 101 ° n ° 4 ° da lei de 1 de julho de 1863, correspondente ao art. 906 ° n.° 4 °, sem que se fizesse a alteração correspondente no art 127 ° da referida lei, que foi textualmente reproduzido no art. 931 °

Deve, pois, considerar-se menos exacta a doutrina do art. 931.°, e, como os apanágios tanto podem ser estabelecidos na escritura antenupcial em favor de qualquer dos cônjuges, como estipulados por acôrdo amigável ou arbitrados por sentença, tanto por uns como por outros goza o cônjuge sobrevivo de hipoteca legal, pois que o art 906.° n.° 4 ° não faz distinção.

A constituição da hipoteca legal por apanágios dar-se há pela escritura antenupcial, pelo respectivo contrato, ou pela sentença em que forem arbitrados, e o seu registo tanto pode ser requerido pelo viúvo como pela viúva É esta a doutrina que, em face das considerações que acabamos de fazer, se nos afigura que está sancionada no código, devendo ainda notar-se que do confronto entre os artt. 906 ° n °° 4 ° e 5.°, 931 ° e 932 ° resulta que os apanágios se devem considerar compreendidos nos alimentos, para que também se estabelece hipoteca legal, e que não havia razão alguma para especificar os apanágios no n.° 4.° do art 906 °, não se dando, como nos parece que se não da, ao cônjuge a favor de quem forem estabelecidos em escritura antenupcial, e designadamente à mulher, o direito de registar a hipoteca emquanto subsistir a sociedade conjugal

Pode, porém, a viúva ou o viúvo, fundados no art. 906.° n ° 4.°, registar a hipoteca nos bens do falecido para assegu-

rar a obrigação que em virtude da escritura antenupcial tenham os herdeiros de pagar determinadas prestações, embora estas não sejam expressamente estabelecidas a título de alimentos (1)

A hipoteca legal por apanágios, se os bens sôbre que deve recair houverem sido designados no título respectivo, deve ser registada nesses bens, podendo ser requerido o seu reforço, e, quando esses bens não hajam sido designados, pode ser registada em relação a quaisquer bens do cônjuge falecido, salvo aos herdeiros o direito de exigir que a hipoteca se limite aos bens necessários para o cumprimento da obrigação (art. 909 °).

155 *Hipoteca legal para garantia de obrigações alimentícias* Tem hipoteca legal o credor por alimentos, nos bens cujo rendimento se designar para os satisfazer, ou em quaisquer bens do devedor, quando não haja designação, tendo o devedor o direito de redução (artt. 906.° n.° 5.° e 932 ° § único) Os filhos de pais divorciados têm hipoteca legal sôbre os bens dêstes para garantia dos alimentos a que sejam obrigados (dec de 3 de novembro de 1910, art 24 ° § único)

As obrigações alimentícias a que o art 906 ° n ° 5 ° se refere são todas as prestações que, em virtude de testamento, por contrato ou por sentença judicial, sejam estabelecidas para sustento, habitação, vestuário, e para educação e instrução de menores (art 171 ° § único) Estabelecendo-se uma prestação para qualquer dêstes fins por testamento ou outro acto, fica o credor tendo hipoteca legal, quer essa prestação seja quer não indispensável ao alimentado Êste requisito exige-se apenas para a constituição das obrigações alimentícias estabelecidas por lei; não se exige para que as obrigações alimentícias sejam asseguradas por hipoteca legal

(1) Veja-se o ac da Relação do Porto de 31 de janeiro de 1896, na *Revista dos Tribunais*, vol 14 °, pag 293, que confirmou uma sentença em que se julgou não haver hipoteca legal para uma pensão de vinho, milho, azeite e lenha estipulada numa escritura antenupcial a favor da viuva, aplicando-se o disposto no art. 906 ° n ° 5.°.

A obrigação alimentícia pode estipular-se como reserva numa doação e tem a garantia estabelecida no art. 906.° n.° 5 ° (1)

A obrigação alimentícia é determinada por lei para os parentes dentro de certos graus (artt. 171.°-184 °) (2), para o cônjuge sobrevivo (artt. 1231.° e 1232 °), para os cônjuges divorciados, separados de pessoas e bens e cujo matrimónio seja anulado (decreto de 3 de novembro de 1910, artt. 29.°-33 °, cód civ., art 1207 °, e cód. de proc. civ , art 462 °, e dec. n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, art 32 °), e para as viúvas, descendentes e ascendentes das vítimas do crime de assassinato (artt. 2384 ° e 2385.°).

A hipoteca legal por alimentos é constituída pelo título donde resulta a obrigação de os prestar, que pode ser sentença, contrato ou testamento (art 932 °). Os alimentos estabelecidos por sentença podem ser definitivos ou provisórios (cód. de proc. civ , artt 391.° a 393.°). Quando estabelecidos provisòriamente, as respectivas sentenças são exequíveis embora delas haja recurso (cód de proc., art. 996 ° § 1.° n ° 14 °); se as sentenças forem definitivas, são exequíveis em metade, se não estiverem arbitrados alimentos provisórios, ou se o estiverem em quantia menor, e neste caso cessarão os alimentos provisórios (cód. de proc civ , art. 996 ° § 2 °) Sendo exequíveis, essas sentenças constituem título legal para o registo da hipoteca a favor da obrigação alimentícia nelas estabelecida, e êsse registo deve ser definitivo e não provisório. O registo provisório não foi estabelecido para êste caso como claramente resulta do art. 967 °, nem razão alguma havia para o estabelecer, pois que qualquer alteração que venha a ser feita no quantitativo da obrigação alimentícia, e que tanto pode resultar da apelação da sentença como de supervenientes modificações que se dêem no património do alimentante ou nas condições do alimentado,

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 38 °, pag 309, e vol. 40.°, pag. 373

[2 Veja-se o dec. n ° 10 767, de 15 de maio de 1925, que organiza e regulamenta os serviços jurisdicionais e tutelares de menores, art 47 °]

serão registadas por averbamento, se reduzirem o quantitativo, ou por nova inscrição, se o aumentarem Quando fôsse admitido o registo provisório, deveria determinar-se que êsse registo subsistisse, independentemente de renovação, emquanto o processo não fôsse julgado definitivamente, como para o registo das acções se estabeleceu no art 354.° § único do cód de proc civil (1) Ora não pode aplicar-se esta disposição não só porque é excepcional, mas porque não há analogia entre o registo das acções e o da hipoteca legal Não pode também renovar-se o registo provisório de alimentos, porque a lei o não faculta, o que indirectamente nos mostra que o registo da hipoteca legal para alimentos estabelecidos em sentença que nao tenha passado em julgado é definitivo e não provisório (2)

156. *Hipoteca legal a favor de coerdeiros e legatários.* Têm hipoteca legal os coerdeiros, para pagamento das respectivas tornas, ou quantias de dinheiro que os outros herdeiros lhes devam pagar pelo excesso de valor, relativamente à sua quota hereditária, dos lotes com que ficaram, nos bens da herança sujeitos a êsse pagamento, sendo essa hipoteca constituída pelo título legal da partilha e registada em relação aos respectivos bens (artt. 906.° n.° 7.° e 934.°).

[1 O decr de 13 de julho de 1918 acrescentou um § ao art. 354.° do cod de proc civil mas manteve sem alteração o preceito do cit § unico que passou a § 1.°]

(2) Nos acordãos da Relação de Lisboa de 13 de janeiro e 21 de julho de 1909 (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 23.°, pag 554 e 562) julgou-se que o registo provisorio de hipoteca legal para garantia de alimentos subsiste emquanto a respectiva acção não for definitivamente julgada, e que os efeitos do registo da decisão judicial em que se aumenta o quantitativo dos alimentos se retrotraem a data do registo provisorio anterior

Não se discutiu se o registo devia ser definitivo ou provisorio. Se a questão fosse considerada sob êste aspecto, talvez se pudesse considerar definitivo o registo Considerar subsistente um registo que a lei declara extinto de direito passado um ano, não se nos afigura admissivel, e, em nosso parecer, não se poderia dar efeito retroactivo ao acordão em que foram aumentados os alimentos e na parte em que o foram, pois que a hipoteca legal so produz os seus efeitos desde o registo

Gozam de hipoteca legal os legatários de quantia ou valor determinado, ou de prestações periódicas, nos bens sujeitos ao encargo do legado, para pagamento do mesmo, sendo essa hipoteca constituída pelo testamento e registada em relação aos bens sujeitos ao pagamento do legado (artt 906.° n.° 8.° e 935.°)

Se no próprio testamento houverem sido designados os bens sôbre que deve recair a hipoteca para assegurar o pagamento do legado, haverá hipoteca voluntária; se no testamento não houver sido feita essa designação, os imóveis que os herdeiros houverem do testador ficarão hipotecàriamente obrigados ao pagamento dos legados, e, se algum dos herdeiros fôr especialmente obrigado a êsse pagamento, só poderá o legatário exercer o seu direito hipotecário sôbre os imóveis que couberem em partilha ao dito herdeiro (art. 1846.° e § único)

Vê-se, pois, que todos os bens da herança ficam obrigados, nos termos dêste artigo, ao pagamento do legado, e que sôbre eles pode ser requerida a inscrição hipotecária, salvo ao herdeiro o direito de pedir a redução da hipoteca aos justos limites (art 909.°) (1) Quando haja, porém, sido estabelecido um legado sob a forma de pensão e se determine que esta será paga pelos frutos ou rendimentos dum determinado prédio, ou quando o legado consista em todos esses rendimentos ou parte deles, e estes tenham de ser entregues pelo herdeiro, por uma só vez ou em prestações, entendemos que só em relação ao respectivo prédio é que pode ser registada a hipoteca, e que é esta pròpriamente a hipótese a que se referem os artt 906.° n.° 8.° e 935.°.

157. *Hipoteca legal a favor de créditos privilegiados.* Os créditos, que têm privilégio de qualquer espécie, terão hipoteca legal todas as vezes que se acharem registados como créditos hipotecários, tendo para isso os necessários requisitos (art. 907.°) Pela última parte dêste artigo restringe-se

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 32.°, pag 168.

o alcance das palavras *que têm privilégio de qualquer espécie,* sendo que, devendo o privilégio recair sôbre bens susceptíveis de hipoteca, só podem ser registados os privilégios imobiliários, e, relativamente aos mobiliários, os que recaiam sôbre frutos ou rendimentos de prédios rústicos e urbanos, pois só esses é que reúnem os requisitos necessários para o registo.

Poderia até duvidar-se se os créditos por dívidas de foros, censos ou quinhões de prédios rústicos e urbanos, especificados nos artt 880.° n.° 1.° e 881.° n.° 1.°, gozavam de hipoteca legal, visto que esses privilégios não recaem sôbre o prédio, mas sôbre os frutos ou rendas, e que, sendo registados como créditos hipotecarios, os credores ficam tendo direito de preferência sôbre o produto da venda da propriedade (1). O regulamento de 20 de janeiro de 1898, determinando no art 104.° o modo por que pode efeituar-se o registo da hipoteca legal à segurança de dívida de foros, censos e quinhões, resolveu as dúvidas que a êsse respeito podiam suscitar-se (2). Êsse regulamento nada diz relativamente ao registo da hipoteca legal à segurança da dívida de renda, porque, sendo o credor proprietário, não pode aplicar-se-lhe o mesmo princípio

Havendo, pela legislação anterior ao código civil, hipoteca legal para garantir a contribuição predial e de registo, levantou-se, depois da publicação do código civil, questão sôbre se essa legislação havia sido revogada por êste código em virtude dos privilégios de que ficaram gozando essas contribuições (1) Parece-nos que, quanto à contribuição predial, a questão não tinha razão alguma de ser, pois não pode duvidar-se de que a fazenda pública tem por essa contribuição hipoteca legal estabelecida pelo código civil no art 907.° (2). Pelo que respeita à contribuição de registo, também dificuldades algumas podem suscitar-se Recaindo o privilégio por essa contribuição sôbre bens imobiliários susceptíveis de hipoteca, não há dúvida de que pode registar-se como hipotecário o respectivo crédito em face do disposto no art 907.°

No art 13.° da lei de 30 de junho de 1860 preceituava-se que «os bens transmitidos, quaisquer que sejam, e ainda que os possua terceiro, são hipoteca da contribuição, a qual será sempre integralmente paga com preferência a quaisquer créditos, ainda os mais privilegiados». A hipoteca a que esta lei se referia era um verdadeiro privilégio, que se tornava efectivo independentemente do registo Êsse privilégio é reconhecido pelo código para a contribuição predial (art. 887.° n.° 1.°) e pela lei de 24 de maio de 1911 para a contribuição de registo (art 6.°), podendo os créditos respectivos ser registados em relação aos bens sôbre que recaem

(1) Veja-se o acordão da Relação de Lisboa de 10 de janeiro de 1874, na *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 17.°, pag 57, em que se afirma que a hipoteca legal que no decreto de 16 de outubro de 1836, § 1.° do art 2.°, se estabelecia em favor dos senhorios directos nos predios enfitêuticos para pagamento das pensões, deixou de existir por força do art 5.° da lei de 1 de julho de 1867, estabelecendo o codigo civil, em vez dessa hipoteca, o privilegio mobiliario especial nos frutos dos predios rusticos respectivos

[2 O art 104.° do regulamento de 20 de janeiro de 1898 foi reproduzido sem alteração pelo decr. n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, art 88.°]

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol. 17.°, pag 402, e vol 36.°, pag 403, *O Direito,* vol 15.°, pag 333, e vol 16.°, pag. 363, e o Dr. Assis Teixeira, *Legislação portuguesa sôbre a contribuição de registo,* pag 110.

(2) O codigo de contribuição predial aprovado por decreto de 5 de julho de 1913 preceitua no art 275.° § 1.°, tendo por fim tornar efectiva esta garantia, que no caso de, por qualquer motivo imprevisto, alguma colecta de contribuição predial deixar de estar arrecadada, voluntariamente ou coercivamente, um ano depois do marcado para o pagamento da ultima prestação, fica obrigado o secretario de finanças a solicitar oficialmente do delegado do procurador da Republica, nos primeiros quinze dias depois de findo o referido ano, que promova no prazo maximo de dez dias, na respectiva conservatoria, a favor da fazenda nacional, o registo hipotecario da importância em divida, enviando para êsse efeito aquele magistrado a certidão do conhecimento, a certidão da matriz, com o teor da descrição dos predios colectados, e todos os mais esclarecimentos necessarios para o registo (Aditamento de pag. 733 da 1.ª edição)

Os créditos privilegiados, que sejam registados como hipotecários, não perdem por êsse facto o privilégio, e podem obter, no concurso hipotecário, o pagamento que no concurso de créditos privilegiados não tenham podido alcançar (art. 907.º § único)

Os privilégios mobiliários especiais estabelecidos para os créditos por dívidas de foros, censos e quinhões, assim como os créditos imobiliários especificados nos n.os 1.º e 2.º do art 887.º, são de duração limitada Daí a vantagem de registar os respectivos créditos como hipotecários, sendo que, pelo registo, não perdem a natureza de privilegiados, e, quando não possam ter preferência como tais, tê-la hão, relativamente aos créditos hipotecários com registo posterior, como créditos hipotecários Assim, tendo a fazenda nacional créditos por contribuição predial relativos a cinco anos, e tendo registado esses créditos, será paga, relativamente a três anos, como credora privilegiada, e, quanto aos outros dois anos, como credora hipotecária. No primeiro caso prefere a todos os credores, embora estes tenham registo anterior, no segundo só é paga, em concurso com os outros credores, de preferência aos que tiverêm registo posterior ao seu (art 1006.º)

158. *Hipoteca a favor dos estabelecimentos de crédito predial* Gozam de hipoteca legal os estabelecimentos de crédito predial para pagamento dos seus títulos nos bens que os mesmos títulos designam (art 906.º n.º 6.º) Esta hipoteca só pode ser registada relativamente a esses bens (art 933.º), sendo portanto especial, e indevidamente a incluiu o código entre as hipotecas legais, pois que os títulos, a que os artigos citados se referem, são os contratos de usura, não sendo assim essa hipoteca constituída por imediata disposição da lei.

159 *Hipotecas legais estabelecidas por leis especiais* Além das hipotecas legais estabelecidas pelo código civil, há outras estabelecidas por leis especiais

Assim, há hipoteca legal a favor da fazenda nos bens desamortizados para pagamento do preço da arrematação (lei de 28 de agosto de 1869, art 8.º § único e decr. de 25 de janeiro de 1911, art 1.º, modif 6.ª, § único) (1); quando o herdeiro negue a obrigação de conferir o que constar ter recebido ou haja questão sôbre os bens que recebeu e tem de conferir, e essas questões não puderem ser resolvidas no processo de inventário, êsse herdeiro terá de caucionar o valor correspondente ao dos bens sôbre que houver dúvidas, e, se no pagamento do herdeiro entrarem bens imobiliários, estes ficarão hipotecados a êsse valor (cód proc. civil, art 705.º § 1.º), há hipoteca legal nos bens imobiliários arrematados para garantia da parte do preço que o arrematante, por ser o exequente ou credor, não tenha de depositar (cód. proc civil, art 861.º § 2.º) (2)

Estas hipotecas, da mesma forma que as estabelecidas no código, só por meio do registo produzem efeito relativamente a terceiros

160. *Redução das hipotecas legais.* As hipotecas legais podem ser registadas em relação a todos os bens do devedor, quando não forem especificados no título respectivo os imóveis, o devedor, porém, pode exigir que o registo se limite aos bens necessários para o cumprimento da obrigação, e tem a faculdade de designar os que para isso quiser (art 909.º)

Para se compreender bem esta disposição, é necessário recordar que há hipotecas legais que são estabelecidas em todos os bens do devedor, e outras que só recaem sôbre bens certos e determinados Assim, as hipotecas legais a favor da fazenda nacional, do menor, da mulher casada, do cônjuge sobrevivo, são estabelecidas em todos os bens do devedor, a hipoteca a favor dos estabelecimentos do crédito predial, a

[1 Veja-se o decr n.º 9680, de 14 de maio de 1924]

(2) Sobre as hipotecas legais anteriores ao código civil e que por êste foram suprimidas, veja-se o dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, tomo 2.º, 2.ª ediç., pagg 183 e 184, o ac. do S. T de Justiça de 4 de novembro de 1898, na *Revista de legisl e de jurisprudência*, vol. 38.º, pag 299, e a *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 22.º, pag 225.

hipoteca pelos créditos privilegiados e pelos créditos provenientes de arrematação de bens e de partilhas recaem sôbre bens certos e determinados

Estas só podem ser registadas em relação aos bens que constam dos respectivos títulos, ou que são especificados por lei

Relativamente às que são estabelecidas por lei em todos os bens do devedor, é necessário ainda verificar se houve ou não designação de bens, para determinar em que bens se pode efectuar o registo

Assim, se se houver, em escritura pública, designado os bens que ficam hipotecados para garantir o alcance dum funcionário; se o conselho de família houver designado quais os bens do devedor que devem ser hipotecados, ou se êste os houver indicado e forem julgados suficientes, se na escritura antenupcial se houver estipulado quais os bens do marido que ficam servindo de garantia ao dote, se no testamento se determinar quais os bens que asseguram o pagamento do legado, só relativamente a esses bens é que a hipoteca poderá ser registada (artt 917 °, 920.°, 926.°, 927 ° e 932.°, § único), e, em qualquer dêsses casos, não se admitirá redução quanto aos bens especificados no título por que a hipoteca se constituiu (cód de proc. civil, art 529.°).

O art. 909 ° só se refere portanto às hipotecas legais que, por lei, sejam estabelecidas em todos os bens do devedor, quando se não hajam indicado, no título ou acto em virtude do qual é concedida a hipoteca legal, os bens sôbre que esta deve recair. E o art. 927.°, que regula a hipótese de a hipoteca haver sido registada originàriamente na totalidade dos bens do marido, admitindo o direito de redução, refere-se sem dúvida ao caso em que na escritura antenupcial se hajam hipotecado todos os bens do marido para garantia do dote Essa declaração, aliás desnecessária, como o é também a do art 927 °, não inibe o marido de requerer a redução da hipoteca, como não inibe o devedor de usar da mesma faculdade a estipulação de hipoteca geral em todos os seus bens (art 937 °). Para que o devedor não tenha o direito de fazer reduzir a hipoteca, é necessário que sejam especificados

os bens sôbre que esta deve recair, o que se não faz em nenhum dos casos referidos.

Das considerações feitas vê-se que o art. 909 ° é menos rigoroso quando declara *que as hipotecas podem ser registadas em relação a todos os bens do devedor,* pois algumas há que o não podem ser, e conveniente seria que as palavras *todos os bens* fôssem substituídas por *quaisquer bens,* para que não possa depreender-se da redacção do artigo que no registo apenas se tem de fazer uma inscrição em que se declare que a hipoteca abrange todos os bens do devedor, o que seria completamente contrário aos princípios em que assenta o regimen hipotecário, que exige sempre a especialização da hipoteca como condição de publicidade e portanto no registo.

A faculdade de reduzir as hipotecas funda-se em que a lei, estabelecendo um vínculo sôbre os bens do devedor para garantia do credor, só pode impôr êsse vínculo dentro dos limites da correspondência objectiva entre o crédito e os bens.

161. *Das hipotecas voluntárias, actos por que se podem constituir* No art. 910 ° declara-se que as hipotecas voluntárias nascem do contrato ou de disposição de última vontade, e no art 936.° que são constituídas pelos respectivos contratos ou testamentos.

Destas disposições parece dever concluir-se que, salvas as hipotecas constituídas por testamento, só se pode criar o direito hipotecário por contrato. Esta conclusão não é, porém, verdadeira, havendo, além das testamentárias, outras hipotecas que se constituem por negócios jurídicos unilaterais.

Assim, para a emissão de obrigações que seja feita por sociedades pode constituir-se garantia hipotecária, e no regulamento do registo comercial de 15 de novembro de 1888, preceitua-se (art. 57 °) que a inscrição de emissões de quaisquer títulos mencionados no n ° 6 ° do art 49.° do cód com., a cuja segurança se achem onerados ou hipotecados bens imobiliários ou navios, não poderá efectuar-se sem se apresentar certidão comprovativa de o respectivo ónus ou hipoteca se achar inscrito no registo predial ou de comércio, e no regul do registo predial determina-se (art 86.°

n.° 3 °) que aquele registo pode ser feito a requerimento da sociedade ou particular que emitir os títulos, e do dono ou detentor de qualquer número deles (1) Pode, pois, fazer-se o registo hipotecário antes da emissão dos títulos, e a criação da hipoteca, do mesmo modo que a emissão dos títulos, não pode deixar de considerar-se um negócio jurídico unilateral. Contrato de modo algum o pode haver, porque os credores são ainda indeterminados no momento em que a hipoteca se cria, visto que a hipoteca precede a emissão dos títulos Ora não pode haver contratos com pessoas indeterminadas.

Nos termos do art. 912.°, as hipotecas voluntárias podem provar-se por escritos assinados apenas pelas pessoas que as constituirem, e esses escritos são admissíveis a registo, independentemente de qualquer intervenção por parte do credor, quando a hipoteca seja constituida para segurança dum empréstimo que se pretende contrair (2). Nêste caso não pode também dizer-se que haja um contrato A criação da hipoteca faz-se para garantia dum crédito futuro, não intervindo o credor na constituição da hipoteca E é certo todavia que o direito real, em virtude do qual o credor fica tendo preferência, se constitue no momento em que a hipoteca é registada e não no momento em que se torna efectivo o crédito para cuja garantia se criou a hipoteca (art 973.°)

Em qualquer dos casos que acabamos de referir, a constituição da hipoteca dá-se independentemente da vontade do credor, e afigura-se-nos que pode suceder o mesmo quando a garantia hipotecária seja criada para um crédito já constituido.

Não pode haver a êste respeito dúvida alguma, quando a

[1 O artigo 86.° do regulamento de 1898 foi reproduzido sem alteração pelo Decreto n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, art. 68.°].

[2 So por documento autêntico extra oficial podem provar-se as hipotecas convencionais (Dec. n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art 63.° n.° 2.° e §§ 1.° e 3.° e lei n.° 1552, de 1 de março de 1924, art 6.°), o que não obsta a que se faça o registo provisorio em presença de declaração nos termos do art. 969.° e dos decretos n.°s 8373, art. 95.° § 4.° e 8437, artt 89.° e 94.°].

hipoteca seja criada por testamento. Desde que a hipoteca voluntária se pode constituir por testamento e que o código não faz, quanto às hipotecas assim constituídas, restrições algumas, pode criar-se num testamento hipoteca para garantia duma dívida do testador, e o credor, a favor de quem foi criada a hipoteca, pode registá-la, apresentando para êsse efeito o testamento. Neste caso de modo algum pode dizer-se que a hipoteca se constituiu por meio dum contrato, visto que a aceitação da hipoteca por parte do credor se dá posteriormente ao falecimento do devedor. Sendo assim e não representando a hipoteca uma liberalidade, não sendo uma disposição de bens, mas apenas a garantia duma dívida, segue-se que, sendo lícito estabelecer a hipoteca em testamento, também o deve ser por um negócio jurídico unilateral entre-vivos

Para que a hipoteca só pudesse constituir-se por contrato, seria necessário que entre ela e o crédito houvesse uma relação que envolvesse qualquer modificação nos elementos por que êste é constituido. Ora pela hipoteca apenas se constitui um direito real para garantia do crédito, subsistindo as mesmas relações pessoais entre o credor e o devedor O credor nunca pode ser portanto prejudicado pela hipoteca, e desnecessário deve ser conseguintemente que êle intervenha na sua criação E tanto é assim que o código, determinando o modo por que podem provar-se as hipotecas voluntárias, *provenientes de contratos,* diz (art 912 °) que se o valor assegurado não exceder a cinquenta mil réis, a hipoteca pode provar-se por documento particular, escrito e assinado pela pessoa que a constituir, ou, se essa não souber ou não puder escrever, por outrem a seu rôgo, tendo a assinatura de duas testemunhas que escrevam os seus nomes (1).

A aceitação por parte do credor não tem de provar-se, pois, pelo documento, e o mesmo se dará quando, sendo o crédito de quantia superior a cinquenta mil réis, o devedor, em escritura de confissão de dívida, constituir hipoteca para

[1 Veja-se pag. 450, nota 2]

garantia Nessa escritura desnecessária é a intervenção do credor, do mesmo modo que no título particular, pois que a natureza do acto é a mesma.

Sendo assim e tendo-se em vista a hipoteca constituída em testamento, afigura-se-nos que a aceitação por parte do credor da hipoteca constituida em seu favor se pode dar até depois da morte do devedor.

O facto de o código declarar que a hipoteca se pode constituir por contrato ou por testamento, que representa o único argumento que se pode invocar contra a doutrina que sustentamos, não tem a importância que à primeira vista se lhe pode atribuir, sabido, como é, que a palavra *contrato* é usada no nosso código numa significação muito ampla, compreendendo também negócios jurídicos unilaterais.

O que se nos afigura que pode estabelecer-se como indiscutível é que, embora se afirme que a hipoteca só se pode constituir por contrato e se torna portanto necessária a aceitação do credor, esta não tem de dar-se no próprio momento em que o devedor cria a hipoteca, e que a aceitação por parte do credor pode provar-se por qualquer meio

~~162.~~ *Capacidade para hipotecar.* Para a hipoteca voluntária exige-se, em geral, a mesma capacidade que para os negócios jurídicos por que ela se constitue Assim, sendo a hipoteca constituída por contrato, exige-se a mesma capacidade que para os contratos, não podendo portanto hipotecar os menores e os interditos. Sendo a hipoteca constituída por testamento, exige-se para ela a mesma capacidade que para testar, podendo portanto constituir hipoteca em testamento os maiores de catorze anos.

A hipoteca representa uma garantia em virtude da qual quem a presta pode ser expropriado dos bens Donde se infere que não pode hipotecar quem não pode alienar (art 894.º)

Esta disposição, que foi incluída nas disposições gerais relativas às hipotecas, não pode aplicar-se senão às hipotecas voluntárias, quando signifique a impossibilidade de alienar resultante de incapacidade Assim, os bens dum menor não

podem ser hipotecados por êle para garantia das obrigações em que o menor se ache constituído Pode, porém, constituir-se hipoteca legal nos bens do menor, desde que os bens sejam susceptíveis de hipoteca. Dá-se o mesmo com os interditos. Assim, sendo um menor ou um interdito obrigado a prestar alimentos, a hipoteca legal pode ser registada em quaisquer bens dêsse menor ou interdito.

O código, declarando que só pode hipotecar quem pode alienar, fundou-se na natureza da hipoteca, e, como os efeitos que derivam desta não são os mesmos que os que resultam do contrato de venda, segue-se que não pode concluir-se do facto de ser proibida a venda que também o é a hipoteca A venda representa uma determinada forma de alienação, que pode ser proibida, não o sendo a hipoteca.

Assim, nos termos do art. 1565.º não podem vender a filhos, ou netos, os pais ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda Desta disposição pretendeu-se inferir que os pais ou avós não podiam hipotecar os seus bens aos filhos ou netos sem consentimento dos outros filhos ou netos, mas a nossa jurisprudência, e com razão, seguiu doutrina contrária, fundando-se em que não são os mesmos os efeitos da hipoteca que os da venda (1).

Segundo o disposto no art 16.º do código comercial, a mulher casada, que devidamente autorizada nos termos da lei civil fôr comerciante, pode sem autorização do marido hipotecar os seus bens próprios não dotais, com tanto que seja por causa do seu trato A mulher comerciante não pode todavia alienar os mesmos bens sem autorização do marido, porque o art. 1193.º do código civil lho proíbe, e o código comercial não fez excepção alguma a êste respeito.

Do disposto nos artt. 1119.º e 1191.º § 2.º do código civil, parece resultar também que a hipoteca feita pelo marido dos seus bens imobiliários próprios sem consentimento da mulher pode ser anulada por esta, embora o marido se não ache

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 36.º, pág. 19, e os acs. ai citados.

constituido em responsabilidade para com ela, e que só neste caso pode ser anulada a alienação dos mesmos bens que pelo marido haja sido feita sem outorga da mulher (1).

No art 894.º declara-se que só podem ser hipotecados os bens que podem ser alienados. Esta disposição, fundando-se na natureza ou regime dos bens, é aplicável tanto à hipoteca voluntária como à legal. Necessário é, porém, do mesmo modo que em relação à capacidade para hipotecar, ter em consideração que a proibição de hipotecar não resulta necessàriamente da proibição de vender

Assim, o código, determinando que só podem ser vendidos nos casos e pela forma estabelecida na lei os bens penhorados (art. 1554.º n.º 4.º), não proíbe, em nosso parecer, que esses bens sejam hipotecados.

Efectuada a penhora, os bens são apreendidos tirando-se do poder do executado (cód de proc. civ, art. 819.º), e, desde que esteja registada, os bens penhorados ficam sendo garantia especial da execução e dos privilégios e hipotecas com registo anterior ao da penhora (cód. de proc civil, art. 836.º), não podendo ser transmitidos sem êsse encargo (cód de proc. civil, art 835.º). Não pode portanto o devedor alienar esses bens, transmitindo-os, visto que essa alienação tem de fazer-se judicialmente, com as formalidades estabelecidas na lei.

Não obsta, porém, a esta alienação qualquer hipoteca que o devedor constitua sôbre os bens penhorados, e, sendo certo que o devedor não deixa, pelo facto da penhora, de ser proprietário e possuidor (2), parece-nos que se lhe deve reconhecer o direito de hipotecar os bens penhorados Pode ser êsse até um meio por que êle consiga a quantia necessária para pagar ao exequente, evitando assim que prossiga a execução

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 37.º, pag. 33, e o dr Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial*, tômo 1.º, pag. 151, nota 2, e os autores por êle citados.

(2) *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 19.º, pag 179

A hipoteca pode ter sido criada anteriormente à penhora ou depois desta, e parece-nos que o credor a poderá registar em qualquer dos casos Por êsse registo não se constitue a hipoteca em relação a terceiros emquanto subsistir a penhora, visto que, desde que a penhora esteja registada, os bens penhorados não garantem os créditos posteriormente inscritos.

Quer a hipoteca tenha sido constituida antes, quer depois, se os bens forem arrematados, os registos dessas hipotecas serão cancelados e deles nenhuma preferência resultará para os respectivos credores. Assim, nos termos dos arts. 835.º § único e 856.º § único do cód. de proc. civil, os bens serão arrematados livres dos ónus reais e hipotecas que tiverem registo posterior ao da penhora, caducando esses ónus e hipotecas para todos os efeitos, se o prédio fôr arrematado ou adjudicado sem estar paga a dívida de que procedeu a penhora, salvos apenas os ónus reais que, tendo sido constituídos em data anterir, subsistirem sem registo.

Destas disposições depreende-se que podem constituir-se hipotecas posteriormente à penhora, e que essas hipotecas produzem os seus efeitos, desde que os bens não sejam arrematados pela execução do crédito de que a penhora proveio

Para se verificar quem pode hipotecar, deve atender-se, pois, em primeiro lugar, à capacidade pessoal de quem hipoteca, capacidade a que se referem as palavras do art. 894.º *só pode hipotecar quem pode alienar*. E como os menores, os interditos, os falidos e a mulher casada não podem alienar, segue-se que também não podem hipotecar.

A esta incapacidade respeita a disposição consignada no § único do art citado, em que se declara que o modo como podem ser hipotecados os bens postos em administração é regulado pelos títulos respectivos do código. É assim que a hipoteca de bens de menores sujeitos à tutela tem de ser autorizada pelo conselho de família (art 224.º n.º 16.º).

Suposta a capacidade pessoal de quem hipoteca, deve atender-se aos direitos que tem sôbre a cousa em que é constituida a hipoteca. Se, pela própria natureza dos bens, estes

não podem ser alienados, ou, podendo ser alienados particularmente, não podem ser penhorados, não poderá constituir-se hipoteça sôbre eles Assim, um mausoleu não poderá ser hipotecado, embora possa ser voluntàriamente alienado (1).

Quando se trate de bens para cuja alienação total ou parcial se torne necessário comum acôrdo das pessoas a quem eles pertencem ou deliberação da maioria, só por comum acôrdo ou por vontade da maioria poderão ser hipotecados É assim que os bens comuns do casal não poderão ser hipotecados pelo marido sem consentimento da mulher (artt. 1119.º e 1191.º § 3.º); que os bens imobiliários pertencentes a uma sociedade não poderão ser hipotecados sem consentimento de todos os sócios, ou, no caso de divergência, sem deliberação da maioria (art 1270.º n.ºs 4.º e 5.º) Não podem aplicar-se, nestes casos, as disposições consignadas nos artt. 915.º e 2177.º, em que se trata da compropriedade, as quais se fundam no direito, por parte de cada um dos comproprietários, de alienarem ou hipotecarem a sua quota parte Na sociedade conjugal pelo que respeita aos bens comuns, e no contrato de sociedade pelo que respeita aos bens que formam o património social, não é facultado aos cônjuges ou sócios, atento o fim a que os bens se destinam, que cada um deles disponha da parte que nesses bens lhes pertence. Embora, pois, os imóveis sejam divisíveis, nem os cônjuges nem os sócios poderão hipotecar a sua quota parte nesses bens

O devedor não fica inibido, pelo facto da hipoteca, de hipotecar de novo o prédio, mas, nesse caso, realizando-se o pagamento de qualquer das dívidas, o prédio fica hipotecado

(1) Os bens patrimoniais das pessoas colectivas podem ser hipotecados observando-se as formalidades estabelecidas na lei, que dependem da natureza dessas pessoas.

Pelo art. 30.º do decr. de 20 de abril de 1911, que separou a Igreja do Estado, «os edifícios ou templos que de futuro forem adquiridos pelas reuniões cultuais não podem ser alienados, nem, por consequência, hipotecados, penhorados ou por qualquer forma desvalorizados, sem consentimento do Ministro da Justiça».

às restantes, não em parte, mas na totalidade (art 914.º) Esta disposição concilia-se perfeitamente com o carácter da garantia hipotecária, sendo que pelo produto da venda do prédio pode ser pago mais do que um credor, e é a preferência no pagamento por êsse produto o direito que fica tendo o credor hipotecário

Não produzindo a hipoteca efeito relativamente a terceiros sem registo e sendo-lhes assim permitido saber, por êsse meio, quais são os encargos que oneram a propriedade que é oferecida em garantia, nenhuma razão de ser tem, desde que se estabeleceu o registo, o artigo 450.º n.º 3.º do código penal de 1852, que foi indevidamente inserido no código penal de 1886, pois que essa disposição não pode deixar de considerar-se revogada, atenta a faculdade que o código civil dá ao devedor de hipotecar o prédio tantas vezes quantas lhe aprouver, e o facto de os credores, se algum prejuízo sofrerem, só a si o poderem atribuir, pois que, em virtude da publicidade do registo e do princípio da prioridade para o pagamento dos créditos, tinham meio seguro de apurar se o prédio hipotecado era ou não suficiente para garantir o crédito

Quando se trate de bens que só podem ser alienados em certos casos e pela forma estabelecida na lei, necessário é verificar as condições em que, relativamente a êsses bens, se pode constituir hipoteca. Assim, os bens dotais só poderão ser hipotecados, mediante autorização judicial, para algum dos fins indicados no art. 1149.º.

163. *Hipoteca de bens alheios.* A hipoteca não pode constituir-se em bens sôbre que não haja o direito de propriedade, porque não pode alienar-se um direito que se não tem Necessário é, porém, determinar qual a natureza da nulidade duma hipoteca constituída em cousa alheia, visto que, se essa nulidade fôr relativa, considerar-se há sanada desde que adquira a propriedade quem hipotecou, e, se fôr absoluta, essa nulidade não poderá ser sanada, podendo qualquer interessado, incluindo o próprio devedor, requerer judicialmente a declaração dessa nulidade.

Ao contrário do que se dá em outros códigos, o nosso não

proíbe expressamente a hipoteca de cousa alheia, nem a hipoteca de cousa futura, e, ao declarar nula a venda de cousa alheia, considerou essa nulidade não absoluta mas relativa, havendo-se o contrato como revalidado desde que o vendedor adquira por qualquer título a propriedade da cousa vendida (art. 1555.° § único).

Representando a hipoteca uma forma de alienação pelo direito que o credor fica tendo, desde que a hipoteca se constitue, de se pagar pelo produto dos bens hipotecados, parece-nos que se deverão aplicar à hipoteca os mesmos princípios que se acham sancionados no nosso código relativamente ao contrato de compra e venda, e que, consequentemente a nulidade da hipoteca constituida em cousa alheia não deverá ser havida como absoluta, mas relativa Se a hipoteca não se constituiu vàlidamente por não pertencer a propriedade a quem hipotecou, a obrigação que êle assumiu de garantir o devedor pelo valor dos bens hipotecados deve, a qualquer tempo que adquira a propriedade deles, tornar-se efectiva, desde que não haja prejuízo de terceiros.

O argumento de que, sendo o prédio alheio, não pode constituir-se nele o direito real de hipoteca, devendo esta considerar-se portanto inexistente, ao contrário do que se dá no contrato de venda em que, embora não possa verificar-se a transmissao da propriedade no próprio momento do contrato, fica subsistente a obrigação de efectuar essa transmissão, não nos parece procedente A hipoteca, sendo uma garantia do crédito que, como tal, se torna efectiva nas relações com terceiros, reveste também o carácter duma obrigação para quem a constitue. Assinam-se por êste meio para garantia da obrigação determinados bens, e, se não pode duvidar-se de que se constitue assim um vínculo entre o devedor e o credor, afigura-se-nos que, desde que êste o possa tornar efectivo, o devedor não poderá invalidá-lo.

Quanto a terceiros, estes só poderão anular essa hipoteca, desde que o direito em que se fundem tenha existência em relação ao credor. Não bastará, pois, que provem que, ao tempo em que se criou a hipoteca, quem a constituiu não era proprietário dos bens hipotecados; é necessário que provem

que, ao tempo em que êle adquiriu a propriedade, não podia considerar-se revalidada a hipoteca Assim, tendo um devedor hipotecado um prédio que lhe não pertencia e, adquirindo-o por doação, o venda em seguida, o comprador não poderá, se a hipoteca já se achar registada, anulá-la, pois que, considerando-se revalidado o contrato de hipoteca pela adquisição do prédio e produzindo êsse contrato efeito em relação a terceiros pelo registo, quando se fez a venda do prédio já sôbre êste existia o ónus hipotecário.

As considerações que acabamos de fazer são aplicáveis à hipoteca especial Quanto à hipoteca geral, a sua constituição só se verifica, como vamos ver, quando é registada.

164. *Constituição das hipotecas voluntárias, hipoteca geral e especial* Estas hipotecas podem ser estabelecidas sôbre todos os bens do devedor, ou podem especificar-se no seu título constitutivo os bens hipotecados Quando o vínculo hipotecário seja constituído em contrato ou testamento sôbre todos os bens, fica o credor com o direito de a registar em quaisquer bens do devedor ou da herança, e o devedor com o direito de redução, se houver bens designados, só em relação a esses pode ser registada a hipoteca, e, em homenagem à vontade das partes que livremente estipularam ou determinaram a garantia, não dá a lei ao devedor a faculdade de reduzir a hipoteca, embora o valor dos bens hipotecados seja muito superior ao da dívida (cód de proc. civ , art. 529.°). É esta a doutrina que resulta dos artt 911.° e 936.°.

Quando no título se designem em especial bens que devam constituir a hipoteca e o devedor hipoteque ao mesmo tempo todos os seus bens, cláusula que é muito frequente nos contratos hipotecários, e cujos efeitos o legislador não determinou, parece-nos que o credor só pode registar os bens que não sejam designados, quando os que o forem sejam insuficientes.

A êste respeito diz a *Revista de legislação e de jurisprudência* «Desde que o legislador só exige, para o registo da hipoteca, que esta tenha sido expressamente constituída, afigura-se-nos que o facto de se designarem alguns bens sôbre

que o encargo hipotecário recai não torna letra morta a cláusula contratual por que o devedor sujeitou a êsse mesmo ónus todos os seus bens»

«A designação de bens tem, neste caso e segundo o que preceitua a parte final do artigo 909.°, aplicável às hipotecas convencionais por fôrça do disposto no artigo 936.°, o efeito de não deixar completamente ao arbítrio do credor a designação de bens sôbre que deve recair a hipoteca Esta deve ser registada sôbre os bens designados, pois que a especificação deles pelo devedor revela a intenção de os preferir para êsse efeito a quaisquer outros, e o credor só tem direito de a registar em relação a outros bens, quando os bens designados pelo devedor sejam insuficientes» (1).

Admitindo-se hipotecas voluntárias gerais, parece-nos que, criado assim o direito hipotecário, podem constituir-se, pelo registo, essas hipotecas em bens que o devedor venha a adquirir posteriormente ao negócio jurídico por que se criou o direito hipotecário A condição que a lei exige para que tais hipotecas possam ser registadas é que os bens pertençam ao devedor ou testador (art. 936 °), não se declarando que devem pertencer ao devedor ao tempo em que se cria a hipoteca Por outro lado, o regulamento do registo predial declara (art 103.°) que o registo de hipoteca geral pode ser feito em vista do documento que confere o direito hipotecário e de uma declaração assinada pelo apresentante com a assinatura reconhecida por tabelião, contendo a indicação do número da descrição predial, ou os elementos exigidos pelos números 2 ° e 3 ° do art 122 ° (2) Quando, pois, ao tempo em que se requer o registo, os prédios já estejam inscritos em nome do devedor, ou não haja a inscrição de domínio ou de transmissão, o conservador não poderá recusar o registo, fundando-se em que o título que conferiu o direito hipotecário é anterior ao título por que se adquiriram os bens.

(1) Veja-se o vol. 33 °, pag 52

2 A doutrina do art. 103.° do regul. de 1898 foi mantida sem alteração pelo decr n ° 8437, de 21 de outubro de 1922, art. 87.°].

E êsse registo não pode, em nossa opinião, ser cancelado só por êste motivo.

Pela hipoteca geral, que apenas cria o direito hipotecário, não se estabelece um direito real de garantia a favor do credor, a constituição dêste direito só se dá no momento em que os bens sôbre que a hipoteca deve recair são designados e registados. Ora, se a êsse tempo esses bens já pertencem a quem conferir o direito hipotecário, a hipoteca ficará validamente constituida.

O vínculo, pelo qual o devedor ficou adstrito a consentir na constituição da hipoteca, subsiste, e, ao tempo em que esta se constitue, já êle pode alienar os bens. E como a hipoteca representa apenas uma garantia especial para o credor, assinando-se bens pelos quais êste se pode pagar de preferência aos outros credores, não pode sequer dizer-se que a hipoteca sôbre bens futuros envolverá um pacto sucessório, que é proibido pela lei.

Desde que se constitue um vínculo obrigatório, o devedor aliena bens em valor correspondente ao da prestação a que ficou adstrito, sendo em geral indiferente, em relação a êle, que o credor tenha garantias especiais Estas garantias produzem os seus principais efeitos em relação a terceiros, e como estes só podem ser prejudicados pela hipoteca quando esta esteja registada, não vemos na hipoteca geral voluntária os inconvenientes que muitos jurisconsultos lhe atribuem

Embora, porém, esta hipoteca não fôsse teòricamente defensável, parece-nos que o nosso código a admite, e que pode ser registada em quaisquer bens que venham a pertencer a quem criou em favor do credor o direito hipotecário (1)

165. *Condições com que pode ser estabelecido o direito hipotecário.* A hipoteca pode ser estabelecida por tempo

(1) Confr o ac. da Relação de Lisboa de 5 de julho de 1905, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 39 °, pag 137, em que se segue doutrina contraria. A principal razão que se invoca e deduzida do art 894.°. Não se determinou, porem, a natureza da hipoteca geral e o momento em que se verifica a constituição da hipoteca

determinado ou indeterminado e com as condições que aprouverem aos estipulantes, salvo os efeitos, e as formalidades e restrições expressamente estabelecidos na lei (art. 913.°).

Sendo a hipoteca criada por um negócio jurídico, é-lhe aplicável o princípio geral, formulado no artigo 672.°, de que os contraentes podem ajuntar aos seus contratos as condições ou cláusulas que bem lhes parecerem, e tornava-se portanto desnecessária a disposição consignada no artigo 913.°. Como restrições expressamente estabelecidas na lei relativamente à liberdade de contratar em matéria de hipotecas, apresentaremos, para exemplo, a de que a hipoteca não produzirá os seus efeitos independentemente de registo, de que onerará os bens sôbre que recair, ou de que o credor, na falta de pagamento, não poderá apropriar-se do prédio hipotecado. Qualquer condição contrária a estas disposições seria, como ofensiva dos princípios em que assenta o regimen hipotecário, nula. Pode estabelecer-se, porém, que, paga uma parte da dívida, terá o devedor o direito de reduzir a hipoteca, cancelando o registo dos prédios que no título constitutivo da hipoteca se designarem, pois que a indivisibilidade é elemento natural e não essencial da hipoteca

Quando a hipoteca seja estabelecida por tempo indeterminado, extingue-se com a obrigação principal; quando seja estipulada por tempo determinado, deixa de subsistir logo que expire o prazo prefixado, embora a êsse tempo ainda se não haja extinguido o crédito por ela assegurado.

166. *Forma das hipotecas voluntárias* As hipotecas voluntárias, provenientes de contratos, podem provar-se por escritura ou auto público, ou, se o valor assegurado por hipoteca não exceder a cinqüenta mil réis, por documento particular, escrito e assinado pela pessoa que a constituir, ou, se essa não souber ou não puder escrever, por outrem a seu rôgo, tendo a assinatura de duas testemunhas, que escrevam os seus nomes, sendo, em todo o caso, as assinaturas reconhecidas por tabelião (art. 912.°). O reconhecimento, a

que êste artigo se refere, é o reconhecimento simples ou por semelhança e não o reconhecimento autêntico, mas produz o mesmo efeito que êste, em relação à constituição da hipoteca, não dando todavia ao documento fôrça probatória plena ([1]).

Pelo art. 28.° e § 1.° da lei n.° 215, de 30 de junho de 1914, foi elevado a um conto o limite de cinquenta mil réis fixado no art 912.° para os empréstimos garantidos por hipoteca nos termos da lei citada ([2]).

A hipoteca pode constituir-se no próprio momento em que se cria a obrigação por ela garantida e anteriormente ou posteriormente a esta.

A hipoteca criada anteriormente à obrigação, para a qual se estabelece registo provisório (art. 967.° n.° 1.°), pode constituir-se por simples declarações escritas e assinadas pelo possuidor do prédio a que respeita, sendo a letra e a assinatura reconhecidas por notário. Se aquele não souber ou não puder escrever, será a declaração escrita por terceira pessoa, a rôgo do declarante, e pela mesma assinada, e por duas testemunhas na presença do mesmo declarante e de um notário, que assim o certifique e que reconheça as assinaturas no próprio documento (art. 969.°) ([3])

O registo provisório feito em face destas declarações converte-se em definitivo, apresentando-se documento pelo qual se prove a obrigação a que respeita a hipoteca (art 970.° e regul. de 20 de janeiro de 1898, art 105) ([4]).

Se a hipoteca se constituir ao mesmo tempo que a obrigação e pelo mesmo título, é necessário ver qual a forma que se estabelece para a obrigação e para a hipoteca, devendo o

[1] As hipotecas convencionais so podem provar-se por documento autêntico extra oficial ainda que o valor assegurado não exceda cinquenta escudos (Veja-se o decr. n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art. 63.° n.° 2.° e §§ 1.° e 3.° e a lei n.° 1552, de 1 de março de 1924, art. 6.°].

[2] Veja-se o decr. n.° 5219, de 8 de março de 1919, art. 354.° e o decreto n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art 63.° § 3.° n.° 4.°].

[3] Veja-se o decr. n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art. 95.° § 4.°].

[4] O art 105.° do regul. de 1898 foi reproduzido pelo decr. n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, art. 89.°]

título satisfazer aos requisitos que se exigem para ambas. Assim, embora o contrato de usura se possa provar, não sendo de quantia superior a quatrocentos mil réis, por título particular, não poderá constituir-se neste título garantia hipotecária para essa obrigação

Sendo a hipoteca constituida posteriormente à obrigação, exige-se a forma estabelecida no art. 912.°. Assim, num auto de conciliação pode constituir-se hipoteca para garantia duma obrigação de quantia superior a quatrocentos mil réis, embora para os contratos de mútuo e de usura desta quantia se exija escritura pública (artt. 1534.° e 1643 °)

Nos títulos constitutivos da hipoteca deve declarar-se qual a quantia que por ela é assegurada e, se houver designação de prédios, êstes devem ser individualizados pelo número da descrição predial, e, se não estiverem descritos, indicando-se a sua qualidade, situação por lugares e freguesias, numeração policial, e, na sua falta, confrontação, e havendo-as, denominação e medição, e o seu valor venal ou rendimento anual.

Pelo disposto no art 896 ° § único, o proprietário condicional deverá declarar no contrato a natureza do seu direito, se a conhecer, e, não o fazendo, incorrerá na pena imposta ao crime de burla, além da responsabilidade por perdas e danos. Esta pena é a estabelecida no art 450 ° do cód penal, e parece que a aplicação dela não fica dependente de não se achar registada a condição ou encargo que pesa sôbre o prédio.

Ora é de notar que, desde que haja êste registo, a pessoa a favor de quem fôr estabelecida a hipoteca só a si pode imputar os prejuízos que sofrer, visto que o registo é público. Quando não haja registo, quem fica prejudicado pela hipoteca não é a pessoa a favor de quem esta se constitue, mas a favor de quem se acha estabelecida a condição, se o adquirente eventual houver adquirido o seu direito de quem constituiu a hipoteca, visto que devia registar a adquisição com as condições nela estabelecidas para que pudesse produzir efeitos em relação a terceiros

A rescisão dum direito que não resulte duma condição, mas de declarações da vontade e em virtude de determinadas contingências posteriores à constituição da relação jurídica de

que êsse direito deriva não prejudica as hipotecas que tenham sido constituídas sôbre os bens a que êsse direito respeita. Assim, revogando-se uma doação por superveniência de filhos ou por ingratidão, e revogando-se ou reduzindo-se por inoficiosidade, o credor que tenha hipoteca constituída nos bens que por essa doação lhe forem transmitidos não ficará prejudicado pela rescisão da doação (artt. 1484 °, 1489 °e 1501.°).

167. *Inscrição e averbamentos das hipotecas.* Para que a hipoteca exista em relação a terceiros torna-se necessário o registo. Emquanto êste se não fizer, não se constituirá a favor do credor garantia alguma que prejudique os outros credores do devedor pelo direito de preferência, nem os adquirentes dos bens sôbre que tenha sido criado o direito hipotecário pelo direito de os executar. O direito hipotecário, antes de registado, só pode produzir efeitos em relação a quem constituiu a hipoteca e aos seus herdeiros.

Como terceiros devem considerar-se todos aqueles que tenham adquirido da mesma pessoa que hipotecou e conservado sôbre os prédios em relação aos quais se criou o direito hipotecário quaisquer direitos reais que, sendo incompatíveis com os do credor hipotecário, seriam prejudicados por estes. E assim teremos que os adquirentes da propriedade dos prédios hipotecados, que tenham inscrito a transmissão antes do registo da hipoteca e embora a transmissão seja posterior, não serão prejudicados pela hipoteca, que os adquirentes de quaisquer outros direitos reais sôbre os bens hipotecados, compreendendo as hipotecas que hajam sido criadas posteriormente, farão valer os seus direitos, desde que os tenham registado anteriormente à hipoteca; os próprios credores comuns são terceiros quando, tendo sido penhorados os bens hipotecados e registada a penhora antes da hipoteca, concorram ao produto dos bens arrematados (1).

(1) No ac. do S T. de Justiça de 18 de fevereiro de 1910, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 24.°, pag. 130, julgou-se que não era terceiro o credor hipotecario cuja hipoteca foi constituida com a declaração expressa, constante da respectiva escritura, de que os predios ja se achavam hipote-

A inscrição hipotecária deve conter: na hipoteca legal a dívida assegurada nos termos dos n.os 1.° a 8.° do art. 906.° do código civil, ou o crédito privilegiado nos termos do art. 907.° do mesmo código (regul do registo, art. 138.° n.° 1.°), ou o preço da arrematação em dívida ou o valor dos bens sôbre que haja dúvidas nos casos do art. 8.° § único da lei de 28 de agosto de 1869 e dos artt. 705.° § 1.° e 861.° § 2.° do cód de proc. civil; na hipoteca voluntária a quantia assegurada, que seja certa e determinada pelo menos aproximadamente, a taxa do juro e a origem e causa da obrigação (regul cit., art. 138.° n.° 1.°) (1).

A individualização da origem ou causa da obrigação, isto é, do facto jurídico de que ela resulta, tem por fim identificar a obrigação, evitando-se assim que a garantia hipotecária subsista para obrigações diversas

O crédito hipotecário pode ser transmitido por meio de cessão ou de subrogação, e, quando a dívida seja representada por títulos de crédito nominativos, à ordem ou ao portador, por meio de perfence, de endôsso ou pela tradição

Quando os créditos sejam transmitidos por meio de cessão ou de subrogação, os credores cessionário e subrogado devem garantir-se contra o cancelamento da hipoteca, que pode ser feito em face dum título de quitação passado pelo primitivo credor, requerendo um averbamento à inscrição hipotecária, em que se declare a favor de quem se fez a cessão e a subrogação (2). Quando pela hipoteca se garantam títulos de crédito, êsse averbamento não pode fazer-se e seria desnecessário, porque o cancelamento do registo de hipoteca a favor de obrigações, cédulas ou escritos de obrigação geral de sociedades ou particulares só pode fazer-se à vista de certidão que prove o cancelamento da emissão na secretaria do tribunal do comércio (regul do registo, art. 116.°) (1).

Quando haja novação com reserva da garantia hipotecária, ou se dê a transferência da hipoteca para garantia de outro crédito, pode fazer-se por averbamento à inscrição hipotecária a respectiva declaração

Nenhum dêstes averbamentos se torna necessário para que a hipoteca produza efeitos em relação a terceiros (2)

As inscrições hipotecárias podem ser feitas provisòriamente não só por dúvidas ou recusa do registo definitivo, mas há casos para que a lei estabelece o registo provisório das hipotecas. Faz-se êste registo para as hipotecas voluntárias, entre as quais estão compreendidas as que sejam feitas a favor de estabelecimentos de crédito predial, mediante declarações do devedor, quando se não apresente o título por que se prova a obrigação, convertendo-se em definitivo em vista dêste título (artt. 967.° n.° 1.° e 969.° e regul do

cados para garantia doutra dívida, cuja quantia e credor foram declarados na mesma escritura. Afigura-se-nos, porem, que so poderia basear-se esta decisão em que o credor a quem foi feita essa declaração tivesse renunciado, em favor de outro credor cuja hipoteca fôsse inscrita posteriormente, ao seu direito de preferencia, e, para que se admitisse tal renuncia, não julgamos suficiente a declaração feita pelo devedor de que o predio ja estava hipotecado

[1 Êste art. foi reproduzido pelo decr n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, art 124.° n.° 1.°]

[2 Veja-se relativamente a cessão a lei n.° 1364, de 25 de agosto de 1922, art. 3.° e a tabela n.° 2 anexa ao decr. n.° 8437, n.° 3.° § unico].

[1 Corresponde ao art 100.° do decr. n.° 8437].

[2 Transcrevemos de pagg 734 e seg da 1.ª ed. o aditamento que segue

« Acabamos de ler um ac. da Relação do Porto de 1 de fevereiro de 1916 (*Gazeta de justiça*, vol 1.°, pag. 52), em que se negou provimento a um agravo interposto da sentença do juiz da terceira vara civel da mesma cidade, na qual se julgou que não podia mencionar-se por averbamento a uma inscrição hipotecaria um arresto que no credito hipotecario havia sido feito.

As razões que se invocaram para assim decidir foi não estar sujeito a registo o arresto efectuado sôbre bens imobiliarios, regul de 20 de janeiro de 1898, artt 89.° e 166.° n.° 2.°, não se considerando assim o dito averbamento autorizado legalmente, e ter o arrestante os seus direitos garantidos pelo § 4.° do art 820.° do codigo de processo civil.

Não nos parecem procedentes estas razões.

Do facto de não estar sujeito a registo o arresto sobre creditos hipotecarios, não se pode concluir que não seja admissivel o averbamento a inscrição hipotecaria, donde conste que o credito foi arrestado. Por êsse averbamento apenas se indica que o credito foi judicialmente apreendido, e, se e certo que não se torna necessario tal averbamento para que êsse arresto produza efeito em relação a terceiros, sendo conseguintemente nulo qual-

registo, art 105.°) (1) As hipotecas legais mencionadas no n.° 3.° do art. 906.° têm também registo provisório que é feito, como já vimos, à vista dos traslados ou certidões dos respectivos contratos autenupciais e se converte em definitivo em vista da certidão de casamento (regul do registo, art. 107.°) No caso de subrogação, o registo provisório nos bens subrogados poderá ser feito à vista da certidão da petição, se esta houver sido distribuida (regul. cit, art 107.° § único) (2) A hipoteca legal para garantia do preço dos bens arrematados pode fazer-se em vista da certidão do auto de arrematação, convertendo-se êsse registo em definitivo pela carta de arrematação (regul do registo, art. 108.° § único). (3) Também se faz registo provisório para a hipoteca a que se refere o art 976.° do código civil, sendo êsse registo feito em face do título do respectivo contrato e convertido em definitivo, até ao fim do prazo estipulado, e ainda um mês depois, pelo averbamento do documento que prove que o contrato se acha cumprido por parte do empresário e que ainda lhe é devido todo o preço convencionado

quer contrato por que o credor ceda o seu direito hipotecario, uma vez efectuado o arresto, não o e menos que o arrestante pode ter interêsse nesse averbamento, para evitar assim que a hipoteca seja cancelada

Contra êste cancelamento não fica o arrestante garantido, visto que êle pode fazer-se mediante documento por que se prove quitação do credito, passado pelo credor. O devedor, nomeado depositario, contrai pelo deposito a obrigação de não pagar sem ordem do juiz da execução e a de não transigir sôbre a responsabilidade que tiver. A hipoteca produz efeitos, porem, em relação a terceiros, e, desde que seja cancelada, êsses efeitos deixam de produzir-se».

Veja-se relativamente ao registo da penhora e do arresto em creditos hipotecarios o art. 17.° do decr. n.° 4866, de 13 de julho de 1918, que reorganizou os serviços da Companhia geral do credito predial português e relativamente ao registo do penhor de credito hipotecario o mesmo decr. art. 16.° e ainda os decrs. n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art 66.° e n.° 8437, de 21 de outubro do mesmo ano, artt. 71.° n.° 8.° e 104.°].

[1 O art. 105.° do regul. de 1898 corresponde ao art. 89.° do decreto n.° 8437]

[2 Corresponde ao art. 91.° § único do decr n.° 8437].

[3 Corresponde ao art. 92.° § unico do decr. n.° 8437]

ou parte dele, devendo, neste último caso, ser declarada a quantia em dívida (art. 976.° § único) Este registo provisório subsiste, pois, até um mês depois do prazo estipulado para o cumprimento do contrato (art 974.° § único, e regul. do registo, art 161.° n.° 2.°) (1)

A conversão da inscrição provisória em definitiva faz-se por averbamento, e também por êste meio se faz a renovação do registo provisório, que é facultada, sem número limitado de vezes, para o registo provisório dos dotes, hipotecas dotais e alfinetes (art 977.° e regul do registo, art. 142.°) (2).

O registo provisório das hipotecas deve conter as mesmas declarações que o registo definitivo (art. 972.°), e como êste registo, quando convertido em definitivo, conserva a ordem de prioridade que tinha como provisório (art. 973.°) segue-se que nao se pode, pelo averbamento em que se faz essa conversão, ampliar a substância da inscrição. Donde resulta que, não se havendo declarado no registo provisório a taxa do juro, caso em que se tem de aplicar o art. 1640.° § único, não poderá no averbamento por que se faz a conversão declarar-se que o juro é de taxa superior à fixada neste artigo A diferença entre esta taxa e a legal terá de ser registada em nova inscrição, se fôr requerida, abreviada com referência à outra. Quando se trate, porém, de estabelecimentos de crédito predial ou de outras instituições que emprestem capitais por determinado juro e em certas condições que sejam conhecidas do público, entendemos que, tendo-se feito referência genérica na inscrição ao juro e às condições em que os referidos credores costumam fazer os empréstimos, se pode dar a conversão do registo provisório em definitivo, fixando-se neste a taxa do juro e as condições referidas.

Para a inserição hipotecária exige-se a apresentação do documento pelo qual se confere o direito hipotecário, e, se

[1 Corresponde ao art. 147.° n.° 2.° do decr n.° 8437]

[2 Corresponde ao art. 128.° do decr n.° 8437].

neste documento não houver a designação dos bens sôbre que a hipoteca incide, devem apresentar-se declarações complementares, assinadas pelo apresentante e com a assinatura reconhecida por notário, contendo a indicação do número da descrição predial, ou os elementos exigidos pelos n.os 2.° e 3.° do art 122.° do regul do registo (regul. do registo, art 103.°) (1) O registo da hipoteca legal à segurança de dívida de foros, censos ou quinhões, sôbre os prédios a eles sujeitos faz-se em vista duma declaração passada pelo credor nos mesmos termos, contanto-que esteja anteriormente registado a favor do credor o direito ao ónus real (regul do registo, art 104.°) (2) O registo dos juros duma dívida com hipoteca registada anteriores ao último ano e ao corrente é feito também por declaração assinada pelo credor e com a assinatura reconhecida pelo notário (regul cit., art 104.° § único) (3)

Para o registo das hipotecas não exige o código nem o regulamento títulos por que se prove que o hipotecante é titular do direito que hipoteca, se estiver, porém, inscrito êste direito a favor de outra pessoa, o conservador não poderá registar a hipoteca, se esta pessoa ou o seu legítimo sucessor não houver intervindo na constituição da hipoteca, excepto se o registo da hipoteca já estiver feito e só se registarem os juros vencidos (regul cit, art. 159.°) (4) (5).

168. *Efeitos da hipoteca em relação a terceiros possuidores dos bens hipotecados; expurgação* A garantia hipotecária pode ser constituída pelo devedor e por terceiro, que garanta apenas pelo valor dos bens hipotecados o cumprimento da obrigação. Êste terceiro não ficará pessoalmente vinculado ao cumprimento da obrigação: ficá-lo há na qualidade de proprietário dos bens hipotecados É assim que, efectuando-se a transmissão dêstes bens, o alheador, que havia constituído a hipoteca, nenhuma obrigação fica tendo para com o credor hipotecário, quem é responsável, até o valor dos bens hipotecados, pelo cumprimento da obrigação, é o adquirente dêstes bens

Vê-se, pois, que nas obrigações garantidas por hipoteca pode ser proprietário dos bens hipotecados quem não é pessoalmente responsável por essas obrigações Em relação a estas, o possuidor dos bens hipotecados é um *terceiro* Se quem constitue hipoteca em favor do devedor se obriga também como fiador, não será terceiro Pela fiança tornou-se pessoalmente responsável. Do mesmo modo, se a obrigação é solidária e só um dos devedores garantiu por hipoteca o cumprimento da obrigação, êste não será terceiro em relação à parte da dívida que pertence aos outros condevedores, visto que, em virtude da solidariedade, o devedor que constituiu a hipoteca é pessoalmente responsável pelo cumprimento integral da obrigação

O terceiro possuidor dos bens hipotecados tem, em virtude da hipoteca, as mesmas restrições ao direito de propriedade que o proprietário devedor. Pode como êste ser expropriado dêsses bens, e esta expropriação pode dar-se até antes do vencimento do crédito, sempre que diminuam as garantias hipotecárias, sendo aplicáveis também neste caso as disposições dos artt. 741.° e 901.°.

Faculta, porém, a lei aos terceiros possuidores dos bens hipotecados, quando não sejam eles próprios que constituam a hipoteca, um direito que não têm os que estão pessoalmente adstritos ao cumprimento da obrigação: é o direito de expurgar o prédio da hipoteca, pagando o crédito ou depositando o valor do prédio, esteja ou não vencido o crédito hipotecário, e quer êste seja quer não integralmente pago por êsse valor.

Reconhece a lei êste direito a quem *de novo adquiriu um prédio hipotecado* (art 938.°) Vê-se, pois, que não tem o direito de expurgação o terceiro que constituiu a hipoteca, embora não seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação

[1 Corresponde ao art. 87.° do decr n.° 8437].
[2 Corresponde ao art. 88.° do decr. n.° 8437]
[3 Corresponde ao art. 88.° § unico do decr n.° 8437].
[4 Confr o art. 145.° e §§ do decr. n.° 8437].
[5 Veja se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 33.°, pag. 508].

Em relação ao *novo adquirente*, significando-se por esta expressão a pessoa para quem o prédio hipotecado fôr transmitido posteriormente à constituição da hipoteca, a lei não faz distinção alguma, donde parece que se deverá inferir que tem o direito de expurgação o novo adquirente, embora seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação

Basta atender, porém, a que o novo adquirente tem o direito de expurgar a hipoteca antes de vencido o crédito e a que o credor hipotecário pode ser forçado a receber pela expurgação um pagamento parcial, para se ver que não pode usar dêste direito quem seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação.

O *novo adquirente* é um terceiro em relação ao vínculo obrigatório.

Também não pode considerar-se *novo adquirente* aquele a favor de quem seja constituido um direito no prédio hipotecado que não possa subsistir quando o credor exerça a acção hipotecária. É assim que, tendo sido transmitido pelo devedor o domínio útil de um prédio posteriormente à hipoteca da propriedade plena, ou tendo no mesmo prédio sido constituida uma servidão ou um usufruto, ou tendo sido arrendado o prédio por um certo número de anos, o adquirente do domínio útil, da servidão ou do usufruto e o arrendatário não terão o direito de expurgar a hipoteca. Não são adquirentes do prédio hipotecado, tal como era possuido pelo devedor ou pelo terceiro que havia constituido a hipoteca, mas de direitos sôbre o prédio que não podem subsistir em virtude da hipoteca registada (art 1023 °), tendo o credor hipotecário o direito de fazer arrematar o prédio livre dêsses ónus. Quando se trate de uma servidão legal, esta subsiste, mas o credor hipotecário receberá a respectiva indemnização (art 891 ° n.° 4 °)

Faculta a lei a expurgação ao adquirente do imóvel hipotecado, porque, sendo evidente o interêsse que êle tem em que o prédio seja libertado da hipoteca, o credor não pode legitimamente opor-se à expurgação, visto que êste apenas tem, em relação a terceiro possuidor dos bens hipotecados, o

direito de exigir o valor dêstes bens até à importância do crédito, e no processo de expurgação das hipotecas é completamente garantido êste direito aos credores.

E não é só o adquirente do prédio que tem interêsse em que se faculte a expurgação da hipoteca

Podendo o devedor alienar o prédio hipotecado tanto a título gratuito como oneroso, a expurgação representa também uma garantia para êle, pois facilita-se por êsse meio a alienação do prédio hipotecado, assegurando-se ao adquirente dêste a libertação do ónus e portanto a estabilidade da adquisição E promovendo-se assim a circulação da propriedade, vê-se que a expurgação das hipotecas é de interêsse público, justificando-se por êste modo que o credor hipotecário possa ser forçado a receber o pagamento antecipado ou parcial.

Sendo o único direito do credor relativamente ao prédio hipotecado o de ser pago pelo produto da sua venda de preferência aos outros credores, êsse direito fica salvaguardado, desde que se lhe garanta o pagamento total da dívida ou da parte correspondente ao valor que o prédio tiver.

O direito de expurgação de hipotecas, que é concedido pelo código civil, torna-se efectivo pelo processo estabelecido nos artigos 532 °-543 ° do código de processo civil que introduziu algumas modificações nas disposições do código civil respeitantes a esta matéria

A expurgação de hipotecas tem lugar nos seguintes casos

1) Quando tenha havido transmissão do prédio hipotecado, qualquer que seja o título da adquisição e a natureza da hipoteca, pertencendo êsse direito só ao novo adquirente que não seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação (art 938.°);

2) Quando o prédio, hipotecado pelo donatário, seja restituido ao doador ou a seus herdeiros em consequência da revogação da doação por superveniência de filhos legítimos (art 938 ° § único e 1484 ° § 1.°), por ingratidão do donatá-

rio (art 1489 °), ou por inoficiosidade (art. 1501.°) (1) Nestes casos o direito de expurgar as hipotecas constituídas pelo donatário pertence aos doadores ou a seus herdeiros (2).

Os meios porque o novo adquirente dum prédio hipotecado pode expurgá-lo das hipotecas nele constituídas são (art. 938 °)

1 ° Pagando integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que o mencionado prédio estava hipotecado,

2 ° Depositando o preço da arrematação do prédio, quando a adquisição dele tenha sido feita em hasta pública:

3 ° Declarando em juízo que está pronto a entregar aos credores, para pagamento das suas dívidas, até a quantia pela qual obteve o prédio, ou aquela em que o estima, quando a adquisição dele não tenha sido feita por título oneroso.

Se o prédio não houver sido adquirido por contrato de compra e venda, mas pelo de troca, em que não há preço, entendemos que o adquirente do prédio também deve declarar a quantia em que o estima.

(1) O art 540 ° do cod de proc civil refere-se so a revogação por supervenência de filhos As duvidas que dessa referência resultam, so podem dar-se quanto ao uso do processo especial de expurgação e não quanto ao direito de expurgação nos casos de ingratidão do donatario e de inoficiosidade. Veja-se o dr Dias da Silva, *Processos especiais, civis e comerciais*, pag 551.

(2) Pelo artigo 941 ° n ° 1 ° do codigo civil, em que se dispõe que, quando o novo possuidor não expurgue a hipoteca pelos modos estabelecidos na lei, qualquer interessado pode requerer que o predio seja arrematado pelo maior preço que se obtiver sôbre aquele que o novo possuidor tiver dado por êle, ou em que o estimar, facultava-se tambem aos credores hipotecarios o direito de requererem a expurgação das hipotecas.

No codigo de processo civil não se estabeleceu, porem, processo especial para a expurgação de hipotecas a requerimento dos credores, donde parece legitimo depreender-se que não admite êsse caso de expurgação e que portanto esta revogado o n.° 1 ° do artigo 941 ° do codigo civil Quando se siga doutrina contraria, o credor so podera obter a expurgação por meio de acção de processo ordinario

Nessa expurgação não tem o credor o minimo interêsse, pois que, se pelo facto da transmissão do predio, em virtude do modo por que o adquirente o trate, diminuirem as seguranças do credor hipotecario, o que êle deve e requerer o refôrço da hipoteca ou o pagamento da divida.

Em qualquer dos casos referidos, o adquirente do prédio deve requerer a citação de todos os credores hipotecários inscritos para que, no primeiro caso, venham a juízo levantar a parte do preço que lhes pertencer, e, no segundo e terceiro, para declarar se aceitam a quantia por que o adquirente obteve o prédio ou em que o estima (art. 939.° e cód de proc. civil, artt. 534.° § 2 ° e 538 °) (1)

Consistindo a obrigação assegurada por hipoteca em prestações periódicas, não sendo daquelas que constituem ónus real da propriedade, o qual acompanha o prédio, opera-se a expurgação pela conversão do capital correspondente a essas prestações em títulos de dívida fundada, nos quais se empregará a quantia suficiente para que os títulos comprados produzam igual prestação, e o credor receberá pelos juros deles a importância das prestações a que tem direito, averbando-se os títulos nessa conformidade (art 940 ° e cód de proc. civil, artt 542 ° e 543.°) Se houver hipoteca legal por dívida ainda não exigível, a parte do produto correspondente à hipoteca será convertida também em títulos de dívida fundada, que serão averbados com a declaração do encargo, e entregues à pessoa a quem pertencer o capital (cód. de proc. civ, art. 541 ° n.° 3 °)

Os credores podem impugnar o valor que o adquirente houver dado pelos bens, ou em que os estimar, e os bens serão postos em hasta pública e arrematados pelo maior preço que obtiverem sôbre a quantia oferecida pelo adquirente, nos seguintes casos·

1) Quando, pretendendo o novo possuïdor expurgar a hipoteca pelo modo estabelecido no n ° 3 ° do artigo 938 °, a quantia por êle oferecida, para pagamento dos credores, fôr inferior ao cômputo dos créditos privilegiados estabelecidos no art. 887 ° e dos hipotecários com registo anterior à transmissão do prédio (art 941 ° n.° 2 ° e cód. de proc civil,

(1) No artigo 939 ° determina se o modo por que deve concluir o requerimento. Essa formula e inexacta em alguns casos e por êsse motivo a modificamos

art. 534.° §§ 3 ° e 4.°) A-pesar-de êste último § se referir aos créditos privilegiados do artigo 887 °, parece-nos que, tendo os outros credores privilegiados pelo mesmo artigo, em virtude de leis especiais, o direito de serem pagos de preferência aos credores hipotecários, não podem deixar de ser considerados também para o efeito designado no n ° 2.° do artigo 941 ° Nem nos parece, a-pesar-de autorizadas opiniões em contrário (1), que a isso se oponha o artigo citado do código de processo civil, pois que, referindo-se ao artigo 887 °, e sendo os créditos a que nos referimos incluídos neste artigo, não pode deixar de os abranger.

2) Quando, se o prédio houver sido adquirido por arrematação em hasta pública, ou por adjudicação com precedência de hasta pública, o valor dessa arrematação ou adjudicação fôr inferior à importância dos créditos privilegiados e hipotecários que mencionamos e se verificar qualquer das seguintes condições se os credores não houverem sido citados para assistir à arrematação ou aos termos anteriores, ou se a arrematação ou adjudicação não tiver tido lugar em processo judicial perante algum tribunal civil (cód de proc civil, art 536.°) Por êste artigo foi modificado o código civil, que não admitia que os credores hipotecários impugnassem o preço da arrematação do prédio, quando a sua adquisição tivesse lugar em hasta pública, tendo a alteração nele feita por fim evitar que entre o devedor e o arrematante, ou entre êste e qualquer interessado, haja conluios para prejudicarem os credores hipotecários.

E no intuito de evitar que entre o credor que requereu a arrematação e o adquirente do prédio que pretende a expurgação haja também conluio para prejudicar os outros credores privilegiados ou hipotecários, dispõe o artigo 943.° que, ainda que o credor que requereu a arrematação do prédio venha depois a desistir dela, não deixará por isso a mesma arrematação de progredir nos seus termos regulares, quando algum dos outros credores se oponha à desistência.

(1) DR DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil anotado*, tomo 2 °, pag 75

Se os credores impugnarem o preço por que o adquirente obteve o prédio hipotecado, ou em que o estimou, e não houver quem o arremate em praça por quantia superior, subsistirá o valor oferecido pelo adquirente, para o qual se transferirão os direitos dos credores, que ficam, como credores comuns, com o direito de haverem do credor originário o que faltar para o seu integral pagamento (art. 942.° e § único, e cód. de proc civil, artt. 534.° § 3 ° e 537 °)

Êste mesmo direito ficam tendo os credores quando o preço oferecido pelo novo adquirente do prédio haja sido coberto em praça, caso em que os seus direitos, como credores privilegiados ou hipotecários, se exerce sôbre o preço que fôr depositado pelo arrematante, sendo considerados credores comuns relativamente à parte de que não forem embolsados (art 1016.° e cód. de proc. civil, art 537.° § único).

Depositado que seja o preço fixado pelo adquirente do prédio, ou por que êste houver sido arrematado, o juiz, tendo prèviamente verificado que foram citados todos os credores constantes da certidão passada pelo conservador, declarará os bens expurgados das hipotecas dos credores citados, e, efectuada a expurgação, os credores deduzirão os seus direitos sôbre o produto (artt. 946.° e 947 ° e cód de proc civil, artt. 537.° e 538 ° § 2.°).

Os credores que, tendo sido pessoalmente citados, não deduzirem artigos de preferência, não serão atendidos como credores hipotecários, conservando apenas os seus direitos como credores comuns; mas serão graduados os credores que forem citados nos termos do art. 191 ° do código de processo civil, ainda que os não deduzam (artt. 944.° e 945 °, e cód de proc civil, art. 539.° § 2.°)

O credor que, tendo o seu crédito registado, por qualquer motivo não tiver sido incluido na certidão passada pelo conservador, ou, sendo incluido, não fôr citado, não perderá os seus direitos como credor hipotecário, seja qual fôr a sentença proferida em relação aos outros credores (art 948.°).

Esta disposição, que não foi modificada pelo cód de processo civil, que no art. 537.° manda cancelar *as hipotecas*

dos credores citados, tem por fim salvaguardar os direitos dos credores que, não havendo sido citados, não podiam fazer valer em juízo o direito que tinham sôbre o prédio.

A hipoteca subsiste, pois, relativamente a eles, que podem tornar efectivo o seu direito, seja qual fôr o possuidor do prédio.

Não sendo, porém, devida a falta que houve na citação do credor inscrito a culpa ou negligência do novo adquirente do prédio ou do arrematante, e sendo certo que eles depositaram o preço fixado ou por que arrematara o prédio e que só por êle eram responsáveis, parece-nos que o possuidor do prédio, cuja venda judicial seja requerida pelo credor hipotecário que não houver sido citado para o processo de expurgação, tem o direito de regresso contra o originário devedor, que é pessoalmente responsável pela dívida, contra o conservador, pelo facto de êste haver omitido o nome do credor hipotecário na certidão por êle passada, e que pode até requerer que a arrematação seja anulada, alegando êrro de facto (1).

169. *Da extinção das hipotecas* Sendo a hipoteca uma garantia das obrigações, a sua vida depende da existência do respectivo crédito Desde que êste se extinga, a hipoteca não pode subsistir, salvos os casos em que, pela autonomia da hipoteca como direito real, se destaque dum crédito para garantir outro

Se a vida e eficácia da hipoteca está dependente do crédito, não sucede o mesmo com êste em relação à hipoteca

A hipoteca é uma modalidade ou acessório do crédito, podendo êste subsistir independentemente da hipoteca.

Vê-se assim que a extinção das hipotecas se pode dar · 1) como consequência da extinção do crédito, 2) por factos que actuam directamente sôbre a hipoteca O nosso código civil, enumerando (art. 1027 °) os factos extintivos das hipotecas, refere-se à expurgação, à sentença passada em julgado, à extinção da obrigação principal, à renúncia do credor e à

(1) Veja-se o *Direito*, vol 3.°, pag. 617

prescrição. Entre os factos especificados, alguns extinguem as hipotecas como consequência da extinção da obrigação, e outros extinguem as hipotecas subsistindo os respectivos créditos

Na *expurgação* pode dar-se o pagamento integral do crédito, ou o depósito do valor do prédio hipotecado ou do preço da arrematação. Se há o pagamento integral, a expurgação é precedida da extinção do crédito, se há o depósito do preço do prédio, é sôbre êsse depósito que se exercem os direitos dos credores hipotecários Em qualquer dos casos o cancelamento das hipotecas faz-se por virtude da sentença em que se declara a expurgação (Cód. de proc. civ., artt. 537 ° e § único e 538 ° § 2.°), sucedendo o mesmo no processo de execução, quando os bens hipotecados são arrematados ou adjudicados (Cód. de proc. civ , artt 856.° § único e 879.° § único)

Estas sentenças, em que se declara a expurgação das hipotecas e se ordena o seu cancelamento, estariam compreendidas no n ° 2.° do art. 1027.°, se o legislador não se referisse expressamente à expurgação Assim, as palavras por *efeito de sentença passada em julgado* não podem deixar de referir-se à verificação judicial de qualquer facto extintivo da obrigaçao pelo seu cumprimento, pela anulação do seu título constitutivo ou pela perda da sua eficácia, ou de qualquer facto extintivo do direito hipotecário pela nulidade do título constitutivo da própria hipoteca ou pela nulidade do registo Como é óbvio, na sentença verifica-se um facto extintivo da hipoteca e ordena-se o cancelamento desta em virtude dêsse facto Entre os factos extintivos das hipotecas não deveria, pois, especificar-se a sentença

A *renúncia* do credor pode respeitar ao próprio crédito, e, neste caso, dar-se há a extinção da hipoteca como consequência da extinção da obrigação, e pode referir-se à própria hipoteca Neste caso subsiste o crédito sem esta garantia, de que o credor pode prescindir para facilitar a prática de quaisquer actos relativos aos prédios hipotecados. Referindo-se o código à renúncia do credor depois de se haver refe-

rido à extinção da obrigação principal, a renúncia deve considerar-se respeitante à hipoteca

Esta renúncia, por meio da qual se liberta o prédio do ónus hipotecário, é um negócio jurídico unilateral, que produz os seus efeitos por vontade do credor, independentemente da aceitação por parte do devedor. É assim que, se o credor declara em documento, que seja suficiente para o cancelamento do registo, que renuncia à hipoteca, e se faz êsse cancelamento, a extinção da hipoteca, que não é mais para o credor do que a perda de um direito real, dá-se independentemente da vontade do devedor.

A *prescrição*, que o código especifica também como causa da extinção das hipotecas, pode, do mesmo modo que a renuncia, respeitar à obrigação ou à garantia hipotecária É assim que no nosso antigo direito (1) se admitia, e ainda se admite em alguns códigos modernos (2), a prescrição como causa directa da extinção das hipotecas.

Admitirá o nosso Código civil a prescrição como causa da extinção das hipotecas, independentemente da extinção da obrigação principal?

O facto de no art. 1027.° n.° 3 ° se fazer referência expressa à prescrição, as tradições do nosso direito e a disposição consignada no art. 530 °, em que se declara que as disposições relativas à prescrição das cousas imóveis só podem ter excepção, com relação à prescrição dos direitos imobiliários, nos casos em que a lei expressamente o declarar, parece que autorizam a afirmativa Assim, desnecessária era a referência à prescrição, se esta só pudesse dar-se em relação à obrigação principal, visto que, sendo a prescrição um dos factos por que a obrigação se pode extinguir e havendo o código especificado a extinção da obrigação principal como causa extintiva das hipotecas, já estava nesta fórmula compreendida

1 Veja-se a *Ordenação*, liv. 4 °, tit. 3 °, § 1 °, Coelho da Rocha, *Instituições*, vol 2.°, § 644 ° e *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 7.°, pag. 579.

2 Codigo civil francês (art. 2180 °) e codigo civil italiano (art 2030.°).

a prescrição. Admitindo-se no direito em vigor ao tempo em que foi publicado o Código civil a extinção das hipotecas pela prescrição independentemente dos respectivos créditos, o autor do Código, não aceitando esta doutrina, parece que o deveria declarar expressamente, tanto mais que, preceituando-se que todos os direitos imobiliários estão sujeitos à prescrição estabelecida para os imóveis, e sendo a hipoteca um direito imobiliário, se poderia julgar compreendida naquele preceito E tanto isto é assim, que no Projecto primitivo se declarava (art. 1040.°) que a obrigação hipotecária só pode ser prescrita, tanto em favor do devedor, como de terceiro possuidor, por efeito da prescrição da obrigação principal.

Não pode, pois, dizer-se, como o faz o conceituado anotador do Código civil (1), que a comissão revisora eliminara esta disposição por a julgar desnecessária A verdade é que, tendo ela seguido a lei de 1 de julho de 1863 e não o Projecto, a exclusão do código do citado artigo não foi propositada, não podendo ligar-se a êste facto importância alguma para o efeito de se decidir se a prescrição é causa directa da extinção das hipotecas

A-pesar-das razões que acabamos de aduzir em favor da afirmativa, estamos convictos de que o nosso código não admite a prescrição da hipoteca sem a prescrição do crédito.

Esta prescrição, quando fôsse admitida, não deveria considerar-se positiva, mas negativa. Por um lado, o credor hipotecário não exerce posse sôbre os bens hipotecados e portanto não a pode perder; por outro lado, a extinção da hipoteca tem apenas como efeito libertar o prédio do ónus hipotecário Por essa extinção, o possuidor do prédio hipotecado não adquire direito algum. Sendo assim, não pode aplicar-se à prescrição do direito hipotecário o art. 530 °, que respeita a prescrição positiva.

O art 535.°, em que está formulada a disposição geral relativa à prescrição negativa, não pode aplicar-se também à prescrição do direito hipotecário. Êste artigo refere-se à

(1) *Código civil português anotado*, 2.ª edição, tômo 2 °, pag 271

obrigação de prestar ou fazer alguma cousa, e a hipoteca representa apenas uma garantia das obrigações, é um acessório Emquanto subsistir a obrigação, deve portanto subsistir a hipoteca, quer os bens hipotecados estejam no património do devedor, quer estejam no património de terceiro.

Em relação ao próprio devedor, seria inadmissível que êle ficasse pessoalmente obrigado e libertasse, subsistindo a obrigação, o prédio hipotecado; a diligência do credor em relação ao crédito, no sentido de obstar à prescrição, não pode deixar de produzir efeitos em relação à hipoteca, não tendo êle que praticar facto algum em relação a esta para que subsista emquanto existir o crédito Por disposição da lei (art. 965.°) o registo definitivo produz efeitos emquanto não fôr cancelado, constituindo uma presunção jurídica de que o direito pertence à pessoa em favor de quem está inscrito (regul do registo predial, art 157.°) (1).

Estas disposições não podem deixar de aproveitar também ao credor hipotecário quanto a terceiros possuidores dos bens hipotecados, os quais sabem ou devem saber, pelo registo, que há sôbre os prédios o direito hipotecário. Dada a publicidade do registo e atento o fim da hipoteca, de modo algum pode justificar-se que se dê a prescrição desta independentemente da prescrição do crédito O registo não obsta nem devia obstar a que se dê a prescrição do crédito; mas obsta e deve obstar a que se dê a prescrição do direito hipotecário independentemente do crédito.

A especificação da prescrição como causa de extinção da hipoteca pode significar, do mesmo modo que em relação aos privilégios, que, tendo sido estabelecida a hipoteca por tempo determinado, caduca logo que decorra êsse tempo, ou que, tendo sido registada provisòriamente, deixa de produzir efeito, logo que o registo provisório caduque Em todo o caso, essa especificação, que representará uma incorrecção por parte do legislador, não será um argumento de valia para sustentar que a prescrição pode ser causa directa da extinção da hipoteca

[1 Corresponde ao art 143.° do dec n.° 8437, de 21 de outubro de 1922].

Admitida esta doutrina, necessário seria que a lei estabelecesse as condições em que se verifica essa prescrição, e nenhuma disposição se consignou no código a êste respeito.

A extinção da obrigação principal pode dar-se pelo seu cumprimento ou por qualquer facto em virtude do qual o vínculo obrigatório perca a sua eficácia, e, para se determinarem os efeitos da extinção da obrigação em relação à hipoteca, é necessário atender não só ao facto por que a obrigação se extingue, mas ainda às consequências que derivam do registo.

Assim, sendo o pagamento um dos factos por que se extinguem as obrigações, o pagamento feito por terceiro que nele seja interessado não extingue a hipoteca, dando-se a subrogação em favor dêsse terceiro O pagamento parcial não terá como consequência, atenta a indivisibilidade da hipoteca, a extinção desta Na novação pode dar-se a reserva da hipoteca em favor do novo crédito (art 807.°), não havendo assim a extinção do ónus hipotecário Na compensação, que, como vimos, se opera legalmente, a extinção da hipoteca não se verificára no caso em que, sendo as dívidas compensáveis e havendo sido paga uma delas, o devedor que pagou ignorava a existência do crédito que havia extinguido a sua dívida (art. 769.°).

Dada a extinção da hipoteca por qualquer facto extintivo da obrigação, pode anular-se êste facto e reviver o direito hipotecário É assim que, no caso de extinção da obrigação principal por pagamento, se êste fôr anulado, renascerá a hipoteca (art 1029.°), se a confusão se desfizer, renascerá a obrigação com todos os seus acessórios e portanto com a hipoteca (art 801.°), na novação, se esta fôr nula, subsistirá a antiga obrigação (art. 813.°).

Em que condições se dá, porém, o renascimento do direito hipotecário?

Para as determinar, é necessário atender aos efeitos do registo.

No art 1028.° preceitua-se que a extinção das hipotecas só começa a ter efeito depois de ser averbada no competente

registo, e só pode ser atendida em juízo quando é apresentada a certidão de averbamento. Por esta disposição de modo algum se pretendeu significar que, tendo sido extinto o crédito ou tendo-se verificado qualquer facto extintivo da hipoteca, subsista a garantia hipotecária, de modo que o possuidor dos bens hipotecados, executado pelo credor, não possa, em virtude de não haver sido cancelada a hipoteca, opor-se por embargos à execução hipotecária. Que êle o pode fazer, expressamente se declara no cód. de proc. civil, art 954.° n.°s 3.° a 7.°. O que pelo citado artigo do código civil se quis significar foi que a presunção, resultante do registo, de que o direito hipotecário pertence ao credor só deixa de subsistir desde que o registo é cancelado. Emquanto se não der êste cancelamento, torna-se necessário provar em juízo e pela forma estabelecida na lei o facto extintivo da hipoteca, para que esta seja declarada extinta e o registo deixe, pelo cancelamento, de produzir os seus efeitos.

Pela organização do registo se explica também que, dado o renascimento da hipoteca pela anulação do facto extintivo da obrigação, se a inscrição tiver sido cancelada, a hipoteca só renascerá desde a data da nova inscrição, salvo o direito, que fica ao credor, de ser indemnizado pelo devedor dos prejuízos que daí lhe provenham (art. 1029.°) Esta disposição aplica-se a quaisquer casos em que, tendo sido anulado o facto extintivo da obrigação, se dê o renascimento do direito hipotecário, o qual nunca poderá prejudicar, atentos os efeitos do registo, quem tenha inscrito qualquer direito no prédio, cuja hipoteca foi cancelada, anteriormente ao novo registo da mesma hipoteca É assim que, anulando-se a dação em pagamento por a cousa não pertencer ao devedor, renascerá a hipoteca, mas esta não poderá prejudicar quem, anteriormente à anulação e ao consequente registo da hipoteca, tenha inscrito os seus direitos sôbre o prédio, cuja hipoteca haja sido cancelada em virtude da referida dação em pagamento.

Além dos factos que a lei especifica como causa directa da extinção da hipoteca, há outros que determinam essa extinção e cuja eficácia fácil é de determinar É assim que, recaindo

sôbre uma cousa que seja expropriada, a hipoteca se extingue em virtude da expropriação, pagando-se o credor hipotecário pela respectiva indemnização (art. 891.° n.° 4.°); se a hipoteca recair sôbre um usufruto e êste se extinguir por haver terminado o prazo prefixado ou se haver verificado o facto de que dependia a sua extinção, extinguir-se há ao mesmo tempo a hipoteca que recaía sôbre êsse usufruto; se o prédio hipotecado perecer no todo ou em parte, a hipoteca extinguir-se há no primeiro caso e subsistirá apenas sôbre a parte restante no segundo, tendo o credor hipotecário direito a qualquer quantia que, quer pelo seguro do prédio, quer como indemnização de perdas e danos, tenha de receber o proprietário do prédio (art 891.° n.°s 3.° e 4.°).

§ 28 — *Da penhora e do arresto*

DR DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil anotado*, 1.° vol., pag 470, DR. NEVES E CASTRO, *Manual de processo civil ordinário*, 2.ª ediç., pag 449, *Revista dos Tribunais*, vol. 19.°, pag. 179, DR EDUARDO DE CARVALHO, *Manual do processo de execução*, vol. 1.°, § 31.°, *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 23.°, pag 105, e vol 26.°, pags 717, 725 e 733, DR DIAS DA SILVA, *Processos especiais, civis e criminais*, vol. 1.°, pag. 659; *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 42.°, pag 374, DR BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código comp. do proc. com.*, 3.ª ediç., 2.° vol., pag. 359, e vol 3.°, pag. 128

170. *Razão porque tratamos da penhora e do arresto.* Além das preferências no pagamento dos créditos de que temos tratado — penhor, consignação de rendimentos, privilégios e hipotecas, há ainda as que resultam da *penhora* e do *arresto*, a que, embora essas preferências sejam estabelecidas no código de processo civil, não podemos deixar de nos referir, pois esta matéria pertence ao direito substantivo e não ao de processo.

A penhora é um acto de execução, o arresto tem por fim a segurança dum crédito, derivando de ambos, em determinadas condições, direitos especiais para os respectivos cre-

dores. Cumpre-nos expor estes direitos, pois que sem isso não se podem determinar de modo completo os direitos dos credores sôbre o património do devedor.

171. *Noção de penhora, seus efeitos* *Penhora* é o acto judicial por que se tiram, em virtude de mandado do juiz, os bens do poder do executado e se põem sob guarda da justiça para garantia da execução.

Como sabemos, o devedor não pode ser compelido pelo credor à realização dos factos que formam o conteúdo do vínculo obrigatório, e, quando o devedor não cumpre, a obrigação tornar-se há efectiva, pelo valor que representa, no seu património Para êste efeito, executa-se o devedor, e a execução inicia-se pela apreensão judicial dos bens que se tornam necessários para que o credor seja pago pelo seu preço

Pela penhora estabelece-se assim um vínculo entre os bens apreendidos e o crédito do exequente, em virtude do qual o proprietário ou possuidor não pode dispor livremente dêsses bens, que são depositados Esses bens são garantia da execução, porque o exequente fica, em virtude da penhora, com o direito de se pagar pelo produto da arrematação dêsses bens

A penhora em bens imobiliários está sujeita a registo, a contar do qual produz os seus efeitos (art 949 ° n ° 6 °, e cód. de proc. civil, art 834 °) (1), que consistem em não poderem os bens ser transmitidos sem êsse encargo, caducando os

(1) Podera registar-se a penhora num predio que esteja inscrito em favor de alguém que não seja o executado? Em ac do S T de J de 12 de novembro de 1912 (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 27 °, pag. 117) decidiu-se negativamente em vista do art 159 ° do regulamento do registo predial, em ac. da Relação de Lisboa de 3 de março de 1915, (na cit *Gazeta*, vol 29.°, pag. 79) decidiu-se afirmativamente, com o fundamento de que a penhora e feita com efectiva apreensão de bens, que se tiram do poder do executado, produzindo assim efeito desde logo independentemente do registo, e devendo portanto aplicar-se não a regra do citado art 159 ° mas a excepção que vem no final do mesmo artigo, e de que, aplicando-se o artigo de outra forma, resulta o absurdo de em muitos casos o exequente não poder

ónus reais e as hipotecas que não tenham sido registados em data anterior, salvos os ónus reais que, tendo sido constituídos anteriormente à publicação do código civil, subsistirem independentemente de registo, se o prédio fôr arrematado ou adjudicado sem estar paga a dívida de que procedeu a penhora (cód de proc. civil, artt. 835.° § único e 856.°) (1).

Sôbre os mesmos bens pode recair mais do que uma penhora, havendo assim mais do que uma execução garantida por esses bens Independentemente do concurso de credores determinado pela insolvência do devedor, necessário se torna verificar neste caso qual dos credores com penhora tem o direito a ser pago em primeiro lugar pelo produto dos bens penhorados. Assim, tendo sido penhorado um prédio para pagamento de um crédito de um conto, sendo-o posteriormente para pagamento de outro crédito de 500$ e restando do valor da arrematação, depois de pagas as despesas judiciais e os créditos privilegiados e hipotecários, 1 100$, qual dos credores com penhora tem o direito de ser pago em primeiro lugar? Será o credor em cujo processo de execução primeiro se fez a penhora, ou o credor em cujo processo primeiro se arrematáram os bens, embora a penhora seja posterior?

Sendo a penhora garantia da execução, parece que o credor que primeiro penhorou deverá ser pago em primeiro lugar, e que o outro credor só deverá receber o que restar. Se assim não fôr, a penhora, a-pesar-de produzir efeitos em

penhorar os bens do devedor, pelo facto de o predio estar inscrito em favor de outra pessoa, embora efectivamente lhe pertença *.

Os efeitos da penhora não consistem apenas na apreensão dos bens, e, sem o registo, essa apreensão não produz efeitos em relação a terceiros, e nem sequer pode prosseguir a execução (cod de proc civil, art 834 ° § 2.°). A verdade, porem, e que, em relação a pessoa em favor de quem o predio esta inscrito, a penhora produz, embora seja o proprietario, o efeito de lhe serem tirados os bens, que so por meio de embargos podera ieaver Sendo assim, a inscrição da penhora não agrava a sua situação.

[1 Relativamente ao registo da penhora em creditos hipotecarios, veja-se o decr. n ° 4666, de 13 de julho de 1918, artt 17 ° e 19.°]

[* Confr. decr n.° 8437, de 21 de outubro de 1922, art. 145 °].

relação a terceiros, não garantirá o credor que primeiro penhorou contra o credor que penhorou posteriormente

A verdade, porém, é que êste assunto está regulado no código de processo civil de forma que tem suscitado muitas dúvidas Trataremos dele sucintamente, determinando, em primeiro lugar, qual dos credores com penhora tem o direito de ser pago, em primeiro lugar, pelo produto dos bens arrematados, e, em segundo lugar, qual a preferência que tem o credor com penhora num concurso de credores determinado pela insolvência do devedor

172. *As penhoras dão preferência pela ordem da sua prioridade* (1) Pela penhora adquire o exequente o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor, que não tiver privilégio ou hipoteca anterior (art. 836 °), disposição que é aplicável tanto à penhora em bens imobiliários como mobiliários, porque a lei não faz a êste respeito distinção alguma (2)

Tem sido muito debatida, e suscitado decisões encontradas nos tribunais, a seguinte questão se a preferência concedida

[1 O decr n ° 4618, de 13 de julho de 1918, deu ao art 836 ° do cod de proc civil a seguinte redacção

Art. 836.° O exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tiver penhora, privilegio ou hipoteca anterior, § único Havendo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, os credores, exequentes e concorrentes, serão graduados pela prioridade das respectivas penhoras, ou do registo delas quando se trate de bens imobiliarios

Ficaram assim resolvidas de harmonia com a doutrina seguida no texto, as dúvidas que o art 836 ° suscitava A penhora da preferência absoluta e não apenas ao exequente no processo por onde os bens são arrematados, graduando-se os credores pela prioridade das respectivas penhoras ou do registo delas, quando sujeitas a registo.

Veja-se a nota 1 da pag 487]

(2) É esta a jurisprudência seguida nos tribunais. Veja-se o DR DIAS FERREIRA, *Código de processo civil português anotado*, tômo 2 °, pag 331 e os acordãos por êle citados, a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 27 °, pag 535, o acordão da Relação do Pôrto, de 11 de agosto de 1885, na *Revista dos Tribunais*, vol 6 °, pag. 58.

à penhora pelo artigo citado do código de processo civil é absoluta, de modo que a penhora em bens imobiliários com registo mais antigo prefira a qualquer outra com registo posterior, e, sendo de bens mobiliários, a que primeiro se fizer tenha preferência sôbre as posteriores, seja qual fôr o processo por onde se arrematem os bens

O DR. DIAS FERREIRA seguia abertamente a doutrina de que o código só dá preferência ao credor *exequente*, «para o compensar dos trabalhos e dos sacrifícios com o andamento da causa quando os outros credores estavam a dormir, esperando que êle lhes abrisse o caminho para irem depois concorrer com direito igual na partilha do produto dos bens vendidos»

Afigura-se-nos que esta razão não procede.

O próprio comentador, expondo algumas dificuldades que se dão na aplicação do sistema que em sua opinião foi seguido pelo legislador, dizia que «todas essas dificuldades se evitavam, não se permitindo segunda penhora no mesmo objecto, e marcando-se os termos para os credores deduzirem os seus direitos na causa por onde se fizesse a penhora».

E, referindo-se à hipótese de, nos termos do art. 943.° do código de processo civil, serem apensadas diferentes execuções contra o mesmo devedor, para num só concurso se apreciar o direito de todos os credores, acrescentava: «Talvez que nas execuções e concursos com a mesma data devessem ser considerados por igual todos os exequentes com penhora, por não haver razão para favorecer uns com prejuízo dos outros, visto terem sido todos igualmente diligentes. Não permitindo, porém, a lei, para os efeitos da preferência, mais do que um exequente com penhora, não pode deixar de considerar-se exequente, para os efeitos do art. 836.°, só aquele a cuja execução foram apensas as outras, pois que é êste o que nos termos do mesmo artigo e parágrafo fica sendo verdadeiro exequente, porque é pela execução dele que são arrematados os bens, art 835.°».

O sistema do código de processo civil, tal como foi e ainda está sendo entendido por alguns dos nossos juízes, pois que a opinião seguida pelo DR DIAS FERREIRA é a que tem dominado nos tribunais, não se nos afigura razoável.

Não pode invocar-se em favor dele, como acabamos de vêr, a diligência do credor, sendo que nem sempre depende da vontade do exequente, ou da sua diligência, o serem arrematados os bens pelo processo da sua execução (1)

Não concordamos até, como veremos, em que seja concedida preferência à penhora mais antiga, nos termos em que essa preferência é estabelecida pelo código de processo civil. Entre os dois sistemas — o que dá preferência à penhora do exequente no processo por onde é feita a arrematação dos bens e o que dá preferência à penhora mais antiga, não hesitamos em seguir, como mais racional, o último

E é também o que, em nossa opinião, mais se harmoniza com as disposições do código de processo civil, quando delas se forme, como é dever do intérprete, um conjunto harmónico, pondo de lado deficiências de redacção, como as dos artt. 853.° e 933 °, que aliás se podem explicar pelas alterações introduzidas no código civil, cujas disposições o legislador tinha em vista.

Em face do código de processo civil, parece-nos que a preferência que resulta da penhora é graduada pela prioridade, a qual, relativamente aos bens imobiliários, se determina pela data do registo Não havendo penhora sem execução, devendo os credores com penhora registada ser citados para assistir aos termos da execução (cód. de proc civil, artt 834.° n.° 2 ° e 844.° n ° 2.°), transmitindo-se os bens com êsse encargo e sendo arrematados livres dos ónus reais que não tiverem registo anterior ao *de qualquer penhora* (cód. de proc. civil, artt 835 ° e § único e 856 °), a interpretação mais rigorosa

(1) Numa bem elaborada tenção do então juiz da Relação do Pôrto DR. DIAS DE OLIVEIRA lêmos o seguinte « Premiar o exequente pela sua diligência em obter a arrematação ou ajudicação, e privar outro credor, que tiver garantido o seu direito pela prioridade do registo da penhora, da preferência resultante dessa garantia, e abrir a porta a muitas surprezas e abusos, premiando outro credor mais ladino, que pode, ate por uma divida posterior, obter preferência indevida para o seu credito por actos que o art 1042 ° do codigo civil qualifica *fraude*, quando feita de outro modo, fazendo-lhe perder a vantagem pretendida ». *Revista dos Tribunais*, vol 13, pag 280

do art. 836.° será a que, em harmonia com os efeitos atribuídos à penhora, tomar a palavra *exequente* num sentido lato, compreendendo portanto qualquer credor com penhora, seja ou não o da execução por onde forem arrematados os bens.

O argumento, ùnicamente baseado na letra do art 836 ° — a lei só dá preferência ao *exequente* e êste é o da execução por onde são arrematados os bens, teria muita fôrça, se não fôsse necessário combinar aquela disposição com os artigos referidos, que não restringem os efeitos da penhora à execução por onde os bens são arrematados, mas lhos atribuem relativamente a qualquer ónus real ou hipoteca com registo posterior ao da primeira penhora Ora não podendo duvidar-se de que o crédito hipotecário registado anteriormente à penhora de que procede a arrematação, mas posteriormente ao registo da primeira penhora, teria preferência em relação ao do exequente, parece-nos que também se deve admitir que a penhora primeiramente registada dá preferência a qualquer penhora posterior. Se assim não fôsse, não se compreenderia bem o motivo por que os credores com penhora registada devam ser citados para assistir aos termos da execução, visto que não poderiam deduzir preferências no concurso de credores, e, sendo certo que caducam os ónus reais com registo posterior ao de *qualquer hipoteca, penhora* ou *arresto* (art. 1023 ° e cód de proc. civil, art 856.°), quando houvesse um onus registado anteriormente à penhora de que resultou a arrematação, mas posteriormente à primeira penhora, o credor que tinha esta resgistada seria prejudicado em benefício de outro credor, quando é certo que, se não fôra a primeira penhora, o ónus real acompanharia o prédio (1).

Quem primeiro apreender os bens para garantia da exe-

(1) No sentido da doutrina que defendemos foram publicados, entre outros, os acordãos seguintes do S. T de J de 25 de junho de 1912, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 26.°, pag. 436, de 1 de julho de 1902, na *Colecção oficial* de 1901-1902, pag 336, e de 26 de julho de 1900, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 14, pag. 94; da Relação do Pôrto de 12 de julho de 1914, na *Gazeta* cit., vol 28.°, pag. 212, de 8 de janeiro de 1895, na *Revista dos Tribunais*, vol 13, pag 279, da Relação de Lisboa de 22 de julho de 1914,

cução deve ser pago de preferência a quem os apreender posteriormente. E sendo indubitável que os credores com penhora entram no concurso de credores, como se infere não só da disposição em que se ordena a sua citação, mas ainda do que se preceitua no art 943 ° do código de processo civil e do disposto no art 947.° do mesmo código, é também indubitável para nós que aquele direito está garantido pelo código de processo civil.

O concurso de credores tanto pode ser motivado por preferências sôbre o preço dos bens arrematados ou ajudicados em qualquer processo de execução, como pela insolvência do devedor.

Terão, ainda neste caso, os credores com penhora direito de preferência?

O art 836 ° determina que o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferência a *qualquer outro credor que não tiver privilégio, ou hipoteca anterior*. Não se estabelece neste artigo restrição alguma, e, sendo assim, a preferência para o credor com penhora dá-se não só no caso em que apenas sejam arrematados alguns bens, como no caso em que, por falência ou insolvência do devedor, sejam excutidos todos os seus bens.

Neste caso, os credores com penhora terão preferência sôbre o produto dos bens penhorados, em harmonia com o critério estabelecido, que é o da prioridade.

Sendo assim, a penhora não garante apenas a execução. Dá preferência ao respectivo credor no concurso de credores sôbre os credores comuns e sôbre os credores que tenham penhora posterior

Há quem sustente que a lei não estabelece preferência entre

na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 28 °, pag. 333, e de 26 de maio de 1894, na cit. *Gazeta*, vol 7 °, pag 757

Em sentido contrario podem ver-se os acs do S T. de J. de 23 de agosto e de 22 de novembro de 1904, de 7 de julho de 1905 e de 22 de novembro de 1912, e os acs. da Relação de Lisboa de 20 de maio de 1908, de 9 de junho, e 26 de julho de 1911, na mesma *Gazeta*, vol 18 °, pag 707, vol. 19.°, pags 69 e 629, 23 ° vol, pag. 75, e vol. 26.°, pagg 583, 631 e 718.

os credores com penhora, devendo assim efectuar-se o pagamento entre eles rateadamente. Essa preferência acha-se, porém, a nosso ver, estabelecida, embora inconvenientemente, no art 836 °. Dando-se à palavra *exequente* a significação de *exequente em cujo processo primeiro se fez a penhora*, quanto à preferência que êste fica tendo em relação aos outros exequentes, e atribuindo-se também o direito de preferência às penhoras posteriores em harmonia com a sua prioridade, essas preferências poderão tornar-se efectivas em qualquer concurso de credores (1).

173. *Arresto: noção e efeitos* O *arresto*, que também tem a designação de *embargo*, é a apreensão judicial da cousa, sôbre que se litiga, ou de bens suficientes para segurança da dívida (cód. de proc. civil, art. 364 °).

O arresto, quando seja feito sôbre bens imobiliários, está, como a penhora, sujeito a registo e produz os mesmos efeitos que ela (artt. 370 °, 832 °, 834 ° n ° 2.° e 835.°) (2).

Há graves divergências na nossa jurisprudência sôbre quais são êsses efeitos e quando têm lugar. Assim, tem-se afirmado que o registo do arresto apenas produz os efeitos que

(1) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 1911, na *Gazeta da Relação*, vol 27.°, pag 197, e os acs do S T. de J. de 25 de junho de 1912 e 3 de junho de 1913, na cit. *Gazeta*, vol 26 °, pag. 436 e vol 28.°, pag. 196.

[2 O decr n.° 4618, de 13 de julho de 1918, deu ao corpo do art. 370 ° e ao art. 832.° do cod. de proc. civil a seguinte redacção

Art. 370 ° O arresto sobre bens imobiliarios, ou sôbre bens mobiliarios, produz os efeitos da penhora

Art. 832.° Havendo bens arrestados o auto do arresto substitue a penhora, mas só produzira efeitos quando assim seja declarado por despacho do juiz.

§ único Os efeitos do arresto convertido em penhora, nos termos dêste artigo, contam-se quando feito em bens imobiliarios da data do seu registo, quando em bens mobiliarios da data do arresto.

Portanto, o arresto, quer sôbre mobiliarios quer sôbre imobiliarios, so da preferência quando tenha sido convertido em penhora contando-se os seus efeitos nos termos do § único do art 832.°.

Veja-se sôbre registo de creditos hipotecarios o decr. n ° 4666, artt. 17.° e 19.°].

ao registo da penhora são atribuídos pelos artt 834.° n ° 2 °, 835.° § único, e 844 °, isto é, o direito para o credor arrestante de ser citado para os termos da execução e da arrematação, e o de não poderem ser transmitidos os bens sem o encargo do arresto, caducando os ónus reais com registo posterior. Quanto à preferência, diz-se que esta só existe a favor do credor arrestante, quando êle fôr também o exequente, que o arresto, mesmo neste caso, só prefere à hipoteca, quando o registo desta fôr feito depois de o exequente o haver convertido em penhora, isto é, depois de passados os dez dias dentro dos quais o arrestado deve efeituar o pagamento, não podendo assim, convertido que seja o arresto em penhora, retrotrair-se a preferência que desta resulta (1).

Contra esta doutrina tem-se sustentado que, nos termos dos artt. 370.°, 834.° n ° 2.°, 844 ° n.° 2.° e 856.°, em que o arresto registado é equiparado à penhora, o arresto em bens imobiliários dá o direito de preferência independentemente da sua conversão em penhora (2).

É esta, em nossa opinião, a doutrina mais aceitável, em face do art. 370 °, pelo que respeita ao arresto sôbre bens

(1) Veja-se neste sentido a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 27.° ano, pag 50, o *Boletim dos Tribunais*, 5.° ano, pag 657, em que se critica o ac. da Relação de Lisboa de 9 de fevereiro de 1899, publicado a pag 663, e 6 ° ano, pag. 406, e os acs. do S. T. de J de 4 de junho de 1915, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 29 °, pag 57, de 1 de abril de 1892, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 32 °, pag. 477, e de 7 de março de 1890, no *Boletim dos Tribunais*, 5 ° ano, pag 358, e o da Relação de Lisboa de 1 de abril de 1892, no referido *Boletim*, vol 7 °, pag. 470

(2) Em harmonia com esta doutrina têm sido publicados os acs do S T de J. de 26 de janeiro de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 23 °, pag 83, e de 17 de fevereiro de 1903, na *Colecção oficial* de 1902-1903, pag 308 Vejam-se neste mesmo sentido os acs. da Relação de Lisboa de 18 de fevereiro de 1888, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 3 °, pag. 137, de 4 de julho de 1891, na *Gazeta* cit, vol 5 °, pag. 389, e a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 10.°, pag. 418 e vol 14 °, pag. 36 No ac. da Relação do Pôrto de 12 de julho de 1914, na *Gazeta da Relação*, vol 28 °, pag. 212, segue-se a doutrina de que goza de preferência, antes de convertido em penhora, tanto o arresto em bens imobiliarios como mobiliarios.

imobiliários, pois a preferência não pode deixar de considerar-se como um dos efeitos da penhora e ao arresto em bens imobiliários são atribuídos os mesmos efeitos. No citado ac do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 1909 lê-se o seguinte, com que plenamente concordamos «Considerando que o arresto em imobiliários produz os efeitos da penhora, como é expresso no art 370.° do código de processo civil, e, que, sendo registado, tem por consequência, como a penhora, acompanhar os bens sôbre que recai, e de não poderem estes ser transmitidos sem êsse encargo, conforme o art. 835 ° do mesmo código, e, além dêsses, o da preferência estatuída no art 836 °, sem distinção de estar ou não convertido em penhora, pois que tal distinção não faz a lei, e antes aquela disposição do art 370.° lhe dá desde logo, incondicionalmente, todos os efeitos».

Quanto ao arresto em bens mobiliários, êste só dá preferência quando tenha sido convertido em penhora, porque não há nenhuma disposição que lhe atribua êsse efeito.

174. *Reformas propostas quanto às preferências resultantes da penhora e do arresto* Na proposta de lei apresentada pelo ministro da justiça à câmara dos deputados na sessão parlamentar de 1903, em que se interpretavam e alteravam alguns artigos do código de processo civil, eram assim modificados os artigos seguintes

«Art. 370 ° O arresto sôbre bens imobiliários, ou sôbre bens mobiliarios, produz os efeitos da penhora, mas estes contam se, no primeiro caso, desde o respectivo registo».

«Art 836 ° Acrescentar

«§ único Havendo mais de uma penhora sôbre os mesmos bens, os credores, exequentes e concorrentes, serão graduados pela prioridade das respectivas penhoras, ou do registo delas, quando se trate de bens imobiliários».

Por êste aditamento interpretava-se, segundo a nossa opinião, o art. 836.°, a modificação introduzida no art 370 ° podia justificar-se, mas por uma simples razão de coerência.

O que nos parecia, porém, preferível, era que se modificassem as disposições do código de processo civil, não dando

preferência aos credores com penhora ou arresto, senão relativamente às dívidas posteriores e às anteriores cuja data não fôsse autêntica ou autenticada por algum dos modos estabelecidos no art. 2436 °.

Sendo o património do devedor garantia comum dos credores, o legislador só deve conceder preferências, quando para isso haja graves razões de justiça ou de equidade Ora não se nos afigura que as haja para considerar como credor preferente o arrestante, que até ao arresto era credor comum, e que, para conseguir essa garantia, teve de alegar receio de insolvência do devedor, e até o credor com penhora, pois a execução nem sempre significará que êle é mais diligente que os outros credores, sendo que só podem exigir-se os créditos já vencidos.

§ 29 — *Direito de retenção.*

Dr. Carneiro Pacheco, *Do direito de retenção na legislação portuguesa;* Ramponi, *Il diritto di retenzione nelle leggi italiane,* Montessori, *Il diritto di retenzione nella materia commerciale,* Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno,* vol. 1.°, n.os 185-198, Gabrielli, *Diritto di retenzione,* Baudry-Lacantinerie e de Loynes, *Traite du nantissement, des privileges et hypotheques,* tômo 1 °, pagg 205 e segg , Planiol, *Traite,* tomo 2.°, n.os 2514 e segg , Legrand, *Du droit de retention.*

175. *O direito de retenção é uma garantia das obrigações.* Entre as dúvidas que se têm levantado acêrca da natureza do direito de retenção, direito que já definimos como causa legítima do não cumprimento das obrigações (n ° 27 °), um ponto há definitivamente assente · o direito de retenção é uma garantia do crédito a que respeita O poder de deter a cousa está directamente relacionado com êste crédito. Assim, o possuidor de boa fé goza do direito de retenção *emquanto não fôr pago* (art. 498 °), tem o mesmo direito o mandatário *até que esteja embolsado do que em razão do mandato se lhe deva* (art 1349.°), o empreiteiro de qualquer

obra mobiliária *emquanto não fôr pago do preço* (art 1407.°), o transportador não é obrigado a fazer a entrega dos objectos transportados ao destinatário *emquanto êste não cumprir aquilo a que fôr obrigado* (art. 1414 ° e cód. com., art 390.°), o depositário *emquanto não é pago* (art. 1450.° § único). Em todas estas disposições o direito de retenção significa que o devedor da cousa se pode recusar a entregá-la ou a restituí-la, porque essa cousa constitue, pelo poder que tem de a reter, como que um penhor do seu crédito.

Mais manifesta se torna esta relação entre o direito de retenção e o crédito, se se atender a que, uma vez assegurado o pagamento, o credor já não tem o direito de retenção Assim, os embargos de retenção por bemfeitorias nunca suspenderão a execução, se o exequente depositar ou caucionar, nos termos do art 806.° do código de processo civil, a importância em que estiverem liquidadas, ou aquela que o embargante jurar no prazo de vinte e quatro horas (cód de proc. civil, art 919 °) O transportador, quando o destinatário pagar o que julgar dever-lhe e depositar o resto da quantia exigida, não poderá reter os objectos transportados (cód com., art 390.° § 1.°)

Pelo direito de retenção assegura-se, pois, o pagamento do crédito, e é evidente que, substituído que seja o direito de retenção pela caução, esta, sendo prestada por hipoteca ou depósito, dará preferência ao credor

Não resultará esta preferência do próprio direito de retenção?

Para responder, necessário se torna determinar a quem pode ser oposto êste direito

176. *O direito de retenção é um direito absoluto, resultando dele o direito de preferência.* Relacionado com o crédito, o direito de retenção exerce-se sôbre a cousa, é um poder directo e imediato sôbre ela. É êste poder que, exercendo-se directamente sôbre a cousa e tendo portanto o caracter de direito real, representa a garantia do crédito, e, se apenas se pudesse tornar efectivo contra o devedor, tal garantia anular-se-ia completamente. Bastaria que o devedor

alienasse a cousa ou que qualquer dos seus credores a fizesse penhorar, para que o credor que tinha o direito de retenção dêle fôsse privado, ficando sem a garantia do seu crédito.

A lei dá-lhe, porém, o direito de reter emquanto não seja pago do seu crédito ou não seja caucionado o pagamento, e êsse direito exerce-o êle para com todos, pois que nenhuma limitação se faz a êste respeito.

Podendo ser exercido contra todos, do direito de retenção resulta preferência para o respectivo credor Efectivamente, subsistindo o direito de retenção emquanto não seja pago o crédito, existindo êsse direito não só em relação ao devedor mas a terceiros, o direito de preferência é um consectário iniludível do direito de retenção, visto que nem o devedor nem terceiros poderão tornar efectivos os seus direitos sôbre a cousa retida, sem que paguem ou caucionem o crédito do retentor.

Não se poderá efectivar, porém, o direito de preferência em concurso de credores?

Em algumas disposições concede a lei, ao lado do direito de retenção, o privilégio E assim que, dando-se o direito de retenção ao empreiteiro de obra mobiliária (art 1407.°), se declara privilegiado o crédito pelo preço de quaisquer móveis ou máquinas, ou pelo custo do concerto tanto daqueles como destas, no valor dos mesmos móveis ou máquinas (art 882.° n.° 3 °), atribuindo-se ao transportador o direito de retenção dos objectos conduzidos (art. 1414.° e cód. com , art 390 °), se estabelece privilégio para o crédito por despesas de recovagem, barcagem, alquilaria ou transporte, no valor dos objectos transportados (art. 882.° n ° 1.° e cód com., art 391 °); reconhecendo-se ao arrendatário (art. 1614.°) (1) o direito de retenção no caso de bemfeitorias expressamente consentidas por escrito, ou que, não o sendo, se tornem necessárias para o fim para que o prédio é arrendado, o art 887 ° n ° 2 ° declara privilegiados os créditos

[1 Veja-se o decr n ° 5411, de 17 de abril de 1919, art 25.°]

provenientes de despesas feitas nos últimos três anos para a conservação dos prédios com relação àqueles a que essas despesas forem aplicadas, não excedendo a quinta parte do valor dos mesmos prédios, e o art 891.° n.° 2.° determina que a hipoteca não abrange as bemfeitorias feitas a expensas de terceiro no valor em que o prédio tiver sido aumentado por elas, devendo portanto ser pago êste valor a quem fez as bemfeitorias, que fica tendo preferência sôbre o credor hipotecário.

Nestes casos é evidente que sôbre o produto dos bens em que havia o direito de retenção há preferência no pagamento dos respectivos créditos em concurso de credores, e entendemos que o credor que tem o direito de retenção não pode opor-se à execução dos bens, nem exigir caução, quando os outros credores pretendam tornar efectivos os seus direitos nos bens sôbre que há o direito de retenção.

No código de processo comercial preceitua-se, art. 261.° § 3.°, que, havendo penhores legalmente constituídos pelo falido, poderá o tribunal autorizar o resgate deles ou ordenar a sua venda, devendo neste caso os credores pignoratícios ser intimados para os apresentarem no acto da praça, sob pena de imediata apreensão e perda do seu privilégio, além da responsabilidade criminal em que incorrerem. Garantem-se assim, sem prejuízo dos outros credores. os direitos do credor pignoratício. Êste, se o penhor não é resgatado, pagar-se há de preferência a todos os outros credores pelo preço do objecto penhorado, sendo o seu crédito considerado privilegiado (art 886 °).

Quando haja o direito de retenção, que é também um direito de garantia, entendemos que poderá, sendo o crédito considerado privilegiado, proceder-se do mesmo modo. O que se não pode admitir é que os credores não exerçam os seus direitos sôbre os bens do falido em que haja o direito de retenção, desde que fiquem salvaguardados os direitos do retentor

O que se preceitua acêrca da falência deve aplicar-se no caso em que tenham de ser excutidos, por motivo de insolvência, todos os bens do devedor que não seja comerciante

(cód de proc. civil, art. 933 °) Neste caso, os credores terão o direito de se pagarem pelo produto dos bens sôbre que haja o direito de retenção, salvos os direitos dos respectivos credores.

Estes direitos, se a lei expressamente declara o crédito privilegiado, tornar-se hão efectivos no concurso de credores.

No caso de retenção por bemfeitorias, o respectivo credor não poderá, independentemente da insolvência do proprietário, opor-se à penhora e arrematação do prédio em execução hipotecária, e, sendo arrendatário, ao despejo, fundado nesse direito.

Nos termos do art. 954 ° do código de processo civil, os embargos do executado à execução hipotecária só poderão fundar-se nos factos nele especificados, entre os quais não se mencionam as bemfeitorias O direito de retenção por bemfeitorias não é portanto fundamento para estes embargos. Os embargos de terceiro só poderão fundar-se em acto jurídico com registo anterior ao da hipoteca, ou em posse anterior ao registo da mesma hipoteca (cód. de proc civil, art. 957 °) O possuidor que tenha o direito de retenção por bemfeitorias, mas cuja posse seja posterior ao registo da hipoteca, não poderá opor-se à execução do prédio. O arrendatário, que tenha o mesmo direito, também não poderá embargar a execução. Esta não o prejudica nos seus direitos como arrendatário, visto que o arrendamento subsiste pelo tempo por que tiver sido feito não estando sujeito a registo, e, se o estiver, quando tenha registo anterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto (art. 1621.°, cód de proc. civil, art. 856 ° e decr. de 12 de novembro de 1910, art. 37.°) (1). O arrendatário não poderá embargar a acção de despejo do arrematante por bemfeitorias anteriores à arrematação, porque o valor dessas bemfeitorias não é deduzido na avaliação e o arrematante não é responsável por elas. O direito às bemfeitorias, arrematado que seja o prédio e depositado o preço,

[1 Veja-se a lei n ° 1662, de 4 de setembro de 1924, art 1 °, a lei n ° 1503, de 3 de dezembro de 1923 e o decr n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt 36.°, 58 ° e 120 °].

é neste que se torna efectivo. É assim que no art 887.° declara-se privilegiado o crédito por despesas de conservação até um determinado valor do prédio, e no art 891.° n.° 2.° determina-se que a hipoteca não abrange as bemfeitorias feitas à custa de terceiro, na parte que o valor do prédio tiver sido aumentado por elas

Destas disposições vê-se que, no caso em que haja o direito de retenção por bemfeitorias, não pode o retentor opor-se à execução do prédio, se êste estiver hipotecado Não pode, porém, o credor hipotecário locupletar-se a expensas do retentor, tendo êste o direito de pagar-se pelo produto do prédio que corresponda ao aumento das bemfeitorias, e, se estas forem necessárias, até a quinta parte do valor do prédio, independentemente do aumento dêsse valor.

Em todos os casos em que a lei declara privilegiado o crédito por que dá também o direito de retenção, assegurando assim a preferência ao credor a quem é reconhecido o direito de retenção no produto da arrematação dos bens sôbre que êste direito recai, harmonizam-se completamente os direitos dêsse credor com os dos outros credores do devedor, e, sendo movida contra êste execução sôbre esses bens, nenhuma razão legítima que a essa execução se oponha o credor que tem o direito de retenção, ou que exija caução do seu crédito Êste direito é uma garantia do seu crédito e, pela preferência que êle fica tendo sôbre o produto dos bens quando estes sejam arrematados, essa garantia subsiste.

Nos casos em que a lei não dê preferência ao credor que tenha o direito de retenção sôbre o produto dos bens, considerando o seu crédito privilegiado, êste pode fazer valer o seu direito contra os credores do devedor, emquanto estes não pagarem o crédito ou não caucionarem o pagamento. Prestada que seja esta caução, entendemos que os credores poderão tornar efectivos os seus direitos nesses bens.

Quando se seguisse doutrina contrária, se o retentor pudesse opor-se a que fôssem executados os bens que estão garantindo o seu crédito, seriam prejudicados os direitos dos outros credores, que ficariam na impossibilidade de exercer esses direi-

tos sôbre todos os bens do devedor Admitida a doutrina de que eles podem, prestada que seja a caução, fazer arrematar os bens sôbre que há o direito de retenção, fica garantido o direito do credor que goza da retenção, e os outros credores podem também tornar efectivos os seus direitos

No código de processo comercial dispõe-se (art. 201 °) que serão apreendidos para a massa todos os bens do falido, embora se achem arrestados, penhorados ou de outra forma apreendidos ou detidos, ficando sempre salvos os direitos dos credores e os de legítima retenção

Como se salvam estes direitos?

No código comercial, art 468 °, determina-se que o vendedor que se obrigar a entregar a cousa vendida antes de lhe ser pago o preço, considerar-se há exonerado de tal obrigação, se o comprador falir antes da entrega, salvo prestando-se caução ao respectivo pagamento. É óbvio que a cousa vendida poderá entrar na massa, desde que seja paga ou se caucione o pagamento. Caucionado o pagamento, é óbvio também que o vendedor ficará tendo, por essa caução, o direito de preferência

Vê-se assim que, se a lei não reconhece ao credor que tem o direito de retenção o direito de preferência em concurso de credores, os outros credores ou terão de pagar o crédito por que há o direito de retenção ou de caucionar o pagamento dêsse crédito Em qualquer das hipóteses, o crédito por que há o direito de retenção terá de ser pago de preferência aos outros créditos ou pelo resgate da cousa retida ou pela caução.

Em alguns casos, pode ser autorizada a venda de bens sôbre que há o direito de retenção, para que o credor se pague pelo produto dessa venda. É assim que no art. 390 ° § 3.° do código comercial se declara que, não convindo ao transportador reter os objectos transportados até que o destinatário cumpra aquilo a que fôr obrigado, poderá requerer o depósito e a venda de tantos quantos forem necessários para o seu pagamento

Esta disposição tem carácter excepcional O direito de retenção, tal como se acha regulado na nossa legislação,

garante principalmente o respectivo credor pela recusa da entrega da cousa emquanto êle não seja pago ou não seja caucionado o pagamento

Da doutrina exposta concluímos que 1) em princípio, o credor não tem, pelo direito de retenção, o direito de preferência directo sôbre o valor da cousa retida, cuja venda só excepcionalmente pode requerer para se pagar pelo seu produto; 2) nos casos em que a lei não considera o crédito que determina o direito de retenção privilegiado, o credor a quem é atribuido êsse direito pode opor-se a que os outros credores do devedor exerçam os seus direitos sôbre a cousa retida, emquanto não pagarem o seu crédito ou garantirem êsse pagamento; 3) nos casos em que há ao lado do direito de retenção o privilégio, o credor que tem o direito de retenção tornará efectivo o privilégio no concurso de credores.

Vê-se assim que o direito de retenção é causa de preferência, embora na maioria dos casos o credor que tem êsse direito não o torne efectivo no concurso de credores, sendo necessário que se pague ou caucione o crédito, para que os bens sôbre que recai o direito de retenção não sejam subtraídos à acção executiva, em benefício dos outros credores

Assim se explica que o código civil, ao especificar no art 1005 ° as causas de preferência, não se refira ao direito de retenção. É, porém, indubitável para nós que do direito de retenção resulta, pelas razões expostas, o direito de preferência

Directamente relacionado com a causa do crédito, o direito de retenção assegura ao credor a preferência, pela impossibilidade em que coloca o devedor e os seus credores de exercerem sôbre a cousa retida os seus direitos, emquanto o crédito subsistir.

177. *Extinção do direito de retenção* O direito de retenção, sendo uma garantia das obrigações, extingue-se logo que se dê a extinção destas, seja qual fôr o facto que determine essa extinção.

Recaindo sôbre uma cousa determinada, o direito de reten-

ção extingue-se também, logo que a cousa pereça. Se houver só a perda parcial, o direito de retenção, atento o seu carácter de garantia, subsiste sôbre a parte restante.

Pode também extinguir-se o direito de retenção pela renúncia do credor e por ter sido garantido por outra forma o pagamento do crédito

§ 30 — *Separação de patrimónios.*

Patrimónios autonomos nas obrigações segundo o direito português, na *Revista da Universidade de Coimbra*, vol 1 °, pag 77 (1), LOSANA, *La separazione del património del defunto da quello dell'erede secondo el codice civile italiano*, MELUCCI, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, BAVIERA, *Commodum separationi*, FADDA, *Concetti fondamentali de diritto ereditario romano*, tomo 2 °, pag 372, CARBONI, *Concetto della obbligazione nel diritto odierno*, pag 248, PLANIOL, *Traite*, tômo 2 °, n ° 2927 e segg e tômo 3 °, 2170 e segg

178. *No património do devedor pode haver massas de bens que, pelos fins a que se destinam, se relacionem directamente com determinadas obrigações* Os direitos dos credores tornam-se efectivos no património do devedor, não havendo no pagamento dos créditos preferências que não sejam estabelecidas pela lei. No complexo dos bens do devedor pode haver, porém, alguns que, sendo destinados a fins especiais, constituam por lei e em virtude dêsses fins, universalidades autonomas, dando-se preferência a determinados créditos em relação a esses bens Para se determinar, pois, o modo por que os credores podem tornar efectivos os seus direitos no património do devedor, não basta, em alguns casos, verificar se em benefício deles se acha constituida alguma das garantias de que temos tratado, é necessário ver ainda se, no conjunto dos bens do devedor, há alguns que sejam destinados ao pagamento de determinados créditos Quando os haja, para se graduarem os credores, é necessário que se desdobre o património do devedor, separando os bens que estejam directamente relacionados com determinadas obrigações, que, por esta relação, gozem de preferência.

Na novíssima reforma judiciária declarava-se (art. 645 °) que, tendo o devedor comum diversos patrimónios, e havendo credores a cada um deles, se deverão separar os seus bens, para por eles serem exclusivamente pagos os credores respectivos. COELHO DA ROCHA, aplicando esta disposição à sucessão por morte, ensinava: «Quando concorrem credores do mesmo devedor, mas uns em virtude de obrigação própria dêste, outros em virtude de sucessão, que para êle passou, podem estes últimos requerer a separação dos bens da sucessão, e formar sôbre eles um concurso especial com exclusão dos primeiros, ao que chamam *benefício da separação* (1)». Era assim o herdeiro titular de dois patrimónios, o do defunto, em que havia sucedido, e o próprio, e os credores do defunto podiam tornar efectivos os seus direitos no património dêste com exclusão dos credores do herdeiro, tendo portanto no pagamento pelos respectivos bens preferência em relação a estes O citado artigo da novíssima reforma não se aplicava só ao caso de sucessão por morte, havendo no nosso antigo direito outros casos em que o devedor comum podia ter diversos patrimónios e credores em cada um deles. Assim, dado o regime da comunhão de bens no matrimónio, podia haver bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges, dívidas comuns e dívidas pessoais ou incomunicáveis, e, neste caso, para a partilha de bens e responsabilidade dêstes pelas dívidas, era necessário separar entre todos os bens existentes os próprios e os comuns (2). Numa sociedade por que se estabelecesse a comunhão de parte dos bens de cada um dos sócios, os credores pessoais dêstes não ficavam tendo sôbre a sua parte no património social os mesmos direitos que os credores da sociedade, não podendo concorrer com estes à massa social e tendo apenas direito sôbre os bens que, pagos os credores sociais, a cada um deles ficavam pertencendo (cód comercial de 1833, artt 743.°-746 °).

No código civil não se consignou uma disposição corres-

(1) *Instituições*, tômo 2 °, § 663 °
(2) Veja-se COELHO DA ROCHA, *obr cit*, tômo 1 °, § 250 °

pondente ao art 645 ° da novíssima reforma. A verdade, porém, é que um devedor pode ter diversos patrimónios, e, para se determinar o modo por que neles se podem efectivar os direitos dos credores, tornar-se há necessária a separação dos bens que entram em cada um deles, pois que, respondendo uns directamente por determinadas obrigacões, os outros só respondem subsidiàriamente. havendo assim preferência no pagamento das primeiras

A separação de patrimónios está assim directamente relacionada com as garantias das obrigações

179. *Patrimónios autónomos no matrimónio.* No regime da comunhão de bens no matrimónio pode haver bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges Os bens comuns no matrimónio não representam, atento o fim a que são destinados, uma mera compropriedade, de modo que a cada um dos cônjuges seja lícito dispôr, como ao comproprietário, da parte que nesses bens lhe pertence, e responsabilizá-la pelas obrigações que assumir

E' assim que o marido não poderá alienar a sua parte nos bens imobiliários sem consentimento da mulher (art. 1119 °) e que, contraindo dívidas sem o consentimento desta, e fora dos casos especificados no § 2 ° do art 1114 °, por essas dívidas apenas ficam responsáveis directamente os seus bens próprios, só podendo tornar-se efectivos os direitos dos credores por obrigações assim contraídas nos bens comuns depois da dissolução do matrimónio ou da separação judicial de bens (art 1114 ° § 1 °).

Mais: pela parte que ao marido pertencer nos bens comuns não podem pagar-se os credores próprios do marido com prejuízo dos credores comuns. E' assim que estes podem, durante a subsistência da sociedade conjugal, exercer a sua acção creditória sôbre os bens comuns e, na falta de bens comuns, sôbre os bens próprios de cada um dos cônjuges (art 1113.° e § 1 °) Êstes bens, que ficam directamente vinculados ao pagamento das dívidas próprias de cada um dos cônjuges, respondem subsidiàriamente pelas dívidas comuns, do mesmo modo que os bens comuns, que ficam directamente

vinculados às dívidas comuns, também respondem pelas dívidas próprias dos cônjuges, mas subsidiàriamente e só depois de dissolvido o matrimónio ou da separação de bens

Temos pois que no matrimónio em que haja bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges se formam, para o efeito da determinação da responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas, três centros patrimoniais Pelos bens comuns pagam-se as dívidas comuns, e só na falta de bens comuns respondem os próprios de cada um dos cônjuges; pelos bens incomunicáveis pagam-se as dívidas pessoais, e só respondem por estas dívidas os bens comunicáveis, sem prejuízo dos credores comuns, depois de dissolvido o matrimónio ou de decretada a separação de bens

No pagamento pelos bens comuns há, pois, preferência para os credores comuns A meação do cônjuge nestes bens só pode determinar-se depois de deduzidas as dívidas comuns, e é sôbre essa meação que os credores pessoais podem tornar efectivos os seus direitos, depois de a mulher haver sido paga pelos bens do marido dos créditos que tenha contra êle nos termos do art 1124.° Se os bens comuns não forem suficientes para o pagamento das dívidas, não há bens a partilhar entre os cônjuges

Pelos bens próprios pagam-se as dívidas próprias de cada um dos cônjuges, concorrendo ainda com os respectivos credores os credores comuns, quando os bens comuns não sejam suficientes para o pagamento dos créditos comuns

Havendo três centros patrimoniais, os credores são graduados em cada um deles, quando haja preferências. Assim, pode haver credores privilegiados e hipotecários sôbre os bens comuns, do mesmo modo que os pode haver sôbre os bens próprios de cada um dos cônjuges.

180. *Patrimónios autónomos nas sociedades civis e comerciais.* Nas sociedades em que exista a responsabilidade pessoal do sócio pelas obrigações sociais, teremos também a considerar, além do património individual de cada um dos sócios, o património social, para o efeito da responsabilidade

pelas obrigações que os sócios contrairem individualmente e pelas que forem contraídas pela sociedade.

Assim, nas sociedades civis o sócio responsabiliza a sua parte nos bens sociais pelas dívidas pessoais Acha-se esta responsabilidade estabelecida no art 1274 °, em que se atribue aos credores particulares de cada sócio o direito de penhorar e fazer execução na parte social do devedor. O direito que estes credores têm à parte dos bens sociais do devedor não é, porém, o mesmo que têm os credores sociais E' assim que no art 1274 ° expressamente se declara que os credores da sociedade preferem aos credores de cada um dos sócios pelo que toca aos bens sociais

Os bens sociais são, pois, especialmente destinados ao pagamento das obrigações em que a sociedade se constituir, resultando dêsse destino, pela autonomia que a lei deu a esses bens, a preferência estabelecida no art 1274 °, visto que, em harmonia com a doutrina por nós exposta, as sociedades civis não constituem uma pessoa colectiva (1)

Nas sociedades comerciais em que os socios tenham responsabilidade solidária e ilimitada, os credores pessoais de cada um dos sócios podem penhorar e executar a parte que nos bens sociais pertence a êsse sócio, os credores sociais também podem, quando os bens sociais não sejam suficientes para o seu pagamento, tornar efectivos os seus direitos no património particular de cada um dos sócios

O direito que os credores pessoais têm aos bens da sociedade não é o mesmo que o dos credores sociais

No art 137 ° do cód comercial preceitua-se que os credores da sociedade preferem aos credores de cada um dos sócios, pelo que toca aos bens sociais, sendo esta preferência regulada no código de processo comercial (artt. 346 °-348.°), onde se determina que, havendo credores sociais e credores particulares de sócios de responsabilidade solidária e ilimitada, serão aqueles pagos de preferência a estes pelo produto dos bens da massa social, depois de satisfeitos quaisquer créditos

(1) Veja-se o tômo 1 °, n ° 108

privilegiados ou hipotecários desta. Se, depois de pagos os credores sociais, sobejar algum produto da massa social, será êsse excedente rateado pelos diferentes produtos ou massas particulares dos sócios em proporção do interêsse ou entrada que o respectivo sócio tivesse na sociedade. Quando, porém, a massa social não chegue para integral pagamento dos credores sociais, concorrerão estes a todas as massas particulares, e em cada uma pela totalidade do seu desembôlso, para aí entrarem em rateio com os respectivos credores particulares comuns. Se a soma total das percentagens para os credores sociais nas diferentes massas exceder a totalidade dos créditos que lhes são devidos, não levantarão estes senão o montante real dêsses créditos, e o excedente daquela soma será distribuido pelas massas particulares em proporção do que cada massa houver dado para os credores sociais a mais do que devia dar, atenta a sua entrada ou interêsse social. A quota que se liquidar pertencer a cada massa acrescerá ao produto destinado aos seus credores particulares e entrará no rateio definitivo entre estes Se a mesma soma das percentagens para os credores sociais não chegar para satisfação daqueles credores, e houver algum ou alguns sócios que não tenham credores particulares, a estes sócios e suas massas incumbe pagar tudo quanto ficasse em débito aos credores sociais

Reproduzimos estas disposições, porque elas mostram com toda a clareza a grande importância que nas obrigações tem a separação de patrimónios e as preferências que dessa separação podem resultar no concurso de credores

181. *O património do herdeiro e o do autor da herança.* Na sucessão por morte dá-se também, na determinação da responsabilidade do herdeiro pelas obrigações do autor da herança e dos direitos dos credores do defunto e do herdeiro, a separação do património dêste do património do autor da herança.

O herdeiro fica, quanto aos bens transmissíveis, na mesma situação jurídico patrimonial do autor da herança, sendo responsável apenas dentro das fôrças da mesma herança

pelas obrigações que sôbre esta recaíam (art 2019 °). Não sendo o herdeiro obrigado a encargos superiores às fôrças da herança, não podem os credores da herança tornar efectivos os seus direitos no património do herdeiro, independentemente da aceitação dêste a benefício de inventário, se o defunto estivesse insolvente, tendo apenas o herdeiro que provar que não há bens suficientes na herança para o pagamento dêsses encargos, quando se não dê esta aceitação (art 2019.° § único), os credores do herdeiro não poderão exercer também os seus direitos sôbre os bens da herança em prejuízo dos credores desta.

O herdeiro é assim titular de duas massas de bens, que estão directamente relacionadas com as obrigações do autor da herança e com as obrigações pessoais dele herdeiro, donde resulta que os credores do autor da herança têm sôbre esta preferência em relação aos credores pessoais do herdeiro, ainda no caso de em favor dêstes haverem sido constituídas garantias pelo herdeiro, e que os credores pessoais dêste têm, em relação ao pagamento pelos seus bens, preferência sôbre os credores do defunto

A preferência dos credores do autor da herança acha-se estabelecida no art. 897.°, em que se declara que das obrigações próprias do herdeiro por nenhum caso resulta hipoteca sôbre os bens da herança, em prejuízo dos credores do autor dela, ainda que sejam credores comuns, disposição que é aplicável a quaisquer outras garantias que nos bens da herança hajam sido constituídas em benefício dos credores pessoais do herdeiro (1).

Dos artt. 1790 ° § 1 ° e 1793.° a 1795 ° vê-se que as dívidas da herança são pagas de preferência aos legados e, não tendo os credores do herdeiro nenhum direito aos bens da herança que hajam sido legados, muito menos o podem ter sôbre os bens da mesma herança em prejuízo dos credores desta

Os credores pessoais do herdeiro podem opor-se também a que êste pague pelos seus bens, em prejuízo deles, as

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 35.°, pag 530.

dívidas do autor da herança. O herdeiro só é responsável por estas dívidas dentro das fôrças da herança, e, se do pagamento dessas dívidas, por excederem os bens da herança, resultar a insolvência do herdeiro, os seus credores poderão usar dos direitos que lhes facultam os artt. 1033 ° e seguintes do código civil (1).

§ 31 — *Preferências no concurso de credores*

Dr Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.ª ediç, vol 2.°, pagg. 260 e segg e *Código de processo civil anotado*, pagg 437 e segg, Dr Eduardo de Carvalho, *Manual do processo de execução*, tômo 2 °, §§ 108-126; *Revista dos tribunais*, vol 19.°, pagg. 177 e 209, e vol 24.°, pagg. 227 e 241, Dr Carneiro Pacheco, *Dos privilegios creditorios*.

182. *Casos em que tem lugar o concurso de credores e bens sobre que recai.* As obrigações tornam-se efectivas no património do devedor pela relação que neste há entre o activo e o passivo E' isto o que significa a fórmula consagrada mas pouco rigorosa, *o património do devedor é garantia comum dos credores*

Pela obrigação considerada em si e de modo autónomo, estabelece-se um vínculo entre o credor e o conjunto dos bens do devedor não sendo determinados os bens sôbre que êsse vínculo recai. Sempre que ao cumprimento da obrigação fiquem vinculados determinados bens, há um elemento acessório, uma relação de garantia, em virtude da qual o credor tem sôbre esses bens direitos especiais

Estas garantias são uma excepção ao princípio de que os credores têm direitos iguais sôbre o património do devedor, sendo por isso de interpretação restrita as disposições de lei por que se conferem e os negócios jurídicos por que se estabelecem E assim que no art 1005.° se declara que no

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 42.°, pag 326; Dr. Eduardo de Carvalho, *Manual do processo de execução*, vol. 2 °, pag 192

pagamento dos credores pelo preço dos bens do devedor não pode haver preferência que não seja fundada 1.° em privilégio, 2.° em hipoteca.

Pressuposta a solvabilidade do devedor e posta de lado a liquidação total do seu património para pagamento aos credores, as garantias dos credores darão a êstes o direito de se pagarem pelo preço dos bens sôbre que essas garantias recaem Dada a insolvência do devedor e a liquidação do seu património, dessas garantias resultará para os respectivos credores, pela relação que há entre os seus créditos e determinados bens do património, o direito de se pagarem pelo preço dêsses bens de preferência aos outros credores, não entrando êsses bens no rateio emquanto não forem pagos os créditos por êles garantidos

Havendo bens no património do devedor que estão directamente relacionados com determinados créditos e não sendo sempre possível que todos os credores sejam integralmente pagos pelos bens do devedor, vê-se que: 1.° quando os bens que são garantia de certos créditos sejam judicialmente arrematados, adjudicados ou expropriados, depositando-se o preço da arrematação, adjudicação ou expropriação, ou se dê a expurgação das hipotecas, depositando-se o preço, se deve abrir concurso de preferências, para que neste se tornem efectivos os direitos dos credores a êsses bens, 2.° estando o devedor insolvente, se tem de abrir concurso de credores, não só para se tornarem efectivas as garantias dêstes, mas para se fazer o rateio entre os credores comuns e os que, tendo preferência, não sejam integralmente pagos pelo preço dos bens sôbre que ela recaía

No art 933 ° do código de processo civil preceitua-se que o concurso de credores só tem lugar havendo privilégio ou hipoteca sôbre os bens arrematados ou adjudicados, ou quando os bens do devedor não chegarem para pagamento de todos os credores Não sendo, porém, os privilégios e hipotecas as únicas preferências que a lei estabelece ou admite e não podendo as preferências deixar de tornar-se efectivas em concurso de credores, êste concurso não só deverá ter lugar

quando haja privilégios ou hipotecas, mas quando haja outras preferências estabelecidas ou reconhecidas por lei Assim, havendo um credor com consignação ou adjudicação de rendimentos, tendo sido registada, anteriormente a êsse ónus, uma hipoteca, e sendo o prédio sôbre que recai a consignaçao de rendimentos e a hipoteca penhorado por outro credor, a consignação de rendimentos, que não pode subsistir como ónus real, dará preferência sôbre o credor com penhora, não podendo o respectivo credor deixar de ser admitido ao concurso. O mesmo sucederá no caso em que, tendo o devedor diversos patrimónios autónomos, sôbre os bens arrematados ou adjudicados haja preferências resultantes da separação dêsses patrimónios Em qualquer dêstes casos, a preferência reconhecida por lei não pode deixar de tornar-se efectiva no concurso de credores

Há credores que podem tornar efectivas, independentemente de concurso, as garantias dos seus créditos E' assim que o credor pignoratício pode fazer vender a cousa dada em penhor, e sôbre o produto da venda não se abre concurso de credores (cód de proc. civil, art 623.° § único) Mesmo no caso em que sejam liquidados, por falência do devedor, todos os seus bens, o credor pignoratício não entrará no concurso de credores, quando o penhor seja resgatado, entrará, porém, nesse concurso quando a cousa seja vendida em praça para ser pago pelo seu produto (cód. de proc. comercial, art. 261 ° § 3 °) O mesmo sucede com o credor que tenha o direito de retenção, quando êste possa recusar a entrega da cousa até que seja pago do seu crédito ou o pagamento seja caucionado

O concurso de credores verifica-se sôbre o produto dos bens em depósito e o produto dos bens sôbre que recai é o que restar depois de pagas as respectivas custas, as despesas de transporte ou quaisquer outras, que forem inerentes à liquidação que se fizer para pagamento dos credores (art 1011 ° e cód de proc. civil, art 940 °).

Combinando estas disposições com o que está preceituado no art. 887 ° n ° 3 ° pelo qual são graduados em terceiro lugar os créditos provenientes de custas judiciais, feitas no

interêsse comum dos credores, no valor do prédio em relação ao qual foram feitas, vê-se que êste artigo não se refere às custas da execução, mas às custas judiciais que hajam sido feitas em benefício dos credores em qualquer outro processo, como, por exemplo, numa acção de reivindicação Essas custas não gozam de privilégio pelos artt. 1011.° do código civil e 946 ° do código de processo civil, que respeitam ùnicamente às custas judiciais e a quaisquer outras despesas da execução, como as que tenham sido feitas com o transporte dos objectos. com o seu depósito (1).

As despesas feitas com a liquidação não representam um crédito que tenha de ser graduado no concurso de credores; essas despesas saem precípuas. É assim que no código de processo comercial se preceitua (art 255 °) que as custas judiciais, as despesas de administração aprovadas pelo tribunal, a remuneração ao administrador e liquidatários e a percentagem para o Estado são alheias à verificação do passivo e sairão precípuas da massa (2)

(1) Veja-se o Dr Eduardo de Carvalho, *Manual do processo de execução*, vol 2 °, § 124 °, Dr Dias da Silva, *Processos especiais*, vol 1 °, pagg 685 e segg ; *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 36 °, pag. 420, *Revista dos tribunais*, vol. 19 °, pagg 81 e 178

(2) Na lei de 29 de julho de 1899, art 30 °, e no codigo da contribuição predial, art 277.°, determina-se que «nenhum tribunal ou repartição publica poderá ordenar o levantamento ou entrega de valores provenientes da venda de imoveis, sem se mostrar paga a contribuição dos ultimos três anos» Por esta disposição parece que se fez excepção, quanto ao privilegio por credito proveniente de contribuïcão predial, ao disposto no art 1011 ° do codigo civil, nao podendo ser pagas as despesas da execução, sem que previamente se mostre pago aquele credito Esta doutrina e porem, em face do art cit e do art 946 ° do codigo de processo civil, inadmissivel O credito pela contribuição predial dos ultimos três anos e privilegiado e deve portanto ser graduado, referindo-se sem duvida os citados artigos da lei de 29 de julho e do codigo de contribuição predial ao levantamento ou entrega de valores depois dessa graduação, e não proibindo o pagamento das despesas inerentes a liquidação Quanto ao pagamento destas ha apenas, para as execucões da fazenda nacional, que atender ao disposto na tabela dos emolumentos e salarios judiciais Veja-se a *Revista de legislacão e de jurisprudência*, vol 46 °, pag 319

Na tabela dos emolumentos e salários judiciais aprovada por lei de 13 de maio de 1896 preceitua-se (art 77.°) que nas execuções da fazenda nacional os juizes e quaisquer outros empregados não poderão receber emolumentos ou salários vencidos, sem que a fazenda nacional esteja paga do que lhe fôr devido pelas respectivas execuções (1). Esta disposição, que respeita só às execuções da fazenda, nem mesmo relativamente a estas alterou os princípios da legislação civil quanto ao modo por que devem ser graduados os credores, salvo o caso excepcional a que respeita e nos termos estritos em que está formulada

Assim, se houver credores privilegiados ou hipotecários que prefiram à fazenda nacional, e relativamente aos quais têm preferência as custas judiciais, deve, fixada que seja a importância destas, graduar-se o credor privilegiado ou hipotecário que prefira à fazenda nacional Se esta nenhum direito tiver ao produto dos bens, por êste ser completamente absorvido pela importância do crédito privilegiado ou hipotecário, sairão precípuas as custas judiciais, porque, relativamente a estas, só a fazenda pública é que tem preferência, e essas custas pertencerão à fazenda e não aos funcionários judiciais Se o produto não fôr totalmente absorvido pelo crédito privilegiado ou hipotecário, a importância dos emolumentos e salários devidos não será paga aos juizes e demais empregados sem que esteja paga a fazenda, e, quando a importância que restar não chegue para o integral pagamento das custas judiciais, seguir-se há a ordem estabelecida no § 1 ° do artigo 77 ° da referida tabela

É assim que a *Revista de legislação e de jurisprudência* combina êste artigo com as disposições dos códigos civil e de processo civil, dizendo que a tabela simplesmente regula os direitos dos funcionários judiciais relativamente à fazenda, e deles entre si, entendendo o legislador que esses funcionários deviam trabalhar gratuitamente, emquanto a fazenda não

[1 Confr art 81 ° da tabela dos emolumentos judiciais em vigor, aprovada por decr n ° 10291, de 13 de novembro de 1924]

fôsse paga do que lhe é devido. Quanto aos direitos dos outros credores não introduziu alteração alguma (1).

Para se determinarem as preferências que há sôbre os bens, deve atender-se, em primeiro lugar, a que essas preferências podem recair sôbre bens certos e determinados, ou sôbre determinadas massas de bens, que, para êsse efeito, se consideram autónomas Assim quando haja a separação de patrimónios, a graduação de créditos deve fazer-se em cada um deles; quando haja privilégios mobiliários gerais, deve separar-se o produto dos bens mobiliários do produto dos bens imobiliários, para que os referidos privilégios só naqueles se tornem efectivos

Quando as preferências se dêem em relação a bens determinados, é necessário verificar o modo por que devem ser graduadas, tendo em vista a lei que as regula. A êste respeito notaremos que há privilégios gerais que preferem aos especiais, não tendo portanto que atender-se apenas às preferências que sejam estabelecidas em relação a determinados bens.

Nas obrigações pessoais, se o credor não poder pagar-se integralmente pelos bens sôbre cujo produto tem preferência, será considerado pelo resto como credor comum.

183. *Do concurso dos créditos sôbre bens mobiliários.* a) *Credores pignoratícios e créditos por impostos.* Os créditos por impostos devidos à fazenda nacional têm preferência sôbre todos os outros créditos privilegiados, geral ou especialmente (art 1008.°). Esta disposição não abrange, como já vimos (n.° 138), a contribuição predial, e há, para a contribuição de registo, uma disposição especial (2) Pelo

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 29 °, pag 56, vol. 30 °, pag 403 e vol 38 ° pag. 40, dr. Oliveira Guimarães, *Tabela dos emolumentos e salários judiciais anotada*, pag 441, *Revista dos tribunais*, vol 19 °, pag 182

[2 Veja-se o decr n.° 8719, de 17 de março de 1923, art 33 ° (nota 1 da pag. 380)]

pagamento dos seus créditos por impostos, exceptuando a contribuição predial, que tem privilégio imobiliário, os municípios têm privilégio geral como o Estado, sem prejuízo dêste, e sendo portanto graduados em seguida (cód. adm. de 1896, art 78 °) (1)

No art. 886.° declara-se que o credor pignoratício tem o privilégio de ser pago da sua dívida pelo preço do objecto ou objectos empenhados, até onde chegar o referido preço, sendo considerado pelo resto como credor comum. Quando tratámos do penhor vimos (n.° 117) que por êle se constituia um direito real sôbre a cousa, ou, se o objecto do penhor é um crédito, êste se considerava cedido ao credor, explicando-se pelo direito real e pela cessão a preferência do credor pignoratício, que, resultando sempre dum contrato, não é um privilégio Se o penhor fôsse realmente um crédito privilegiado, a fazenda nacional devia preferir ao credor pignoratício, pois que êste credor teria privilégio mobiliário especial. No artigo 860 ° n.° 1.° preceitua-se, porém, que o credor adquire pelo penhor o direito de ser pago da sua dívida pelo valor do mesmo penhor, com preferência aos demais credores, e portanto à própria fazenda nacional, e, como já vimos, não há concurso de credores sôbre o produto da venda do penhor, não podendo assim o Estado ter sôbre êsse produto a preferência que lhe é dada pelo artigo 885 °.

Podem, porém, ser penhorados pelos credores do devedor os bens dados em penhor, e, neste caso, sendo arrematados esses bens, o credor pignoratício ficará tendo privilégio sôbre o produto deles, que se tornará efectivo em concurso de credores (2) Quando haja mais do que um penhor, os respectivos credores serão graduados pela prioridade da sua constituição De preferência aos credores pignoratícios serão pagos os créditos por impostos do Estado e dos municípios.

No código de processo comercial determina-se (art. 261.° § 3 °) que, havendo penhores legalmente constituídos pelo

[1 O mesmo dispõe a lei n ° 621, de 23 de junho de 1916, art 69 °]

[2 Veja-se o decr n.° 4666, de 13 de julho de 1918, artt 18 ° e 19 ° e o decr n.° 8373, de 18 de setembro de 1922, art 66 °]

falido, poderá o tribunal autorizar o resgate deles, ou ordenar a sua venda, devendo neste caso os credores pignoratícios ser intimados para os apresentarem no acto da praça, sob pêna de imediata apreensão e perda do seu privilégio. Ora no processo de falência observar se hão, pelo que respeita à graduação dos credores, os preceitos do código civil, as disposições do código de comércio e mais legislação aplicável (cód. de proc com , art 249.° § 4 °), e, não havendo no código comercial nenhuma disposição especial pelo que respeita à preferência do credor pignoratício, a faculdade, concedida ao tribunal, de autorizar o resgate do penhor significa que pelo valor do objecto penhorado tem de pagar-se em primeiro lugar o credor pignoratício Neste caso a Fazenda nacional não terá o direito de preferência. Tê-lo há no caso de o tribunal ordenar a venda do penhor?

No citado artigo do código de proc com diz-se que o credor pignoratício perderá o seu *privilégio*, se não apresentar o penhor no acto da praça, donde se conclue que deve ser graduado como privilegiado no concurso de credores

Assim se explica que o penhor se considere privilégio, nos casos em que seja arrematado em processo de execução ou de liquidação dos bens do devedor, e que haja a preferência do artigo 885 °.

Nestes casos, arrematado que seja o penhor, o credor ficará com um privilégio mobiliário especial, ao qual prefere o da fazenda nacional (1) O mesmo sucede com os créditos por que haja o direito de retenção, nos casos em que a lei os declara privilegiados e sôbre o produto das cousas em que recaía êsse direito haja concurso de credores.

Entre os créditos da fazenda nacional por impostos, ocupa o primeiro lugar o crédito por contribuição de registo, nos termos do art ,6 ° do decr de 24 de maio de 1911, o qual tem, como notámos, privilégio mobiliário ou imobiliário em relação aos bens transmitidos No concurso de credores deve ser

(1) Veja-se o ac do S T de J de 1 de fevereiro de 1913, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol 27 °, pag. 662

paga a contribuição pelos bens mobiliários ou imobiliários, conforme respeitar a uns ou outros. O credor pignoratício, se o seu crédito houver sido constituido anteriormente à transmissão da cousa dada em penhor, paga-se de preferência à fazenda nacional, visto que a cousa se considera alienada pelo penhor na importância do crédito, e a contribuição de registo incide sôbre os bens transmitidos Dá-se com o penhor o mesmo que com a hipoteca

b) *Privilégios especiais* Os credores, que têm privilégio especial sôbre certos e determinados móveis, preferem aos que têm privilégio geral sôbre todos os móveis do devedor (art 1007.°). Nesta disposição consideram-se os privilégios mobiliários especiais em relação aos gerais, e escusado será notar que o credor com privilégio mobiliário especial apenas tem direito, como credor privilegiado, sôbre o produto do objecto em que o privilégio recai. Se por êsse produto se não puder efeituar o seu integral pagamento, e, quanto ao resto, considerado como credor comum

Concorrendo entre si credores que tenham todos privilégio mobiliário especial sôbre os mesmos objectos, se tiverem numeração diversa, seguir-se há a ordem estabelecida pelo código nas respectivas classes, e, tendo os seus créditos a mesma numeração, o pagamento será feito rateando-se entre eles o valor do objecto ou objectos sôbre que recai o privilégio (artt. 1009.° e 1010 °).

Assim, se concorrerem sôbre os frutos dos prédios rústicos credores por dívidas de foros com credores por sementes, serão aqueles graduados em primeiro lugar (art. 880.° n os 1 ° e 3 °), e, se concorrerem credores pelo preço dum móvel e por concerto no mesmo móvel, serão pagos *pro rata* (art 882.° n.° 3 °)

Dos privilégios concedidos por leis especiais há alguns que são graduados em atenção à classificação feita no código civil, preferindo aos nele enumerados, como o privilégio pelos empréstimos feitos pelas Caixas de crédito agrícola mútuas aos sócios e pelo Estado às Caixas (lei de 30 de junho de 1914, artt 28 ° e 50.° § único), outros são incluídos na

numeração do código, como os das companhias das águas, e há outros cuja graduação obedece as normas especiais Trataremos dêstes em separado

c) *Privilégios gerais.* Estes credores ocupam o primeiro lugar em seguida aos credores que tenham privilégio mobiliário especial, e, concorrendo vários credores com privilégio mobiliário geral, observam-se as mesmas regras que na graduação dos privilégios mobiliários especiais (art 1009.° § único e 1010 ° § único). Se não tiverem o mesmo número na respectiva classe, preferem os que se achem numerados em primeiro lugar, se tiverem o mesmo número, o pagamento efeituar-se há rateando-se entre eles o valor dos móveis. Assim, concorrendo credores privilegiados por despesas de funeral, com facultativos e remédios, serão pagas em primeiro lugar as despesas de funeral e rateadamente as de médicos e remédios (art 884.° n °ˢ 1 ° e 3 °)

Os credores que têm privilégio geral sôbre os móveis do devedor, se não puderem ser integralmente pagos pelo produto deles, serão considerados, relativamente ao produto dos imóveis, como credores comuns

d) *Privilégios mobiliários com graduação especial.* Temos apresentado até aqui as regras da graduação dos credores segundo o código civil Estas regras têm sido, porém, alteradas pelo que respeita a alguns privilégios, sendo por isso necessário, na graduação dos credores privilegiados, ter em vista as leis especiais por que o privilégio é concedido e combiná-las com as disposições do código civil.

Assim, os créditos privilegiados sôbre o navio, carga e frete, preferem a qualquer privilégio geral ou especial sôbre móveis estabelecido no código civil Se o produto do navio ou dos objectos sujeitos ao privilégio não fôr suficiente para embolsar os credores privilegiados de uma ordem, far-se há o rateio entre eles (cód com, artt 574 ° e 576.°)

Pelo código comercial (artt. 584 ° e segg.) podem constituir-se hipotecas sôbre navios por disposição da lei ou vontade das partes, as quais têm de ser inscritas na secretaria do tribunal do comércio do pôrto da matrícula do navio

Esses credores hipotecários serão pagos dos seus créditos, depois de satisfeitos os privilégios creditórios sôbre o navio, pela ordem da prioridade do registo comercial Concorrendo diversas inscrições da mesma data, o pagamento será feito *pro rata* (cód com., art 592 ° e § único)

O privilégio mobiliário concedido ao mandatário comercial pelos adeantamentos e despesas que houver feito, pelos juros das quantias desembolsadas e pela sua remuneração prefere a todos os créditos sôbre o mandante, salvo sendo provenientes de despesas de transporte ou de seguro, quer hajam sido constituídos antes quer depois de as mercadorias haverem chegado à posse do mandatário (cód com., art. 247 ° § único)

Os créditos privilegiados sôbre a caução que os notários públicos são obrigados a prestar não têm preferência entre si, mas preferem aos outros créditos com privilégio mobiliário decr de 14 de setembro de 1900, art 26.° § único) (1).

e) *Credores com penhora em bens mobiliários.* Como vimos, o credor com penhora em bens mobiliários também fica gozando do direito de preferência, devendo ser graduado em seguida aos credores privilegiados Quando haja mais do que uma penhora, faz-se a graduação pela prioridade

O arresto em bens mobiliários não dá, como vimos, direito algum de preferência, emquanto não fôr convertido em penhora (2)

184. *Do concurso dos créditos sôbre bens imobiliários* Pelo preço dos bens imobiliários do devedor serão pagos com preferência (art. 1012.°):

1 ° Os credores que tiverem privilégio imobiliário,

2 ° Os credores que tiverem hipoteca registada

[1 Corresponde ao art 18 ° § unico do decr de 18 de setembro de 1922 Veja-se o decr. n ° 5411, de 17 de abril de 1919, art 39 ° (pag 381, nota 1)]

[2 Veja-se pag. 489, nota 1 e pag 494, nota 2].

A estas preferências devemos acrescentar as que foram estabelecidas pelo código de processo civil consignação e adjudicação de rendimentos, penhora e arresto. Como estas preferências, salva uma especialidade que adiante notaremos, são estabelecidas em harmonia com o princípio da prioridade do registo, trataremos em primeiro lugar do modo por que são graduados os credores privilegiados e em seguida conjuntamente dos outros

1) *Credores privilegiados.* Os credores com privilégio imobiliário, que, relativamente aos hipotecários, ocupam o primeiro lugar, serão, entre si, graduados pela ordem da sua numeração no artigo 887 ° (art 1013 °), ordem que foi modificada em virtude do privilégio concedido às câmaras municipais sôbre os bens imobiliários a que respeitam as contribuições municipais, e do privilégio por contribuição de registo (1).

Quando concorrerem diversos credores por despesas feitas com a conservação da cousa, na conformidade do n ° 2 ° do art 887 °, se a importância total dos créditos de todos exceder o valor da quinta parte a que se refere o mencionado número, a quantia que se deve pagar por essas despesas será rateada por todos na devida proporção, e pelo resto que deixar de lhes ser pago serão credores comuns (art 1014.°) Como sabemos, as companhias das águas de Lisboa e Pôrto gozam do privilégio imobiliário estabelecido no n ° 2 ° do artigo 887.°, tendo os mesmos direitos que os credores a que o citado número se refere

A estes credores prefere não só a fazenda nacional pelo crédito de contribuição de registo e da predial, mas também preferem as câmaras municipais. Entre a fazenda nacional e as câmaras municipais não há, porém, rateio, pois que estas têm os mesmos privilégios que sao concedidos ao Estado, mas sem prejuízo dêste (cód administrativo de 1896, art 78 °), e portanto são graduadas em seguida à fazenda pública

[1 Veja-se o decr n ° 5651, de 10 de maio de 1919, a pag 384, nota 3].

Quanto ao privilégio especificado no n ° 3 ° do artigo 887 °, referimo-nos já às dúvidas que havia sôbre a combinação dêste número com o artigo 1011 ° do código civil e 946.° do código de processo civil, e dissemos que, em nossa opinião, êle respeitava a quaisquer custas judiciais em benefício comum dos credores, excluídas as do processo de execução. É verdade que no texto do n ° 3 ° do artigo 887.° não se faz essa distinção, mas não o é menos que, em face dele, gozam de privilégio as custas judiciais, feitas no interêsse comum dos credores, como as que tenham por fim a anulação dum contrato de doação ou de venda feito em prejuízo dos credores. Ora essas custas não têm de sair precípuas do produto em depósito, pois que o artigo 1011 ° abrange apenas as despesas de transporte e quaisquer outras *que forem inerentes à liquidação que se fizer para pagamento dos credores,* e é a essas custas e despesas que se refere o artigo 946 ° do código de processo civil, como se vê da secção em que está colocado A distinção que fazemos no n ° 3.° do artigo 887.° resulta, pois, da sua combinação com o artigo 1011 °, com o qual não está em fundamental antinomia ou contradição

Para a graduação das custas judiciais feitas no interêsse comum dos credores e que respeitem a imóveis do devedor, é necessário, pois, verificar se foram feitas no processo de execução, ou em qualquer outro Neste caso são graduadas em harmonia com o disposto no art 1013 °, no primeiro saem precípuas do produto em depósito

Além dos créditos privilegiados pelo art 887.°, há o privilégio estabelecido no decreto de 12 de novembro de 1910, art 33.° § 3 °, o qual é graduado em quarto lugar (1)

2) *Credores hipotecários e outros que gozam de preferência* Em seguida aos créditos privilegiados há. *a*) os créditos hipotecários ; *b*) os créditos com consignação ou adjudicação de rendimentos, *c*) os créditos com penhora ou arresto, cuja graduação nos cumpre determinar

[1 Veja-se a nota 1 de pag 388]

a) *Credores hipotecários.* Como vimos, a preferência é uma das consequências que resultam da hipoteca O direito que por ela se constitue sôbre os bens imobiliários, que é indivisível e acompanha esses bens em poder de qualquer possuidor, tem por fim a garantia do credor, que consiste em êle se pagar pelo produto dêsses bens de preferência aos outros credores. Para que exista esta preferência, produzindo a hipoteca efeitos relativamente a terceiros, é necessário que haja sido devidamente registada (artt 888 °, 949 ° 1.°, 951 °, 1006.°)

Os credores com hipotecas que, havendo sido legalmente constituídas, quer sejam voluntárias, quer legais, não se achem registadas, serão ùnicamente admitidos a pagamento nos mesmos termos em que o forem os credores comuns do devedor, seja qual fôr a procedência da dívida, ou o documento que a prove (art. 1018 °)

A êste princípio fez-se uma excepção relativamente às hipotecas constituidas antes da publicação do código civil, que, pela legislação a êsse tempo vigente, não fôssem sujeitas a registo ou não o fôssem em relação a certos e determinados bens Essas hipotecas podiam ser admitidas a concurso, independentemente de registo, dentro do prazo dum ano contado desde a publicação do código (art 1019 °), gozando os credores a favor de quem tivessem sido constituídas do direito de preferência.

Estando já em vigor, ao tempo em que o código civil começou a vigorar, a lei de 1 de julho de 1863, só deviam gozar dêste direito as hipotecas constituídas antes de 1 de abril de 1867, mas o prazo dum ano estabelecido no código para o registo dessas hipotecas foi sucessivamente prorrogado até 22 de março de 1875 (lei de 20 de março de 1873) Desde esta data, essas hipotecas não podem ser admitidas a concurso sem registo.

Quanto às que forem registadas dentro do prazo referido, tem de atender-se, pelo que respeita à preferência que delas deriva, a disposições especiais, de que trataremos depois de expor o princípio que domina esta matéria, o qual é aplicável

às hipotecas constituídas antes do código civil que tenham sido registadas posteriormente a 22 de março de 1875 (art 1020 °)

No concurso de hipotecas entre si, o pagamento será feito pela ordem de prioridade do registo, e, se, a antiguidade dêste fôr a mesma, será o pagamento feito *pro rata* (art 1017 °). Quanto ao modo por que se determina a prioridade do registo, preceitua-se (art 956 °) que a prioridade das inscrições é determinada pela data do dia em que são feitas, e declara-se que se consideram como feitas na mesma data, todas as que são requeridas no mesmo dia. Dispõe-se, porém, no § 1.° do artigo citado que, concorrendo diversas inscrições da mesma espécie e da mesma data, a prioridade delas será regulada pela ordem do número que tiverem, e que, sendo as inscrições da mesma data, mas de diferentes espécies, a prioridade delas será regulada pela ordem da sua apresentação a registo, conforme o que constar do diário Nas inscrições hipotecárias, quando concorram entre si, não se observam as disposições que acabamos de expôr, considerando-se como feitas na mesma data as inscrições que tenham sido registadas no mesmo dia (art 956 ° § 2 °), e fazendo-se portanto *pro rata* o pagamento delas

Para justificar a excepção respeitante ao modo de determinar a prioridade do registo nas inscrições hipotecárias que hajam sido requeridas no mesmo dia, pode dizer-se que tem por fim tornar impossível o arbítrio por parte do conservador e ainda evitar que êle se encontre em graves dificuldades para resolver de qual das hipotecas, se aparecerem dois credores ao mesmo tempo a requerer o registo delas, deve ser lançada em primeiro lugar a nota da apresentação no diário.

O que nos parecia mais razoável era que não se fizesse excepção para as hipotecas quanto ao modo por que se conta a prioridade do registo, principalmente pelos inconvenientes que se dão relativamente às preferências entre os credores hipotecários e os credores com consignação ou adjudicação de rendimentos, penhora e arresto, e que adeante notaremos.

Ás disposições relativas ao modo por que se regulam as preferências entre os credores hipotecários, faz-se excepção (art. 1019 ° e § único) a respeito das hipotecas constituídas antes da publicação do código civil, as quais, se tiverem sido registadas até 22 de março de 1875, preferirão, em concurso, a todas as hipotecas constituídas depois da publicação do código civil, ainda quando estas hajam sido registadas anteriormente àquelas, e, no concurso entre si, serão regidas pelas disposições da legislação a que estavam sujeitas. As hipotecas anteriores à publicação do código civil, que tenham sido registadas posteriormente a 22 de março de 1875, só podem entrar em concurso com quaisquer outras pelo modo estabelecido no artigo 1017 ° (art 1020 °).

As preferências entre os credores hipotecários são determinadas ùnicamente pela prioridade do registo, nos termos expostos, e portanto não há diferença no concurso entre os créditos que são representados por qualquer dos títulos que podem ser admitidos a registo (art 1025.°)

Serão, porém, admitidos ao concurso os credores cujas hipotecas hajam sido constituídas por meio de títulos particulares? (1)

Pelo decreto de 28 de abril de 1870 (art 206 ° § 1 °), os títulos constitutivos da hipoteca, acompanhados do competente certificado do registo, tinham fôrça de sentença e execução aparelhada, e, como êsse decreto não fazia distinção entre escrituras ou autos públicos e títulos particulares, é indubitável que tambem abrangia estes Pelo código de processo civil não podem, porém, os documentos particulares servir de base à execucão (art 798.°), e os credores não podem ser admitidos ao concurso, sem que instruam os seus artigos com certidão de sentença ou com algum título exequível (art 934 °) Tomando para base estas disposições,

[1 Veja-se o decr n ° 8373, de 18 de setembro de 1922, art 63 ° n ° 2 ° e §§ 1.° e 3 °, a lei n ° 1552, de 1 de março de 1924, art 6 ° e o decr n ° 5219, de 8 de março de 1919, artt 443 °, 432 °, 195 °, 398 ° § unico etc.]

tem-se sustentado e julgado que o credor hipotecário por título particular não pode, embora a hipoteca se ache registada, mover execução hipotecária e portanto deduzir preferências no concurso dos credores (1)

Tem-se opinado por outro lado, e alguns acórdãos há em que se afirma a mesma doutrina (2), que o título particular de hipoteca pode servir de base à execução, fundando-se esta doutrina no artigo 951 ° do código de processo civil, em que se preceitua que a execução não podera ser considerada como hipotecária emquanto não se apresentar certidão do registo de hipoteca, parecendo assim reconhecer que para a execução se atende a êsse registo e não à natureza do título em face do qual êle se fez.

O DR. DIAS FERREIRA diz que o regulamento de 28 de abril de 1870 acabou com a dúvida, o que se nos afigura menos exacto, pois que essa dúvida é suscitada pelo código de processo civil. Concordamos, porém, com o conceituado comentador em que, «negar fôrça de sentença e execução aparelhada aos escritos particulares de hipotecas, acompanhados do competente certificado do registo, seria inutilizar os artigos do código civil que permitem constituir e registar hipotecas em face de escritos particulares, porque de pouco valeria constituir hipoteca por escritos particulares, quando estes não pudessem servir de base à expropriação hipotecária», e em que «não prejudicou as especialidades dos títulos hipotecários que até para os estabelecimentos de crédito predial estão expressamente reconhecidos na legislação vigente, o artigo 798 ° n ° 3 ° do código de processo, que se refere a escrituras públicas em geia

(1) Veja-se o dr EDUARDO DE CARVALHO, *Manual do processo de execução*, tômo 1 °, pag 60, nota 26 e as obras por êle citadas, o acordão da Relação do Pôrto de 28 de maio de 1878, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 17 °, pag 10, e o da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 1904, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 18, pag. 521

(2) Veja-se as tenções 3 ª e 4 ª do acordão citado da Relação do Pôrto, o acordão da mesma Relação de 20 de agosto de 1878, no *Direito*, vol 11 °, pag 312, e o acordão da Relação de Lisboa de 14 de julho de 1894, no *Direito*, vol. 32 °, pag 63

O decreto de 29 de maio de 1907 deu no art. 16.º fôrça executiva aos títulos particulares devidamente reconhecidos, a que se refere o art 13.º do mesmo decreto (1).

Como a hipoteca só recai sôbre os bens imobiliários relativamente aos quais haja sido constituída e registada, conclue-se que entre os credores hipotecários só pode haver concurso quando sejam os mesmos os bens que lhes hajam sido hipotecados (art. 1015.º), pois que, se forem diversos, só tem preferência no produto da venda dos bens o credor a quem estes houverem sido hipotecados, sendo considerado como credor comum pelo resto, quando êsse produto não seja suficiente para o seu integral pagamento, relativamente a quaisquer outros bens do devedor, quer sejam livres quer estejam onerados (art 1016.º).

Havendo sôbre os prédios arrematados mais do que uma hipoteca, pode dar-se o caso de haver, além dêsses prédios, outros também hipotecados a um dos credores que entra no concurso e que não fôssem penhorados Assim, tendo A e B hipoteca no prédio X, A tem também hipoteca pelo mesmo crédito no prédio Y Em execução movida por B, foi penhorado e arrematado o prédio X, e A, que tem hipoteca de primeira linha, vai ao concurso de credores. O produto da arrematação do prédio X não é suficiente para o integral pagamento dos dois credores Como deve efectuar-se êsse pagamento?

E' indubitável que, tendo A hipoteca de primeira linha, se paga, de preferência a B, pelo produto do prédio arrematado, seja qual fôr o valor do outro prédio A sua preferência é

(1) Ha quem sustente que o disposto no decreto citado e aplicavel somente as execuções reguladas pelo mesmo decreto, não abrangendo as execuções hipotecarias, que continuam a ser regidas pelos artt 798.º e 949.º do codigo de processo civil, e ha quem julgue que os titulos particulares são titulos exequiveis, ainda quando os creditos sejam garantidos com hipoteca nos termos do art. 912.º. Segue a primeira opinião a Redacção da *Gazeta da Relacão de Lisboa*, vol 22, pag 772. A *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 40.º, pag 455, segue a última

um consectário iniludível da indivisibilidade da hipoteca É também indubitável que B, efectuando-se assim o pagamento, fica prejudicado, pois que nenhuma preferência tem no prédio Y, e, se êste prédio também fôsse arrematado, A seria pago pelo produto dele e apenas receberia do produto do prédio X o que faltasse para o seu integral pagamento

Parece que, sendo A pago pelo preço dum prédio a que B teria direito no caso de haver sido arrematado também o outro prédio, o pagamento assim feito a A deverá considerar-se como tendo sido feito a expensas de B, para o efeito de êste ficar subrogado no seu direito hipotecário sôbre o prédio Y A verdade é, porém, que no nosso código civil não se estabelece esta subrogação

O único meio que B tem para evitar que, dada a insolvência do devedor, fique prejudicado, é usar do direito que lhe faculta o cód de proc. civil no art. 944.º, que supomos aplicável desde que o credor, alegando que o produto do prédio arrematado não é suficiente para pagamento dos credores habilitados para o concurso, requeira que o processo siga como execução comum (cód de proc civ, art 959.º) (1).

b) *Credores com consignação ou adjudicação de rendimentos* A consignação ou adjudicação de rendimentos constitue um onus que, estando registado, acompanha o prédio. Quando haja, porém, algum registo de hipoteca anterior ao da consignação ou da adjudicação, a consignação ou adjudicação caduca, sendo os bens arrematados livres dêsse ónus, e o credor consignatário ou adjudicatário de rendimentos será pago pelo produto dos respectivos bens com preferência a quaisquer credores comuns e aos hipotecários que tiverem registo posterior ao dêsse ónus (cód de proc. civil, artt. 886.º e 887.º) A disposição que considera da mesma data as hipo-

(1) Veja-se o ac do S. T. de Justiça de 25 de junho de 1904, na *Jurisprudência dos tribunais*, 1905, pag 92.

tecas que hajam sido registadas no mesmo dia tem, em nosso parecer, e no caso de que estamos tratando, uma excepção. Estas hipotecas só preferem a consignação ou adjudicação de rendimentos, quando não haja prioridade a favor dêste ónus, pela ordem da sua apresentação a registo, relativamente a qualquer das hipotecas (art. 956.° § 1.°) Se a houver, parece-nos que o credor consignatário ou adjudicatário de rendimentos prefere aos credores hipotecários com registo posterior, pois que a disposição relativa às hipotecas tem carácter excepcional. Sendo, pois, apresentadas a registo no mesmo dia primeiro uma hipoteca, em seguida uma consignação de rendimentos e depois outra hipoteca, e recaindo estes direitos sôbre os mesmos prédios, o pagamento das hipotecas não será feito rateadamente.

Sendo a adjudicação ou consignação de rendimentos, pelo que respeita à preferência, uma garantia da mesma natureza que a hipoteca, era razoavel sujeitá-la aos mesmos princípios, modificando-se para êsse fim o § 2.° do art. 956.° do código civil

c) *Credores com penhora ou arresto* Sendo verdadeira a doutrina que defendemos quando tratámos da preferência que resulta da penhora e do arresto, vê-se que o credor com penhora ou arresto registados adquire o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tiver privilégio ou hipoteca com registo anterior (cód de proc civil, art 836.°) (1)

A-pesar-da diferença de redacção que se nota entre êste artigo e o artigo 887 ° do mesmo código, parece-nos que a prioridade da preferência se determina em harmonia com os mesmos princípios, sendo que tem de atender-se, quando as inscrições da penhora e da hipoteca sejam da mesma data, à ordem da sua apresentação a registo, conforme constar do diário

[1 Veja-se o decr. de 13 de julho de 1918, que alterou a redacção dos artt. 832 ° e 836.° do cod. de proc. civil]

Havendo mais do que uma penhora sôbre um prédio e tendo sido registada uma hipoteca depois da primeira penhora e anteriormente à segunda, o credor com hipoteca terá preferência em relação a esta?

Parece sustentar a afirmativa o DR. DIAS DA SILVA, fundando-se em que a caducidade da hipoteca estabelecida no art. 835.° § único do cód de proc. civil, repugna aos princípios que regem o sistema hipotecário, e que, sendo tolerável quando se entenda restrita à penhora no processo da arrematação, é absurda quando se entenda a respeito de qualquer penhora; em que o art 947.° do cód de proc. civil, ao contrário do que dispõem os artt. 721.° § 7.°, 856.° § único e 879.° § único do mesmo código, só manda cancelar as hipotecas posteriores à penhora na sentença que julgar o concurso de credores, e em que o art. 836.°, ressalvando para o credor com penhora o direito de preferência relativamente às hipotecas com registo posterior, parece admitir implícitamente que tais hipotecas não caducam para todos os efeitos, aliás escusada era a referência a elas.

Esta doutrina afigura-se-nos inaceitável Nos termos do art. 835 ° § único do cód. de proc civil, as hipotecas com registo posterior ao da penhora caducarão para todos os efeitos, se o prédio fôr arrematado ou adjudicado sem estar paga a dívida de que procedeu a penhora. A hipoteca registada posteriormente à penhora não pode, pois, dar preferência ao respectivo credor, considerando-se, como se considera, caduca pela arrematação ou adjudicação, em relação a quaisquer credores. O direito dêsse credor não tem de ser apreciado no concurso de credores, e isto depreende-se do próprio art. 947 °, em que se preceitua que a sentença que julgar o concurso declarará os bens expurgados das hipotecas inscritas a favor dos credores, *cujos direitos tiverem sido apreciados*, e de quaisquer outras posteriores ao registo da penhora

Nem pode dizer-se que a doutrina do art. 835.° § único do cód de proc. civil repugna aos princípios que regem o sistema hipotecário, porque, sendo os bens apreendidos pela penhora para garantia da execução, as preferências

devem ser determinadas em relação ao tempo em que se faz a penhora, sempre que em virtude dela se faça a arrematação

O que não devia era admitir-se preferência para a penhora e para o arresto nos termos em que é dada pelo código de processo civil.

185. *Valor dos bens a que os credores têm direito: caducidade dos ónus reais* O direito de preferência que resulta do privilégio, hipoteca, consignação ou adjudicação de rendimentos, penhora e arresto, dá-se sôbre o produto dos bens que forem arrematados, adjudicados ou expropriados, ou sôbre o preço da sua adquisição, e, como o devedor pode ter o direito de propriedade plena sôbre esses bens, ou um direito de propriedade imperfeita ou onerada em virtude de direitos que recaiam sôbre eles — servidão e compáscuo, uso, habitação e usufruto; enfiteuse e sub-enfiteuse, censo e quinhão, arrendamento por mais dum ano, havendo adiantamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo, e consignação ou adjudicação de rendimentos, — é necessário determinar em que casos subsistem esses ónus e aqueles em que caducam, para se verificar qual o valor dos bens a que os credores têm direito, pois que, quando os ónus acompanhem o prédio, tem o valor dêsses ónus de ser deduzido do valor do prédio para o efeito da arrematação (1) Assim, se

(1) Não nos referimos ao dote, porque êste onus torna os bens imobiliarios inalienaveis e irresponsaveis pelas dividas, exceptuando as referidas no n.º 3.º do art 1149.º do cod civil Para que o dote produza efeitos em relação a terceiros e necessario o registo, e, consequentemente, se houver sido registada hipoteca, penhora ou arresto anteriormente ao registo do dote, os bens dotais podem ser executados, caducando êste onus

Aplicam-se assim a subsistência dêste onus os mesmos principios que aos onus reais que mencionamos no texto.

Não nos referimos tambem aos direitos reais de garantia, exceptuando, pelo seu caracter especial, a consignação ou adjudicação de rendimentos, porque esses direitos nenhuma influência têm na determinação do valor dos bens Esses direitos têm de tornar-se efectivos no concurso de credores, se se considerarem subsistentes em relação ao tempo da penhora

se houver hipotecado um prédio sôbre que se acha constituido ao tempo em que é registada a hipoteca o ónus da enfiteuse, e êste ónus subsistir, tem de deduzir-se do valor do prédio a parte do valor que corresponde ao domínio directo, e é só sôbre o valor do domínio útil que o credor hipotecário exerce o direito de preferência

A doutrina, que se acha consignada na nossa legislação relativamente à caducidade dos ónus reais, é que os ónus reais com registo anterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto, acompanham o prédio alienado, e do seu valor total é deduzida a importância dêsses ónus (cód. de proc civil, artt 535.º § 2.º, 570.º § 5.º, 606.º § 5.º, 721.º § 6.º, 835.º § único, 856.º e 879.º). A diferença de redacção, que existe entre alguns dêstes artigos, não é suficiente para que possa pôr-se em dúvida, em toda a sua extensão, o princípio que formulamos, e não nos parecem de modo algum fundadas as hesitações que houve na nossa jurisprudência sôbre se havia sido modificado por aquelas disposições o código civil, segundo o qual (artt. 1022.º e 1621.º § 1.º) apenas caducavam os ónus com registo posterior ao da hipoteca de *que resultava a expropriação*, hesitações que levaram o autor da proposta de 7 de fevereiro de 1903, em que são interpretados alguns artigos do código civil, a interpretar os artt 1022.º e 1621.º (1) (2). Nessa proposta, estes artigos não são, porém, interpretados, mas modificados em harmonia com a alteração que neles havia introduzido o código de processo civil

O sistema seguido pelo código civil não era aceitável, porquanto, sempre que concorressem créditos hipotecários regis-

(1) Veja-se o DR. ABEL DE ANDRADE, *Caducidade dos ónus reais por virtude da arrematação e adjudicação*, DR. DIAS DA SILVA, *obr cit.*, n.os 346 a 350, DR. EDUARDO DE CARVALHO, *Manual de processo de execução*, §§ 31.º, 52.º, 67.º e 125.º

[2 O art 1621.º foi reproduzido sem alteração pelo decr n.º 5411, de 17 de abril de 1919, art. 36.º Veja-se ainda a lei n.º 1662, de 4 de setembro de 1924 e confr o cit decr. art 58.º e lei n.º 1503, de 3 de dezembro de 1923].

tados antes e depois dos ónus reais, e a execução hipotecária fôsse requerida por um credor com registo posterior, não se garantia devidamente a prioridade da inscrição das primeiras hipotecas. Para se ver que era assim, basta atender a que, acompanhando o prédio os ónus registados anteriormente à hipoteca de que resultou a expropriação, e sendo portanto o valor dêsses ónus deduzido do valor do prédio, os credores com hipoteca registada anteriormente a esses ónus, que tinham direito a pagar-se pelo produto do prédio sem que dele se deduzisse o valor dos ónus, ficariam com êsse direito sôbre o valor desfalcado na importância deles, pois que, sendo a expurgação das hipotecas uma consequência da arrematação, eram obrigados a ir ao concurso de preferências deduzir os seus direitos.

Não sendo aceitável o sistema do código civil, também não nos parece que o seja a modificação que nele introduziu o código de processo civil

Por êste sistema, os ónus reais com registo posterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto, salvos os ónus reais constituídos antes do código civil que subsistem sem registo e de que adiante trataremos, e as servidões aparentes, cujo registo é facultativo (decr. de 30 de junho de 1870), e que portanto subsistem, independentemente de registo, tendo sido constituídas antes de qualquer hipoteca, penhora ou arresto [1] não acompanham o prédio (art 1023 ° e § único). Ora pode suceder que, havendo sôbre o mesmo prédio várias hipotecas, penhoras ou arrestos, o registo de alguns dêstes encargos seja posterior ao dos ónus reais, e, neste caso, em homenagem ao princípio da prioridade do registo, deviam respeitar-se os direitos das pessoas a quem eles pertençam, até onde isso fôsse compatível com os direitos dos credores com registo anterior ao dos ónus

Relativamente à consignação ou adjudicação de rendimentos, preceitua o código de processo civil (art. 887 °) que as

(1) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 2 de junho de 1886, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 2 °, pag. 5, e o DR. EDUARDO DE CARVALHO, *Manual cit.*, vol. 1 °, pag. 208.

pessoas em favor de quem hajam sido constituídas serão pagas, no caso de os bens serem arrematados livres delas, pelo produto da arrematação, com preferência a quaisquer credores comuns e aos hipotecários que tenham registo posterior ao da consignação ou adjudicação Desaparece o ónus, mas subsiste, como é justo, a garantia especial que a prioridade do registo assegurava.

Quanto aos outros ónus reais, que caducam pela arrematação ou pela expropriação, não se dá às pessoas, a favor de quem foram constituídos, o direito de serem pagas do seu valor ou indemnizadas pelo produto da arrematação com preferência sôbre os créditos hipotecários que hajam sido registados posteriormente e sôbre os créditos comuns, o que de modo algum consideramos justo

Assim, as pessoas a favor de quem haja sido constituído o ónus real do usufruto, do uso ou da habitação, ficarão, se houver qualquer hipoteca anterior ao registo dêsses ónus, e por mais insignificante que seja a quantia por ela assegurada, sem preferência em relação aos credores com registo posterior.

Esta doutrina não só é injusta, mas contraria até a disposição consignada no § único do art. 889.°, que é fundamental em matéria de registo Por êsse §, sempre que forem hipotecados prédios sujeitos a ónus reais, a hipoteca não abrangerá senão o valor dos mesmos prédios, deduzida a importância dos ónus registados anteriormente ao registo da mesma hipoteca, emquanto que, pelo sistema seguido pelo código de processo civil, quando haja alguma hipoteca com registo anterior ao dos ónus reais, a importância dêstes nunca é deduzida, e não se dá às pessoas a favor de quem foram constituídos, para serem indemnizadas pelo produto da arrematação ou da expropriação, preferência sôbre as hipotecas, penhoras ou arrestos, que hajam sido registados posteriormente.

Quanto às hipotecas, visto que o proprietário não fica inibido, pela sua constituição, de dispor do prédio, a doutrina que estava sancionada no artigo citado do código civil deverá tornar-se efectiva, modificando-se o código de processo civil.

Pelo que respeita à penhora, como por ela o proprietário fica inibido de alienar os bens, que representam uma garantia da execução, os direitos reais registados posteriormente não devem subsistir Ao arresto é atribuido o mesmo efeito, pelo que respeita à caducidade dos direitos reais Sendo assim, os ónus reais não podem considerar-se subsistentes, nem deles pode resultar preferência

Posta de lado a doutrina que julgamos mais aceitável pelo que respeita à preferência que deverá resultar da penhora e do arresto, e tendo apenas em consideração a preferência que, em relação aos credores com penhora ou arresto devem ter os ónus reais anteriormente registados, parece que a doutrina consignada no código de processo civil deveria ser modificada neste sentido o ónus real com registo anterior a qualquer hipoteca acompanhará o prédio, sempre que pela avaliação se verificar que o valor dêste, deduzida a importância do ónus real, é suficiente para garantir o pagamento dos credores com hipoteca, que tenham registo anterior ao do ónus; quando não fique por êsse meio assegurado o pagamento dêstes credores, as pessoas, a favor de quem hajam sido constituídos os ónus referidos, terão o direito de ser indemnizadas pelo produto da arrematação, de preferência aos credores comuns e aos credores hipotecarios, e com penhora ou arresto, que tenham registo posterior (1).

Dissemos já que alguns ónus reais constituídos anteriormente ao código civil acompanhavam o prédio, embora não estivessem registados, e cumpre-nos determinar quais sejam esses ónus

Pelo código civil (art. 1023 ° § único), subsistiam todos os ónus reais constituídos antes da sua publicação, que fôssem registados dentro do prazo dum ano desde a referida publicação. Por sucessivos diplomas legislativos foi prorrogado êsse prazo relativamente aos ónus reais da servidão, enfiteuse,

(1) Veja-se a êste respeito a *Revista* cit., vol 35 °, pag 561, donde reproduzimos, em grande parte, a critica feita no texto

sub-enfiteuse, censo e quinhão, até que, por decreto de 17 de março de 1887, confirmado pela lei de 1 de setembro dêste ano, se declarou que os referidos ónus subsistiriam independentemente de registo, até que legal e definitivamente se proveja a êsse respeito (1)

Os ónus da servidão, enfiteuse, sub-enfiteuse, censo e quinhão, constituídos anteriormente à publicação do código civil, acompanham portanto o prédio, embora não estejam registados

Relativamente às servidões, também acompanham o prédio, embora hajam sido constituídas posteriormente ao código civil, as que forem aparentes, pois que o decreto de 30 de junho de 1870 tornou facultativo o registo dessas servidões

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 33 °, pag 467.

CAPITULO VII

DAS FONTES DAS OBRIGAÇÕES

§ 32 — *Classificação das fontes das obrigações.*

Dr Eduardo Espinola, *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. 2 °, tomo 1 °, pagg 525 e segg , Dr Clemente de Diego, *Apuntes de derecho civil español, segundo curso*, tômo 1 °, pagg 198 e segg. e tômo 2 °, pagg. 344 e segg.; Dr Fezas Vital, *Do acto juridico*, Planiol, *Traite elementaire*, tômo 2 °, n os 805 e segg , Sciaioia, *Le fonti delle obbligazioni*, na *Rivista di diritto commercial*, vol 2 °, 1904, pagg. 520 e segg , Saleilles, *Theorie de l'obligation*, pagg 140 e segg , Georgio Georgi, *Teoria delle obbligazioni*, tomo 3.°, pagg. 1 e segg e tômo 5 °, pagg. 3 e segg , Baudry-Lacantinerie et L Barde, *Des obligations*, tomo 4 °, n ° 2787.

186 *Importância da classificação das fontes das obrigações* Não há harmonia entre os jurisconsultos acêrca da determinação e classificação das causas ou factos geradores das obrigações, e esta matéria não tem apenas importância doutrinal Na aplicação das normas legais relativas à formação e extinção do vínculo obrigatório e aos seus efeitos, deve ter-se sempre em vista a natureza do facto de que a obrigação resulta. Só assim se poderá verificar em muitos casos se o vínculo obrigatório se acha definitivamente constituido, se a sua eficácia fica dependente da mera vontade do credor, as relações que por êle se estabelecem com o património do devedor

Notámos já, quando definimos *obrigação*, que esta era, técnicamente, considerada sob um ponto de vista autónomo. Excluimos assim do instituto das obrigações todas as que, sendo determinadas ou condicionadas por uma relação pre-

existente, se integram no instituto de que esta faz parte. É assim que terão o seu lugar adequado nos direitos reais, no direito de família e no direito sucessório os vínculos de carácter patrimonial que são condicionados por esses direitos A teoria das obrigações não nos pode ministrar os elementos suficientes para a determinação dêsses vínculos Não seguimos, pois, os jurisconsultos que, vendo na lei uma das fontes das obrigações, compreendem nestas os vínculos de carácter patrimonial que se filiam nas relações de vizinhança, no matrimónio, na filiação, no parentesco, na sucessão por morte.

Excluindo estas obrigações, indicámos como causa geradora das obrigações um *facto voluntário* Estes factos não são todos da mesma natureza, diversa é a sua eficácia pelo que respeita à formação do vínculo obrigatório, e as divergências sôbre esta matéria chegam ao ponto de haver alguns jurisconsultos que só consideram como verdadeiras fontes das obrigações os contratos e a lei, excluindo assim os negócios jurídicos unilaterais e os factos lícitos e ilícitos.

Julgamos, pois, não só conveniente mas necessário dar a esta matéria o devido desenvolvimento.

187. *Classificação das fontes das obrigações no direito romano e nos códigos modernos* Larguíssima tem sido a influência que nos códigos modernos e nas obras dos jurisconsultos exerceu a classificação das obrigações no direito romano

Os mais antigos jurisconsultos romanos atenderam, nota GIRARD, à classificação das obrigações em obrigações resultantes de factos lícitos, que eram os contratos, e de factos ilícitos, que eram os delitos. Reconheceram, porém, esses jurisconsultos, à medida que o direito se foi tornando mais complexo, que havia obrigações que, não tendo a sua causa num facto ilícito, não provinham de contrato, constituindo-se sem acôrdo das vontades, e obrigações que, não tendo como facto gerador um facto lícito, não resultavam de delitos. Foram estas obrigações compreendidas na fórmula *variæ causarum figuræ,* e GAIO apresentou a seguinte divisão,

que passou para as Instituas de JUSTINIANO *obligationes quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, obligationes quæ ex delicto aut quasi ex delicto nascuntur* (1).

Formaram-se assim as quatro categorias de fontes das obrigações. contrato, quási contrato, delito e quási delito, em que as obrigações *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, cujos efeitos os jurisconsultos romanos explicavam pelas semelhanças que havia entre elas e as resultantes de contratos e de delitos, se tornaram independentes Os quási contratos eram factos voluntários e lícitos, em que não havia acôrdo de vontades, os quási delitos eram factos danosos devidos a simples omissão do cuidado devido ou a negligência, em que não havia intenção maléfica.

POTHIER expôs essa classificação no seu *Traité des obligations,* n.os 113 e 116, e daí passou para o código civil francês, que scindiu as obrigações, pelo que respeita às suas fontes, em duas categorias: 1.ª *obrigações convencionais* (livro 3.º, tít 3.º), 2.ª *obrigações que se formam sem convenção* (livro 3.º, tít 4.º) Esta categoria de obrigações compreendia quatro fontes: 1) *os quási contratos,* fórmula que abrangia os factos puramente voluntários e lícitos que não consistiam num acôrdo de vontades; 2) *os delitos,* factos ilícitos e danosos intencionalmente praticados, 3) *os quasi delitos,* factos ilícitos e danosos meramente culposos, 4) *a lei,* compreendendo-se nesta fonte todas as obrigações não convencionais que não provinham de nenhuma das fontes anteriormente enumeradas. «Esta última categoria, dizem BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, não compreende senão as obrigações que resultam, como no art 1370.º se declara, *da exclusiva autoridade da lei,* isto é, as que a lei *cria,* sem que exista facto algum pessoal duma das partes, não compreendendo aquelas de que se limita a reconhecer a existência, aquelas que simplesmente *sanciona* como resultantes de facto pessoal duma das partes, doutro modo todas as obrigações, até as resul-

(1) Veja-se GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain,* 5.ª edição, pagg. 390 e 391.

tantes de contratos, seriam obrigações legais. Numa palavra, todas as obrigações derivam da lei, umas mediatamente, outras imediatamente, mas só estas últimas são obrigações legais na terminologia do código».

Do código civil francês passou esta classificação para o código civil italiano (art 1097.º), para o código civil espanhol (art. 1089.º), e para outros

O código federal suiço das obrigações indica as seguintes causas de formação das obrigações: o contrato, os factos ilícitos e o enriquecimento ilegítimo A lei não é indicada nesse código como causa geral das obrigações, limitando-se a declarar (art. 76.º) qual é a lei reguladora, sob o ponto de vista da sua formação, das obrigações que têm a sua fonte nas relações de família ou de sucessão, ou que se fundam sôbre os princípios de direito público (1)

No código civil alemão sancionou-se o princípio (art 305.º) de que, salva disposição contrária da lei, é necessário um contrato para estabelecer uma relação obrigatória entre duas pessoas, ou alterar o seu conteúdo. Regula-se, porém, nesse código a constituição de obrigações por um negócio jurídico unilateral, das obrigações provenientes do enriquecimento sem causa e dos factos ilícitos

O código civil japonês indica como factos geradores das obrigações os contratos, a gestão de negócios, o enriquecimento indevido e os factos ilícitos

188. *Classificações doutrinais das fontes das obrigações.* Alguns jurisconsultos, reconhecendo que as obrigações, do mesmo modo que qualquer relação jurídica subjectiva, derivam necessàriamente de factos a que pelo direito objectivo são reconhecidas ou atribuídas determinadas consequências, pretendem basear a classificação das fontes das obrigações na diversa eficácia dêsses factos, dos quais uns se devem considerar como causas geradoras da obrigação, ao passo

(1) Veja-se VIRGILE ROSSEL, *Manuel du droit federal*, 2.ª ediç, pag 144.

que outros apenas condicionam a aplicação da lei, sendo esta a causa da obrigação.

Distinguindo os factos por que se manifesta a actividade humana em voluntários e involuntarios, atendem ainda, quanto aos voluntários, a que dêstes podem derivar efeitos que dependem ùnicamente da declaração da vontade, que goza de plena autonomia dentro da ordem jurídica, ou que se acham determinados no direito objectivo. Há assim obrigações que têm a sua causa na vontade humana, intervindo apenas a lei para assegurar o seu cumprimento, e há obrigações cuja causa está na lei, intervindo apenas a vontade na realizaçao do facto que a lei pressupõe para a sua aplicação Quando a lei reconhece uma relação jurídica que se *quis* constituir, a vontade individual é a fôrça que impõe essa relação, é a sua causa determinante; quando se *quer um facto,* mas não se *querem* as consequências jurídicas que dele derivam, êsse facto não é a causa da obrigaçao, essa causa está na vontade do legislador, está no direito objectivo, sendo esta vontade a fonte da relação jurídica que assim se constitue

Por esta doutrina, as unicas fontes das obrigações serão o negócio jurídico e a lei

As obrigações estabelecidas pelo negócio jurídico só neste têm a sua causa, porque são um produto da vontade dos interessados e a lei apenas as reconhece dentro dos limites da ordem jurídica, quando é a própria lei que impõe a obrigação, quer os factos em que se funda essa imposição sejam voluntários, quer não, a vontade não pode considerar-se como fonte da obrigação. A causa desta está na lei

Assim, um facto ilícito, pelo qual o seu autor se constitue na obrigação de reparar o dano causado, não representa, segundo esta doutrina, a fonte ou causa desta obrigaçao. Tal obrigação deriva do direito objectivo, que atribue essa consequência ao facto ilícito Nem êste podia, acrescenta-se, sendo assim considerado, produzir efeitos jurídicos

Quanto aos factos lícitos que, sob a designação de quási contratos, têm sido considerados como fontes das obrigações, tem-se notado que, não havendo neles o acôrdo de vontades,

não podem aproximar-se dos contratos, que são fontes de obrigações em virtude dêsse acôrdo. Nos quasi contratos, o vínculo obrigatório forma-se independentemente de tal acôrdo e nem sequer é necessária a capacidade de quem se obriga. O vínculo em que êste fica constituido não é portanto um produto da sua vontade, mas da lei Acresce que, em alguns casos, sendo o quási contrato um facto voluntário, pode ficar obrigado quem não praticou facto algum, como sucede na gestão de negócios, quando esta tem por fim evitar um dano eminente e manifesto Quási contratos ha, como o pagamento do indevido, que não devem considerar-se lícitos, mas ilícitos. No pagamento do indevido quem paga não fica sendo devedor, mas credor, e, investigando-se a causa por que é obrigada a restituir o que indevidamente recebeu a pessoa a quem se fez o pagamento, verificar-se há que essa causa é o enriquecimento a expensas doutrem, e êste enriquecimento, representando uma situação de facto contrária à de direito, é ilícito.

As obrigações que se consideram como tendo a sua fonte nos quási contratos derivam portanto também da lei, são obrigações legais, condicionadas por êsses factos

A classificação a que acabamos de nos referir, que é sustentada por PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE, SCIALOIA e outros jurisconsultos, não se confunde em as classificações das obrigações em *mediatas* e *imediatas* e em obrigações *ex contractu* e *ex re*.

Na primeira classificação, atendeu-se a que há obrigações impostas por lei independentemente de qualquer facto voluntário, como sao a obrigação alimentícia em virtude do parentesco, e a que há obrigações que são impostas pela lei em virtude dum facto voluntário, lícito ou ilícito. Tinha em vista esta classificação o autor do código comercial de 1833, quando declarou (art. 242.°) «as obrigações que nascem da lei, resultam da lei só, ou da lei em consequência dum facto do homem As obrigações que nascem da lei por um facto do homem resultam dum facto lícito ou dum facto ilícito» A mesma doutrina parece ter tido em vista o autor do código

civil, quando, ao enumerar as fontes dos direitos e obrigações em geral, especifica (art 4.° n.os 3 a 5) o facto e vontade própria e doutrem conjuntamente, o mero facto e vontade doutrem, e a mera disposição da lei Na mera disposição da lei não podem, pois, considerar-se incluídas as obrigações que resultam de facto e vontade doutrem, como na gestão de negócios, nos factos ilícitos

Nas obrigações mediatas têm-se, pois, considerado incluídas as que pressupõem uma situação jurídica em que o indivíduo se constitue voluntàriamente, havendo assim uma participação do obrigado nessa situação, mesmo no caso em que não haja uma manifestação directa da vontade para êsse fim

Na classificação das obrigações *ex contractu* e *ex re*, atendeu-se a que há obrigações que se constituem por declaração da vontade e a que há obrigações que resultam de determinadas situações, independentemente de declaração da vontade. Entravam nesta categoria as obrigações resultantes do quási contrato, do delito e do quási delito Pela expressão *ex re* não se pretendia significar, pois, que essas obrigações tinham como fonte a lei, mas que tinham por fonte um determinado facto, surgindo no próprio momento em que êste se realizava.

Parece-nos que nesta classificação as obrigações que se consideravam derivadas *ex lege* não se confundiam com as que derivavam dos factos voluntários

189. *Crítica.* Não consideramos verdadeira a doutrina exposta, pelo que respeita a deverem apenas considerar-se como fontes das obrigações o negócio jurídico e a lei.

É indubitável que no negócio jurídico os efeitos que dêle derivam são, dentro do princípio da autonomia das pessoas individuais e colectivas, os que as partes querem Não concordamos, porém, em que as obrigações em que as pessoas voluntàriamente mas não intencionalmente se constituem, se devam considerar como tendo a sua causa na lei, representando apenas os factos por elas praticados uma condição ou pressuposto para a sua aplicação. Tal doutrina afigura-se-nos que põe completamente de lado a realidade da vida, a verdade dos factos, e não apresenta, sob o ponto de vista da técnica

jurídica, vantagem alguma, antes a prejudica, confundindo obrigações de natureza muito diversa.

Quando se pratica um facto ilícito, lesando-se o direito doutrem, *constitue-se* o autor dêsse facto na obrigação de indemnizar o lesado E o que o código civil declara no art 2361.°, e é o que na verdade se passa

Tal lesão representa efectivamente a infracção duma norma de direito, mas a responsabilidade proveniente dessa lesão subjectiva-se no próprio momento em que ela se verifica É êsse o momento em que *nasce* a obrigação, e não quando é exigida Não se trata, pois, apenas dum poder ou direito objectivo, quando se pede essa responsabilidade, trata-se duma relação que já se constituiu, em virtude da lei, no próprio momento em que se deu o facto ilícito O facto ilícito não é, pois, apenas uma condição para que o lesado possa pedir essa aplicação, é dêsse facto ilícito que resulta a responsabilidade de reparar o dano.

O credor, é certo, não fica vinculado para com o autor do dano no próprio momento em que se dá o facto ilícito, e, consequentemente, êste não pode compelí-lo a receber a indemnização. Para o credor há um poder ou direito objectivo, que lhe faculta o exercício da acção creditoria, ficando esta completamente dependente da sua vontade A obrigação em que se constituiu o devedor está assim, quanto à sua efectivação, condicionada pela vontade da vítima do facto ilícito Esta pode renunciar à indemnização, tendo essa renúncia plena eficácia independentemente da vontade do autor do facto ilícito

O que se dá com os factos ilícitos verifica-se nos próprios negócios jurídicos, quando por estes se constitue uma obrigação em benefício de terceiro É assim que, tendo sido feita uma doação com o encargo duma prestação em benefício de terceiro, êste fica com o direito de exigir do donatário o cumprimento do encargo, mas êste não pode compelí-lo a aceitar a prestação, emquanto êle não houver aceitado a liberalidade com que foi contemplado O donatário é devedor, a obrigação constituiu-se para êle definitivamente e só poderá ser revogada, antes da aceitação do terceiro, em benefício de

quem se estabeleceu o encargo, por acôrdo entre o doador e o donatário A eficacia da vontade do promitente fica assim condicionada pela adesão da vontade do terceiro ou pela aceitação dêste, que pode livremente renunciar ao direito que para êle resulta do contrato feito entre o doador e o donatário

Sendo assim, parece que também neste caso se devia dizer que o encargo imposto ao donatário representava para o terceiro não a causa do seu direito de crédito, mas uma condição para o exercício dum direito objectivo, visto que a obrigação, pelo lado activo, ainda se não havia subjectivado. A verdade é, porém, que a obrigação do promitente tem a sua causa numa declaração da vontade.

Quando estudámos os elementos das obrigações, vimos que, havendo nelas necessàriamente um credor e um devedor, o credor pode ser indeterminado no momento em que a obrigação se constitue Não é necessário, pois, para que haja o vínculo obrigatório, que o credor fique imediatamente adstrito a receber a prestação E o que se nos afigura completamente inadmissível é que se considere o facto gerador da obrigação como sendo uma mera condição do direito do credor, quando êste direito tem a causa ou energia que o produziu numa declaração da vontade, que o não vincula é certo, que em relação a êle será um facto, mas a que a lei dá eficácia, reconhecendo os efeitos dessa declaração

Para nós, a lei só se pode considerar rigorosamente como fonte de obrigações quando estabelece, em atenção a uma determinada situação subjectiva, um vínculo entre pessoas determinadas, que não pode considerar-se consequência dessa situação, mas é por ela condicionado Assim, a obrigação alimentícia condicionada pelo facto do parentesco ou pelo matrimónio, a obrigação de prestar alimentos à mulher separada ou divorciada condicionada pela separação ou pelo divórcio, pressupõem factos que não são a causa da obrigação Esta deriva da lei, é imposta por ela Tais obrigações não podem deixar de considerar-se *legais* Mesmo no caso em que, como no matrimónio, o facto que condiciona a obrigação seja um contrato, a obrigação não deriva dêsse contrato, que é apenas um pressuposto.

É evidente que nos exemplos dados não há obrigações autónomas.

A actividade das pessoas está nestes casos sujeita a normas especiais, em virtude duma situação em que elas se encontram, e em que podem constituir-se por um facto voluntário ou por uma contingência prevista na lei. Estando essa actividade regulada especialmente pelo direito objectivo, é óbvio que só podem determinar-se os efeitos ou consequências dessa actividade tendo sempre em vista as situações que a condicionam

Quando se estabelecem, porém, em virtude dum facto voluntário, vínculos de carácter patrimonial entre pessoas que, anteriormente a êsse facto, não estão relacionadas entre si de modo especial, os efeitos que dêsse facto derivam, segundo o direito objectivo, não são condicionados por um facto anterior.

Consideramos destituída de fundamento a afirmação de que nos delitos há clara a idêa da lesão causada por não cumprir uma obrigação primária da coexistência social, e que a obrigação de reparar o dano causado por essa lesão é assim a transformação duma obrigação legal não cumprida, como a obrigação de indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento dum contrato é também a transformação duma obrigação contratual não cumprida

O delito representa o não cumprimento duma obrigação de carácter geral e negativo, que está em correspondência com um direito absoluto Anteriormente ao delito nenhuma obrigação relativa existia entre o seu autor e a vítima; esta apenas tinha direitos que podia fazer valer, em virtude da ordem jurídica, para com todos Realizado o delito e resultando dêste um dano, o autor do facto ilícito constituiu-se em obrigação para com o lesado Esta obrigação não é a transformação da obrigação que sôbre êle impendia de respeitar o direito que violou; é uma consequência da violação dêsse direito Para que se desse a transformação, era necessário que, anteriormente ao delito, já existisse um vínculo de obrigação entre o lesante e o lesado, e tal vínculo não existia.

Pelos limites que a ordem jurídica impõe dum modo geral ao livre desenvolvimento da actividade individual, não se formam obrigações em sentido técnico. Estas resultam sempre dum facto, ou pressupõem um facto No primeiro caso, a obrigação tem a sua fonte no próprio facto; no segundo, a obrigação é imposta pelo direito objectivo

Analisando as obrigações que se constituem pela gestão de negócios, que tem sido considerada como um quási contrato, chegaremos também à conclusão de que essas obrigações não têm, em princípio, como causa geradora a lei, mas um facto voluntário

Declara o art 1723 ° que se torna responsável pela gestão de negócios alheios quem, sem autorização e voluntàriamente, se intromete nesses negócios Do facto da gestão de negócios alheios resultam, pois, obrigações, que estão reguladas pelo direito objectivo. Êste impõe essas obrigações, mas não é a causa delas O facto gerador das obrigações é a gestao dos negócios doutrem, facto voluntário e lícito, sempre que o gestor não intervem nesses negócios contra a vontade declarada da pessoa a quem êles pertencem, cujas consequências a lei determina Estas consequências resultam, porém, da actividade voluntária do gestor, que é assim a causa das obrigações

O proprietário dos negócios pode constituir-se também em obrigação para com o gestor. Esta obrigação terá como causa um facto voluntário, se êle quiser aproveitar-se dos cómodos e proveitos que para êle teve a gestão (art. 1724.°), terá como causa um negócio jurídico, se êle ratificar a gestão (art. 1726 °), terá como fonte a lei, se, não querendo êle aproveitar-se da gestão, esta teve por fim evitar algum dano iminente e manifesto (art. 1725 °).

Pela gestão de negócios, caracterizada pela intervenção voluntária na esfera patrimonial doutrem, pode constituir-se, pois, uma série de obrigações, cujas causas podem ser diversas, havendo algumas que podem ser impostas pelo direito objectivo, sendo apenas condicionadas pelo facto da gestão. Não consideramos, porém, como impostas pela lei as obriga-

ções em que o gestor voluntàriamente se constitue, como também assim não consideramos aquelas em que voluntàriamente se constitue o proprietário dos negócios (1)

O que se dá na gestão de negócios pelo que respeita ao diverso carácter das obrigações que determina, verifica-se em maior ou menor grau nas próprias obrigações que se constituem por negócio jurídico Efeitos há, nas obrigações que assim se formam, que teriamos de considerar como tendo a sua fonte no direito objectivo, se apenas reconhecessemos como tendo a sua causa na vontade os que as partes efectivamente quiseram. Nos casos em que a vontade declarada não corresponde à vontade real; nos casos em que, pelo não cumprimento da obrigação, o devedor se constitue na obri-

(1) No cod civil alemão, a gestão de negocios foi colocada no livro 2.°, secção 7 ª, que tem por epigrafe *Relações particulares de obrigações,* no cod. civil brasileiro, a gestão de negocios e regulada no liv. 3 °, tit. 5 °, que trata *Das várias especies de contratos* Num e noutro codigo, a gestão de negocios tem o seu lugar em seguida ao mandato, para o que se atendeu sem duvida a analogia entre as obrigações do gestor e as do mandatario, e não a natureza juridica da gestão de negocios. A intervenção voluntaria e sem autorização nos negocios doutrem não pode atribuir-se caracter contratual, nem os efeitos que dessa intervenção resultam podem explicar-se pela teoria dos contratos nas varias modalidades que a gestão pode revestir

O illustre autor do Projecto do cod civil brasileiro, Dr Clovis Bevilaqua, considera a gestão de negocios como um quasi contrato, assemelhando-a ao mandato. Devidamente analisada, porem, a gestão de negocios, convencer-nos hemos de que a expressão *quási contrato* so tem a seu favor uma longa tradição, não sendo adequada para exprimir as relações juridicas que pela gestão de negocios se formam.

Não pode dizer-se, para justificar o uso desta formula, que a lei atribua a um facto meramente voluntario os mesmos efeitos que se houvera uma declaração de vontade para os produzir. Do facto voluntario da gestão resultam fundamentalmente obrigações para o gestor, os direitos que êle tem, ou se explicam por uma disposição da lei, ou por um facto tambem meramente voluntario do proprietario, ou pela ratificação da gestão Não ha acôrdo de vontades, não ha factos voluntarios que tenham os mesmos efeitos que teria êsse acôrdo. Quando se pretendesse estabelecer alguma aproximação entre a gestão de negocios e os negocios juridicos, seria com os negocios juridicos unilaterais e não com os bilaterais que ela poderia ter cabimento (Aditamento de pagg. 727 e seg. da 1.ª ed.)

gação de indemnizar o credor, a fonte de tais obrigações não seria o contrato, seria um facto voluntário; essas obrigações teriam ùnicamente na lei a sua causa

Seja qual fôr, porém, a causa dessas obrigações, a verdade é que a relação que as domina tem a sua fonte na vontade; dado um facto lícito ou ilícito de que resulte, em harmonia com a ordem jurídica, uma obrigação, esta tem a sua causa nesse facto. Tal obrigação é um resultado da actividade voluntária

E sendo diverso o regime das obrigações que se constituem voluntàriamente do que se estabelece para as obrigações legais, a técnica jurídica reclama que se não considere a lei como fonte dessas obrigações Há uma teoria dos factos ilícitos, há uma teoria da gestão de negócios, em que esses factos se consideram como fontes de obrigações, e tais teorias não podem nem devem ser postas de lado

190. *Classificação que adoptamos* Considerando as obrigações como relações jurídicas autónomas, excluindo do domínio da teoria das obrigações as que são condicionadas por uma relação jurídica preexistente, não podemos considerar a lei como fonte das obrigações Estas têm a sua causa num facto voluntário.

O facto voluntario pode ser: 1) a declaração da vontade para a formação dum vínculo obrigatório, e temos o negócio jurídico, 2) uma acção ou omissão que, representando o livre desenvolvimento da actividade individual, constitue o seu autor em obrigação

1) O negócio jurídico pode ser bilateral e unilateral. Em nosso parecer tanto um como o outro podem ser fontes de obrigação, havendo obrigações que derivam de contratos e obrigações que têm a sua fonte nos negócios jurídicos unilaterais

2) As acções ou omissões por que se constituem obrigações são factos lícitos e ilícitos. Nestes pode haver a intenção de causar dano, ou simples culpa ou negligência Naqueles há a intervenção nos negócios doutrem, denominada gestão de negócios, e pode haver o locupletamento à custa alheia.

Os factos de que êste resulta podem ter diversa natureza e as obrigações que por eles se constituem podem ser determinadas por situações jurídicas preexistentes

A teoria geral do locupletamento à custa alheia, do mesmo modo que a teoria dos factos ilícitos, pelos quais se podem lesar direitos de diversa natureza, devem ser expostas na parte geral, determinando-se na teoria das obrigações as relações jurídicas que entram nesta teoria e que assim se constituem

§ 33 — *Obrigações contratuais*

DR. EDUARDO ESPINOLA, *Sistema do direito civil brasileiro*, vol 2 °, tomo 1 °, pagg 547 e segg ; DR CLOVIS BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, pagg. 165 e segg , DR CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações*, vol 2 °, 2.ª ediç., pag. 149 e segg., BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Des obligations*, pagg 5 e segg , SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg 140 e segg , SALEILLES, *Declaration de volonte*; PLANIOL, *Traite elementaire*, tôm 2 °, n os 943 e segg., WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol 2 °, parte 1 ª, §§ 309 ° e segg., GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol 3 °, pagg 7 e segg , L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, na *Enciclopedia giuridica italiana*, SALEILLES, *De la responsabilite precontractuelle*, na *Revue trimestrielle de droit civil*, 6 ° ano, pagg 697 e segg

191. *O contrato como fonte de obrigações* O nosso cód civil define (art 641 °) *contrato* o acôrdo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação Desta noção de contrato conclue-se já que êle não é apenas considerado pelo nosso código como fonte de obrigacões Os contratos por que se transferem direitos são, quando se trata dos direitos de propriedade, fontes de direitos reais A palavra *obrigação* não é tomada no artigo citado no seu sentido rigoroso, denominando-se contrato não só o acôrdo por que se estabelece uma obrigação de carácter patrimonial, mas por que se condiciona apenas a existência de obrigações legais É assim que se chama contrato o casamento (art. 1056.º) Podem até ser objecto de contrato actos de disposição que devem produzir os seus efeitos por morte É o que sucede com as deixas em contrato antenupcial a favor de um ou de ambos os esposos, e com a disposição de terceiros em favor dos futuros cônjuges de parte ou de todos os seus bens por morte (artt 1166 º e 1175.º)

Mostram-nos estas considerações que pela palavra *contrato* se designa a constituição de relações jurídicas de natureza muito diversa, e que a teoria geral dos contratos não tem o seu lugar adequado, numa exposição sistematica das normas de direito civil, na parte em que se trata das obrigações Essa teoria deve ser exposta na parte geral, determinando-se apenas na teoria das obrigações os efeitos gerais, especiais e acessórios dos contratos como fontes destas relações jurídicas, e as espécies de obrigações que por eles se constituem.

Foi êste o sistema que seguimos, expondo na parte geral a teoria do negócio jurídico.

Considerado como fonte das obrigações, o contrato é um negócio jurídico bilateral. por que ambas as partes ou só uma delas ficam adstritas a uma prestação. Pelos contratos podem estabelecer-se, pois, obrigações unilaterais ou bilaterais, sendo sempre causa dessas obrigações um acôrdo de vontades Onde não exista êste acôrdo, não há uma obrigação de carácter contratual

É o que resulta dum modo evidente da noção que se dá de contrato no art 641.º, e de contratos unilaterais ou gratuitos e bilaterais ou onerosos no art. 642 °.

Nos contratos há sempre pessoas determinadas que por eles ficam adstritas a certas prestações e cujas vontades, manifestando-se em direcções opostas, se encontram, formando-se um vínculo jurídico em virtude dêsse acôrdo. Quando todas as vontades se manifestam na mesma direcção, não se formando um vínculo jurídico entre as pessoas que manifestam essa vontade, não haverá contrato, porque essas pessoas não se sujeitam, nas relações entre si, a uma obrigação, não haverá também contrato sempre que, dada uma declaração de vontade pela qual se constitua uma obrigação para com qualquer pessoa, o direito desta não tenha a sua causa numa manifestação da sua vontade que coopere juntamente com a declaração da vontade de quem se constitue nessa obrigação.

Nestes casos haverá um negócio jurídico unilateral e não bilateral.

Exemplifiquemos

Constitue-se, por acôrdo entre várias pessoas, uma sociedade anónima, lavrando-se a respectiva escritura A vontade dessas pessoas manifestou-se na mesma direcção, e o produto dessa vontade é a constituïção da sociedade, que fica tendo personalidade colectiva

Entre os fundadores da sociedade não se estabelecem vínculos de obrigação; estes vínculos ficam existindo entre os fundadores e a sociedade, cuja existência jurídica é devida à vontade deles e com a qual não se podia portanto realizar o contrato Sendo isto assim, é para nós evidente que a constituição da sociedade é devida a um negócio jurídico unilateral e não a um contrato Dar-se há o mesmo se, em vez de se constituir uma sociedade anónima, se formar uma associação de beneficência ou de recreio, se fundar um hospital ou asilo Em qualquer dêstes casos, o acôrdo de vontades dá-se em relação a um fim determinado, não se constituindo vínculos de obrigação entre as pessoas que manifestam as suas vontades

Quando se emite um título ao portador, a pessoa que o lançou na circulação obrigou-se a efectuar a prestação dele constante a quem lho apresentar. Constituiu-se assim em obrigação para com pessoas indeterminadas, e isto basta para nos convencer de que tal obrigação não pode ter por fonte um contrato, pois que estes não podem realizar-se com pessoas indeterminadas Essa obrigação tem a sua causa num negócio jurídico unilateral

Vê-se assim que há na nossa legislação obrigações que se consideram contratuais e que não têm como fonte o contrato.

Mas há mais

No sistema do código civil há obrigações que resultam da proposta de contrato feita a pessoas determinadas, quando estas não estão presentes, ou, embora o estejam, quando o proponente fixa um prazo para a aceitação. É óbvio que essas obrigações não podem ter a sua causa no contrato, porque se

filiam na proposta, e esta, desde que seja aceita, funde-se no contrato, deixando de ter existência autónoma Aceita a proposta, determina-se por ela o conteúdo do contrato e consequentemente as obrigações a que fica adstrito o proponente, que deixou de o ser, para se tornar parte contratante.

Donde resulta a responsabilidade do proponente como tal? A doutrina que consideramos mais aceitável é a que faz derivar a responsabilidade do proponente da declaração da sua vontade; mas, na teoria do nosso código, esta vontade não pode considerar-se um negócio jurídico unilateral Para que o pudesse ser, era necessário que se desse a essa proposta, desde que se tornava conhecida da pessoa a quem era dirigida e foi feita em condições de obrigar o seu autor, a eficácia necessária para que não pudesse ser retratada dentro do prazo fixado por êste ou pela lei para a aceitação Só assim ficaria tendo autonomia a proposta

Ora a verdade é que o nosso código civil, impondo a obrigação de manter a proposta, admite que esta seja retratada, e a obrigação em que o proponente se constitue por esta retratação não pode consequentemente considerar-se como um produto da vontade manifestada na proposta Esta tinha por fim o contrato, dirigia-se à aceitação, e não à indemnização do prejuízo causado, quando se desse a retratação

Como se explica, porém, que, obrigando o código o proponente a manter a sua proposta, se admita que êste a retrate, dando-se assim efeito a uma declaração de vontade contrária a uma obrigação que deriva da proposta, pelas consequências que a lei a esta atribue?

O motivo por que na teoria do código se admite que possa ser retratada uma proposta durante um prazo em que êle declara esta obrigatória, está no conceito que êle forma de contrato. Para a formação dêste deve haver a cooperação de duas vontades, e essa cooperaçao deve ser simultânea, isto é, no momento em que se manifesta uma vontade deve ainda subsistir a outra Se não subsiste, não pode haver a concorrência de vontades e conseqüentemente o contrato A retratação é portanto um obstáculo insuperavel a que se efectue o contrato, e o código impõe ao retratante, que por êsse

modo deixa de cumprir uma obrigação por êle imposta, a obrigação de indemnizar o dano

O código não foi sempre fiel a esta teoria E assim que, considerando a doação um contrato, admite que as doações simples feitas a pessoas incapazes produzam efeito, tornando-se irrevogáveis, independentemente de aceitação (art 1478 °) Estas disposições são, porém, excepcionais

Compreende-se que, assim como em contratos de alienação, em que o poder de dispor pertence ao alienante, que é o titular do direito, a aceitação por parte do adquirente não representa mais do que uma adesão à vontade do alheador, que assim se torna irrevogável, nos contratos constitutivos de obrigação, em que as partes restringem a sua liberdade, haja compromissos unilaterais, dos quais uns valham de per si, ao passo que outros estejam condicionados pela adesão de outra vontade Assim, uma deixa por morte em escritura antenupcial representa um acto de alienação que depende ùnicamente da vontade do doador, não representando a aceitação por parte da pessoa a quem se faz a deixa mais do que uma concordância da sua vontade, que tem por efeito tornar irrevogável a vontade do doador Na proposta de transporte de mercadorias pode ver-se um negócio jurídico unilateral, cujos efeitos fiquem dependentes da adesão por parte da pessoa a quem a proposta é dirigida, pagando esta o transporte nas condições fixadas.

Compreendida assim a proposta dum contrato, esta fica tendo, em relação à vontade do proponente, autonomia. A eficácia dessa proposta depende da vontade da pessoa a quem é dirigida, é condicionada portanto por esta vontade, mas a vontade declarada não pode ser livremente revogada

Esta teoria não foi, porém, aceita pelo código A vontade de quem faz uma proposta de contrato pode ser retratada antes da aceitação, e, como está relacionada com o contrato, constituindo-se a responsabilidade resultante da retratação no período da sua formação, trataremos desta matéria a propósito das obrigações convencionais.

As declarações de vontade que não fiquem dependentes da aceitação, mas que apenas sejam por esta condicionadas, têm

o seu lugar adequado nas obrigações que se constituem por negócio jurídico unilateral.

Vê-se assim qual o conceito de contrato do nosso código civil, e que êle não se manteve fiel a êsse conceito, considerando contratuais ou incluindo nos contratos obrigações que não têm a sua causa num acôrdo de vontades.

192. *Quando se constitue o vínculo obrigatório contratual; responsabilidade do proponente.* As obrigações contratuais têm a sua causa num acôrdo de vontades, não podendo portanto considerar-se constituídas emquanto se não manifestar a vontade de ambas as partes. É assim que no art 649 ° se declara que o contrato fica perfeito logo que a proposta seja aceita, salvo nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade.

Pode ser feita, porém, uma proposta de contrato a uma pessoa que não esteja presente, e quem faz a proposta fica, durante o prazo por ela fixado ou estabelecido na lei, responsável pelo prejuízo que para a pessoa a quem a proposta é dirigida resultar da sua retratação (artt. 651.° a 653 °). Declara-se neste artigo que o proponente é obrigado a manter a proposta emquanto não receber resposta da outra parte, considerando-se nao aceita a proposta desde que a outra parte não responda dentro dos prazos assinados, e ficando consequentemente desde êsse momento desligado o proponente da obrigação de manter a proposta.

A obrigação de manter a proposta não obsta, porém, a que o seu autor a retracte antes da aceitação, e, se o fizer, o contrato já não poderá efectivar-se Para êste efeito era necessário que, no momento da aceitação, subsistisse a vontade do proponente. A vontade dêste foi retratada, e o contrato já não pode portanto realizar-se

Se o proponente falecer antes da aceitação ou fôr interdito, também não pode considerar-se subsistente a proposta, e o contrato já não pode efectuar-se, tendo como elemento aquela proposta. É assim, que no art. 655.° se declara que, se ao tempo da aceitação tiver falecido o proponente, sem que o aceitante fôsse sabedor da sua morte, serão os herdeiros do

proponente obrigados a manter a sua proposta, nos termos do art 653 °, salvo se o contrario resultai da natureza da convenção

Vê-se dêste artigo que, a-pesar-de se haver dado a aceitação por parte da pessoa a quem a proposta era dirigida, não se constituiu a obrigação contratual, pois que, se se tivesse constituido, os herdeiros ficariam adstritos ao cumprimento da obrigação Ora eles não ficam vinculados pela obrigação, sendo apenas obrigados a manter a proposta e responsáveis por perdas e danos no caso de a não manterem

Temos assim que o proponente pode, anteriormente à aceitação, retratar a sua proposta, ficando apenas responsável pelos prejuizos que dessa retratação resultarem.

No sistema do nosso código, o contrato entre pessoas não presentes considera-se perfeito desde que se dê a aceitação. Não é necessário que o proponente seja informado dessa aceitaçao Quando êle retrate, pois, a sua proposta depois que ela foi aceita, essa retratação ja não poderá produzir efeito, porque a êsse tempo já se havia formado o vínculo contratual e êste vinculo só pode ser desfeito por mútuo acôrdo (art 702 °). O aceitante terá então direito a exigir o cumprimento do contrato, e, quando êste não seja voluntàriamente cumprido, a pedir a indemnização das perdas e danos resultantes do seu não cumprimento

Em que consiste a obrigação do proponente que retrata a sua vontade, durante o tempo assinado para a aceitação?

Já vimos que esta obrigação não deriva dum negócio jurídico unilateral A proposta não pode ser assim considerada em face do nosso código, visto que os efeitos dela, considerada como tal, só se produzem no momento em que se dá a aceitação É nesse momento que, pela produção dêsses efeitos, a vontade se torna irrevogável.

A obrigação de indemnizar os danos provenientes da retratação da proposta não pode considerar-se portanto como tendo a sua causa numa obrigação de carácter contratual, não deve confundir-se a responsabilidade em que o proponente incorre pela retratação com a obrigação de

indemnizar o dano proveniente da inexecução dum contrato

Não sucede o mesmo no código civil alemão em que fica vinculado pela proposta dum contrato o seu autor, salvo o caso em que tenha excluído êsse vínculo. A proposta torna-se assim irrevogável, presume-se a subsistência da vontade do proponente durante o tempo em que êle, nas condições ordinárias, deve esperar pela resposta, se não tiver assinado prazo para a aceitação, e, se o tiver assinado, durante êste prazo (cód civ alemão, artt 145 °-148.°)

Admitido êste sistema, que é sem dúvida o mais racional e o que melhor se harmoniza com as necessidades da vida social, a obrigação de indemnização de perdas e danos só poderá dar-se pela inexecução do contrato, se êste fôr válido, ou pela *culpa in contrahendo*, se na formação do mesmo contrato, e por facto imputável a um dos contraentes, se der qualquer vício que determine a sua nulidade.

No sistema do nosso código, o contrato não se forma, e a obrigação em que se constitue o proponente por obstar, retratando a sua proposta, a essa formação, não pode portanto derivar do contrato, ou de qualquer responsabilidade que esteja inerente ao contrato, pela culpa ou negligência na sua formação

Em nosso parecer, a responsabilidade do proponente tem a sua causa num acto de vontade — a retratação da proposta, de que podem resultar danos para a outra parte O legislador entendeu, em harmonia com as idéas então dominantes, que não devia tornar a vontade do proponente irrevogável, desde que a aceitação tivesse lugar em tempo útil. Declarou, porém, essa proposta obrigatória para êle sob pena de, retratando-a, ficar responsável por perdas e danos

É esta a causa da responsabilidade em que se constitue o promitente, e que assume, atenta a obrigação imposta pela lei, o carácter dum facto ilicito

Em relação aos herdeiros, a obrigação que lhes é imposta de manter a proposta, e que se funda em princípios de equidade, não pode deixar de considerar-se uma obrigação legal

A indemnização de perdas e danos a que o proponente e

os seus herdeiros ficam adstritos por não manterem a proposta, são os que necessàriamente resultam da retratação desta proposta (art 653.°), e não os que derivam da inexecução da obrigação contratual, visto que esta não se constituiu O autor da proposta e os seus herdeiros ficarão responsáveis, portanto, por quaisquer despesas que a pessoa a quem a proposta é dirigida tenha feito no intuito de realizar o contrato, e pelos prejuízos que para ela resultem de haver confiado na adquisição do direito a que a proposta respeitava, procedendo como se efectivamente o houvera adquirido. É assim que, se a pessoa a quem a proposta foi dirigida se tiver comprometido, confiando na sua efectivação, a fazer um determinado fornecimento e não puder cumprir a obrigação que assumiu, ou só a puder cumprir em condições mais onerosas, o proponente ficará adstrito a indemniza-la dos danos que lhe causou. O mesmo sucederá se a proposta respeitar à compra duma cousa e, em virtude dela, o proprietário tiver perdido o ensejo de a vender em condições vantajosas para êle

Não será, porém, responsável o proponente pelos lucros ou interêsses positivos que a pessoa a quem a proposta é dirigida auferiria, se se tivesse realizado o contrato Os lucros cessantes não representam uma consequência necessária da retratação da proposta; não são perdas e danos a que esta tenha dado lugar Esses lucros seriam uma consequência do cumprimento da obrigação contratual, se esta se tivesse constituído, pois que só neste caso o credor adquiriria, pelo direito à prestação, o direito de ser indemnizado do valor da cousa prometida, em relação ao da prestação que êle deveria efectuar.

193. *Obrigações contratuais de contrato futuro* As obrigações contratuais acham-se na sua maior parte reguladas em disposições que determinam os seus elementos específicos, as condições necessárias para a sua validade e as consequências que delas derivam na falta de convenção das partes, mas pode suceder que, no período de formação dum determinado contrato, as partes reconheçam, para assegurarem melhor os seus interêsses, a vantagem de tomarem um compromisso de futuro contrato, por não poderem num dado momento realizá-lo definitivamente Assim, se um indivíduo quer fundar uma emprêsa e necessita para isso de capital, decorrido que seja um certo prazo, pode, para ter a certeza de que êsse capital não lhe faltará no momento oportuno e para não pagar juros durante o tempo em que não necessita dêle, efectuar com um indivíduo um contrato pelo qual êste se obrigue a entregar-lhe em determinado dia o capital de que êle precisa, assinando-se nesse dia a respectiva escritura.

Não há neste caso o contrato de usura, que tem como elemento específico a cedência de dinheiro ou cousa fungível com obrigação de restituir uma soma equivalente ou um objecto igual, mediante certa retribuição (art 1636 °), mas o compromisso dum contrato de usura. Êste compromisso tem carácter contratual, visto que houve um acôrdo em virtude do qual as duas partes se obrigaram uma a ceder e a outra a receber determinada quantia, por contrato de usura, constituindo-se assim uma obrigação bilateral, a de efectuar o contrato

O conteúdo desta obrigação é um contrato futuro, e notámos já a êste respeito que, « traduzindo-se o cumprimento da promessa num facto pessoal, o devedor não pode ser, como sucede na prestação de factos, compelido à prestação na forma específica, ficando todavia, se a não efectuar, obrigado à indemnização de perdas e danos » (1)

Para que se pudesse impor coactivamente o contrato a que respeita a obrigação constituida, era efectivamente necessário que o juiz se substituisse a uma das partes na declaração da vontade, ou que autorizasse essa manifestação por outra pessoa. Assim, tratando se dum contrato promessa de compra e venda, para que as partes ficassem coactivamente adstritas a êste contrato, podendo exigir-se o cumprimento específico da obrigação, ou o juiz teria de considerar definitivo um contrato preliminar, ou de autorizar uma das par-

(1) Veja-se estas *Instituições* vol. 1.°, pag 442

tes a fazer prestar por terceiro o facto a que a outra ficou adstrita.

A primeira solução tornaria a sentença o título por que se constituia a obrigação contratual, objecto do contrato promessa. O juiz não declararia, pois, apenas os efeitos que derivavam da situação subjectiva que as partes por êste contrato haviam criado; substituir-se-ia a uma das partes, declararia por ela a sua vontade e criaria assim uma situação jurídica subjectiva.

A segunda solução tornaria fungível um facto que é por sua natureza pessoal, qual é a declaração da vontade. Não pode, pois, aplicar-se ao contrato promessa a disposição consignada no art 712 °

No contrato promessa não podem ficar as partes coactivamente adstritas, em virtude da obrigação que por êle se constitue, à realizaçao do contrato definitivo, sendo apenas responsáveis pela indemnização das perdas e danos que necessàriamente resultem do não cumprimento da obrigação. E' esta a doutrina que se acha sancionada no art. 1548 ° pelo que respeita ao contrato promessa de compra e venda, e é a que deve aplicar-se a quaisquer outros contratos cujo conteúdo seja um futuro contrato obrigatório.

O contrato promessa so existe quando as partes se comprometem à realização dum contrato futuro, que é o objecto do contrato promessa e que consequentemente fica sendo para elas obrigatório. Não deve, pois, confundir-se o contrato promessa com quaisquer negociações que precedam o contrato definitivo e que tenham por fim determinar as condições em que êste se deve realizar Tais negociações, embora nelas se chegue a acôrdos parciais em relação ao futuro contrato, e estes sejam reduzidos a escrito, não são de per si obrigatórias. As partes não se constituem por essas negociações em relação jurídica até o momento em que, ao acôrdo sôbre as condições do futuro contrato, acresce a obrigação que ambas assumem de o efectuar. E' apenas neste momento que se constitue uma obrigação contratual, devendo ter-se sempre em vista que, nas negociações que precedem

êsse acôrdo, se ventilam apenas os motivos ou razões para a determinação da vontade, que fica livre até o momento em que as partes realizam definitivamente o contrato ou se obrigam a efectuá-lo

Nessas negociações não pode pois filiar-se uma obrigação de carácter contratual, que seja causa, pelo seu não cumprimento, de indemnização de perdas e danos Para que por tais negociações se constitua esta obrigação, é necessário que o procedimento de qualquer das partes seja causa de prejuízos para a outra, e que êsse procedimento se considere um facto ilícito. E' assim que, fazendo-se uma proposta de negociações para a realização dum determinado contrato e devendo a pessoa a quem essa proposta é dirigida fazer estudos e elaborar projectos, que podem ser dispendiosos, a recusa do proponente a efectuar o contrato, depois de iniciadas as negociações, pode ser causa de graves prejuízos para a pessoa que, confiando na boa fé de quem as propôs e arbitràriamente as abandonou, entrou nessas negociações. O abandono destas não pode, porém, considerar-se um facto ilícito, desde que não haja fraude por parte de quem as propôs, tendo apenas em vista, ao apresentar a proposta, causar dano à outra parte, pois que, pelo simples facto de propor as negociações, não assumiu responsabilidade alguma

Não sendo a proposta feita em condições tais que o seu autor se considere adstrito à realização do contrato, de modo que êste fique, quando a vontade do proponente não seja retratada, dependente apenas da aceitação, a responsabilidade do proponente não poderá derivar da proposta, pois não se obrigou por ela, visto que a realização do contrato ficava dependente de negociações ulteriores, em que se deviam assentar as suas condições. Para que se considere em tal caso a recusa de efectuar o contrato, dada mesmo a hipótese de que nessas negociações se chegue a acôrdo sôbre as bases do contrato, como causa de responsabilidade para o proponente, é necessário que a proposta de negociações tenha sido feita de modo que o proponente se responsabilize pelas despesas que a pessoa a quem se dirige fizer, para que se possam determinar as condições do contrato. Se não tiver assu-

mido essa obrigação, não o consideramos responsável por perdas e danos, embora a outra parte tenha sido iludida na sua boa fé.

A recusa de efectuar o contrato, embora seja arbitrária, não pode considerar-se como um facto ilícito, visto que o proponente não havia assumido obrigação alguma para com a pessoa a quem dirigiu a proposta Competia a esta tomar as precauções necessárias para que o proponente das negociações não pudesse arbitràriamente abandonar o projecto do contrato.

194 *Efeitos das obrigações contratuais; como se determinam* Pelos contratos considerados como fontes de obrigações, estabelecem-se direitos para as partes que têm a sua causa no contrato. Esses efeitos são um produto da sua vontade, limitando-se a lei a reconhecê-los e garanti-los. É assim que no art 702.° se determina que os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos, nem podem ser revogados ou alterados se não por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei

Sendo os contratos a fonte das obrigações que por eles se estabelecem, para se determinarem os efeitos dos contratos deve atender-se, em primeiro lugar, ao que nestes é expresso. Não tendo, porém, sempre as partes em vista, ao realizarem um determinado contrato, todas as consequências jurídicas que dêle derivam segundo o modo por que a lei as determina em normas de carácter supletivo, e sendo certo que, para se excluir a aplicação destas normas, que se devem considerar como elementos naturais dos contratos, é necessária uma expressa declaração da vontade, não basta atender, para se determinar o conteúdo do vínculo obrigatório estabelecido por um contrato, ao que neste é expresso. Necessário se torna ter em vista as disposições da lei em que se determinam os efeitos dos contratos na falta de estipulação.

Acresce que nas relações sociais se estabelecem determinados usos, com os quais se conformam as pessoas que num determinado meio nessas relações se constituem. Sendo os contratos omissos quanto aos efeitos regulados normalmente por esses usos deve entender-se, independentemente dos casos em que a lei os manda aplicar, que as partes pretenderam conformar-se com eles. Podem, pois, determinar-se também pelos usos as consequências que dos contratos derivam, e, conseguintemente, o conteúdo das obrigações que por eles se formam.

É assim que no artigo 704.° se declara que os contratos obrigam tanto ao que neles é expresso, como às suas consequências usuais e legais, e que no artigo 684.° se consideram elementos de interpretação, para determinar a intenção ou vontade das partes nos contratos, os seus termos, natureza e circunstâncias e o uso, costume ou lei

Dos efeitos que derivam dos contratos uns são elementos específicos e outros apenas naturais. Os elementos específicos não podem ser alterados por vontade das partes Esses elementos caracterizam as obrigações que por eles se estabelecem, e, sendo certo que as partes podem denominar essas obrigações como lhes aprouver, o contrato tem de ser definido em harmonia com as normas legais, e por essas normas têm de determinar-se também as consequências que, na falta de declaração da vontade das partes, dele derivam. Quanto aos elementos naturais, as partes podem regular como lhes aprouver os efeitos que dêrivam dos contratos, aplicando-se apenas as normas legais na falta de declaração.

Dos elementos naturais, uns são comuns a determinadas categorias de contratos, outros dão-se em relação a contratos determinados. Assim, a prestação da evicção é um efeito que deriva dos contratos a título oneroso e que só excepcionalmente se dá nos contratos por título gratuito

Tendo de determinar os efeitos dos contratos, ocupar-nos hemos aqui dos que derivam dos contratos em geral e dos que são comuns a determinadas categorias de contratos. Nas obrigações em especial terá o seu lugar adequado a determinação dos efeitos que são peculiares de determinados contratos.

Estabelecida uma obrigação contratual, tem o credor o direito de pedir o seu cumprimento pelo modo que já determinámos. e a indemnização de perdas e danos no caso de não cumprimento, sempre que êste seja imputável ao devedor. O vínculo assim constituído não pode dissolver-se ou modificar-se por vontade duma só das partes, torna-se para êsse efeito necessário o acôrdo delas, sempre que a lei não disponha o contrário (art 702.°) Obrigações contratuais há em que a subsistência do vínculo obrigatório fica dependente da vontade de uma só das partes, como no mandato e na sociedade por tempo indeterminado. Noutras obrigações podem dar-se, posteriormente ao contrato por que se constituem, factos que determinam de per si a dissolução do vínculo obrigatório, ou de que resulta para uma das partes o direito de rescindir êsse vínculo Cumpre-nos determinar aqui estes factos, quando eles respeitam a determinadas categorias de obrigações contratuais.

195. *Contratos bilaterais* Os efeitos dos contratos bilaterais têm de ser especialmente determinados. Nestes contratos, segundo a noção que deles se dá no art 642 °, as partes transferem mùtuamente alguns direitos e mùtuamente os aceitam. Estabelecem-se, pois, por estes contratos obrigações recíprocas, e a determinação dos efeitos especiais que deles derivam consiste em verificar as relações que existem entre essas obrigações

Vimos já (n ° 37) que havia, pelo que respeita ao cumprimento das obrigações sinalagmáticas, a *exceptio non adimpleti contractus,* em virtude da qual um dos devedores pode legìtimamente recusar-se a cumprir a sua obrigação, emquanto o outro devedor não cumpre a dele, e fundámos esta excepção na equivalência das duas obrigações, em que uma era a causa da outra, devendo conseguintemente, em princípio, ter execução simultânea. É esta a intenção das partes quando recíprocamente se constituem em obrigação, não sendo permitido a uma delas proceder isoladamente, como se o seu crédito fôra independente, salvo o caso de ser pura uma das obrigações e a outra a prazo, ou de se fixarem prazos diversos para o cumprimento das duas obrigações Neste caso, a bilateralidade do vínculo obrigatório não determina a execução simultânea.

Sendo obrigatório o vínculo em que se constitue qualquer das partes nos contratos bilaterais, o direito que se reconheça a uma delas de recusar o pagamento emquanto a outra não efectue a sua prestação, não basta para que se resolva o problema das obrigações sinalagmáticas. Pela *exceptio non adimpleti contractus* paraliza-se apenas o direito da parte que pretenda proceder contra a outra, emquanto não cumprir por seu lado a prestação a que ficou adstrita. Necessário é, pois, determinar, para o caso em que uma das partes não cumpra voluntàriamente o contrato e a outra o queira cumprir, os direitos desta

No art. 709 ° declara-se que, se o contrato fôr bilateral, e algum dos contraentes deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro contraente ter-se igualmente por desobrigado O não cumprimento por parte dum dos devedores parece que determina, nos termos dêste artigo, a dissolução do vínculo obrigatório Das palavras «*igualmente* por desobrigado» poderia efectivamente depreender-se que é legítima a situação em que se coloca o devedor que não cumpre, desligando-se por essa forma do cumprimento da obrigação.

Se fôsse verdadeira esta doutrina, relacionar-se-iam no nosso código as obrigações sinalagmáticas de forma que não só uma seria a causa da outra, mas ficaria completamente dependente da vontade dos devedores o vínculo obrigatório, sendo suficiente que um deles deixasse de cumprir, para que êsse vínculo se considerasse dissolvido.

Esta doutrina não é verdadeira. O devedor que deixa de cumprir não fica por êsse facto desobrigado; o que está disposto a cumprir é que pode considerar-se desobrigado, pelo facto do não cumprimento por parte dele Quando êste se considere desobrigado, e não queira proceder contra o outro, é que ficará igualmente desobrigado o que tenha deixado de cumprir O não cumprimento por parte de um dos devedores não é, pois, um facto que determine de per si a dissolução

do vínculo obrigatório. Determina essa dissolução, quando um dos devedores deixe de cumprir e o outro se considere por êsse motivo desobrigado. Se êste não se considerar desobrigado, o que tenha deixado de cumprir continua adstrito ao vínculo obrigatório

É assim que no art 709 °, reconhecendo-se a um dos devedores o direito de se considerar desobrigado pelo facto de o outro deixar de cumprir, se lhe dá também o direito, ou de exigir que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquilo a que se obrigou, ou a indemnizá-lo de perdas e danos.

Um dos devedores pode deixar de cumprir tendo o outro já efectuado a prestação, ou estando apenas disposto a efectuá-la, logo que o outro cumpra No artigo citado não se faz distinção, podendo assim julgar-se que compreende os dois casos. A verdade, porém, é que nesse artigo se regula sòmente a hipótese de nenhum dos devedores haver ainda cumprido a obrigação, e só um deles estar disposto a cumpri-la

Uma das partes só pode considerar-se desobrigada, pelo facto de a outra deixar de cumprir a obrigação que sôbre ela impende, quando ela também ainda não tenha cumprido. Se já efectuou a prestação, ficou desobrigada pelo cumprimento e não pelo facto de a outra deixar de cumprir.

Confrontando-se o art 709 ° com o art. 676 ° e § 1 ° mais se evidencia a doutrina que acabamos de expor

Neste artigo previnem-se duas hipóteses *a*) de um dos contratantes haver satisfeito aquilo a que se obrigou, *b*) de nenhum dos pactuantes haver cumprido o contrato, e só um deles se prestar a cumpri lo No primeiro caso, o devedor que cumpriu tem não só o direito de exigir o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização, mas também a pena convencional estipulada, no segundo caso, o devedor que está disposto a cumprir pode exigir do outro ou só a execução do contrato, ou só a pena convencional; mas nunca uma e outra cousa simultâneamente.

O art 676 ° aplica-se, como se vê do seu conteúdo, às obrigações sinalagmaticas, havendo-se estipulado uma pena

para o caso do não cumprimento do contrato, a qual representa a indemnização de perdas e danos fixada prèviamente por acôrdo entre as partes

A cláusula penal só quanto a esta determinação produz efeito, ficando as partes contratantes, quanto aos outros efeitos que derivam do contrato bilateral, na mesma situação que se a não houvessem estipulado.

Vê-se assim que, dado um contrato bilateral, se uma das partes houver cumprido, tem o direito de exigir da outra não só o que houver prestado e, quando não seja possível a restituição específica, o valor correspondente à prestação efectuada, mas ainda a indemnização de perdas e danos.

No art. 709 ° não se prevê esta hipótese, sôbre a qual teremos de falar mais desenvolvidamente.

A hipótese regulada neste artigo é a de nenhuma das partes haver cumprido o contrato e só uma delas estar disposta a cumprir.

Dada esta situação e a equivalência das duas prestações, a parte que está disposta a cumprir poderá proceder judicialmente contra a outra compelindo-a à execução do contrato, sempre que esta seja possível, desde que se comprometa a efectuar simultâneamente a prestação a que pelo contrato ficou adstrita Assim, realizada a venda duma cousa mobiliária e quer o comprador tenha adquirido a propriedade da cousa no momento em que se efectuou o contrato, quer não, pode compelir judicialmente o devedor à entrega, desde que se comprometa a pagar o preço fixado no momento da mesma entrega Para que o pedido se considere procedente, entendemos que não é necessário que o autor prèviamente consigne em depósito o preço, basta que proponha a execução simultânea, sendo que, nestas condições, o devedor só pode ser condenado a executar a obrigação, recebendo o preço. Tratando-se da prestação dum facto, pode pedir-se que o devedor seja condenado a prestá-lo, e, quando êste seja fungível, que o credor seja autorizado a fazê-lo prestar por outrem

Pedindo-se o cumprimento da obrigação, não pode o deve-

dor cumular com êsse pedido o de indemnização de perdas e danos. Êste pedido só pode ser feito alternativamente, isto é, para o caso em que o devedor não cumpra. Sendo as obrigações equivalentes e devendo ser cumpridas simultâneamente, nem pela mora pode haver, quando o credor, que também é devedor, peça o cumprimento da obrigação, indemnização de perdas e danos

Quando haja prazo fixado e um dos devedores não cumpra, pode o outro pedir a indemnização de perdas e danos, não tendo de exigir em alternativa que êle seja compelido ao cumprimento Quando não haja prazo fixado, pode o devedor, que esteja disposto a cumprir, interpelar ou notificar o outro para que cumpra, legitimando-se assim para a acção de indemnização de perdas e danos, independentemente do pedido para que cumpra a obrigação

Entendemos que, deixando um dos devedores de cumprir dentro do prazo que para êle tenha sido fixado, o outro se pode considerar desobrigado pelo facto da mora. Quando não haja prazo, só pode considerar-se desobrigado um dos devedores desde que notifique ou interpele o outro para que cumpra a obrigação, e êste a não cumpra.

Estando desobrigado, pode pedir a indemnização das perdas e danos resultantes de o outro devedor não haver cumprido

É o que se conclue do disposto no art 676 ° §§ 1 ° e 2.° e da redacção do art. 709 °.

Pelo art. 676.° § 1 ° o pactuante que não tenha cumprido, mas que se preste a cumprir, pode pedir ou a execução do contrato (1), ou a pena convencional, não pode pedir uma

(1) No citado § diz-se *ou só a execução do contrato ou a correspondente indemnização* Estas palavras *ou a correspondente indemnização,* que no corpo do artigo significam sem duvida alguma o valor pecuniario da prestação, quando se não dê a restituição especifica, não têm no § sentido algum A parte pede o cumprimento do contrato, e, pedindo êsse cumprimento, êste tem de ser feito em forma especifica, não pode a prestação a que a parte esta adstrita substituir-se a *correspondente indemnização* Estas palavras so poderiam significar, pois, a indemnização de perdas e danos, mas, alem de que não e esta a formula por que se exprime esta

cousa e outra simultâneamente, e do § 2 ° vê-se que o direito de exigir a pena convencional vem da simples mora na execução do contrato Sendo assim, dada a mora, pode o pactuante que estava disposto a cumprir exigir só a pena convencional, que, como já notámos, é a indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento do contrato. Não é necessário, pois, dada a mora, que o pactuante que estava disposto a cumprir peça o cumprimento da obrigação, e, para o caso em que não seja cumprida, a pena convencional Pode pedir esta pena, considerando-se êle desobrigado por o outro devedor haver deixado de cumprir.

O art 709 ° estabelecendo para o credor um direito alternativo — exigir que o remisso seja judicialmente compelido a cumprir aquilo a que se obrigou, ou a indemnizá-lo de perdas e danos, mostra-nos também que se pode pedir esta indemnização, independentemente do pedido de cumprimento da obrigação. Necessário é, porém, que o devedor que deixa de cumprir seja *remisso*, como no artigo se declara, e só assim pode considerar se, quando não cumpra a obrigação dentro do prazo que tenha sido assinado.

indemnização, a palavra *correspondente* não teria sentido A indemnização de perdas e danos não corresponde a execução do contrato, mas aos lucros cessantes e danos emergentes que resultaram da inexecução do contrato Acresce que, na hipotese prevista no art 676 ° § 1 °, a indemnizacão por estes danos esta previamente estipulada pelas partes. Tendo de pedir-se, pois, em alternativa, esta indemnização, o que deve pedir-se e a pena estipulada no contrato

A redacção dêste § não corresponde, pois, a doutrina nele sancionada, considerando nos uma excrescência as palavras *ou a correspondente indemnização* Supomos que a excrescência notada, pois assim a consideramos, deriva de haver sido modificado pela Comissão revisora o art. 769.° do Projecto primitivo, distinguindo-se entre a hipotese de uma das partes haver cumprido e a de so estar disposta a cumprir, e de se haver redigido o corpo do artigo e o § 1 ° do mesmo modo, com a diferença de no primeiro caso se poder pedir a pena convencional juntamente com a restituição do que se haja prestado, e no segundo so a execução do contrato, ou so a pena convencional, sem se atender a que não e o mesmo repetir o que se haja pago ou exigir o cumprimento do contrato. Vejam-se as *Actas da Comissão revisora*, pag 86

Se o devedor que está disposto a cumprir não pedisse o cumprimento da obrigação em que o outro pelo contrato bilateral se constituiu, mas a indemnização pela inexecução, sem que alegasse e provasse a mora, êste poderia contestar o pedido de indemnização de perdas e danos, alegando que estava disposto a cumprir

Pedindo-se judicialmente a execução do contrato ao devedor que deixou de cumprir, e comprometendo-se o autor a cumprir ao mesmo tempo a sua obrigação, não pode o devedor remisso alegar a *exceptio non adimpleti contractus*, visto que o direito do autor à prestação ficará dependente da execução da obrigação que êle assumiu pelo contrato. Não fazendo o autor a proposta de pagamento, não declarando que está, pelo seu lado, disposto a cumprir, o outro opor-lhe-ia a excepção de que êle não havia cumprido e não poderia ser condenado

No código civil francês declara-se (art 1184 °) que nos contratos sinalagmáticos se subentende sempre a condição resolutiva para o caso de uma das partes contratantes não cumprir aquilo a que se obrigou, não se rescindindo neste caso o contrato de pleno direito. A parte para com a qual o contrato não foi executado pode ou obrigar a outra parte à execução da convenção, quando é possível, ou pedir a indemnização de perdas e danos A rescisão deve ser pedida judicialmente e pode ser concedido ao réu um prazo segundo as circunstâncias.

No nosso código não se exige, em princípio, para que o contrato se considere dissolvido e desobrigado o devedor que está disposto a cumprir, que haja decisão judicial Nos termos do art. 709 °, desde que uma das partes seja remissa, a outra pode considerar-se desobrigada, poderá compelir a outra judicialmente à execução, ou à indemnização de perdas e danos, quando não peça a execução, para a qual não pode ser concedido prazo pelo juiz

O direito que tinha o credor à prestação resolve-se na alternativa de pedir o cumprimento do contrato ou a indemnização de perdas e danos, quando o devedor se tornar

remisso. Desde que se alegue êste facto, o devedor só poderá contestar o direito à indemnização de perdas e danos, provando que não havia decorrido o prazo assinado para o cumprimento da obrigação, ou que fôra inibido dêsse cumprimento por caso fortuito ou de fôrça maior.

O sistema sancionado no nosso código civil garante mais eficazmente os direitos do credor, mas só o consideramos aceitável no caso em que a prestação só tenha utilidade para êle sendo efectuada no tempo fixado.

Segundo o código civil alemão (art 326 °), quando num contrato sinalagmático uma das partes se acha em mora com relação à prestação que lhe incumbe, a outra parte pode assinar-lhe, para efectuar a prestação, um prazo conveniente, com a declaração de que recusa a aceitação da prestação após a expiração dêsse prazo Decorrido o prazo, tem ela o direito, se a prestação não foi realizada em tempo útil, de exigir indemnização de perdas e danos por inexecução ou de rescindir o contrato, a pretensão à execução é excluida Se até que o prazo expire, a prestação não é senão parcialmente inexecutada, a outra parte pode exigir a reparação por inexecução ou a rescisão do contrato Se, em razão da mora, a execução do contrato não apresenta interêsse algum para a outra parte, o direito de exigir a reparação por inexecução ou de rescisão do contrato pode ser exercido sem que haja necessidade de assinar prazo

Preceitua-se ainda nesse código (art 361 °) que, tendo-se clausulado num contrato sinalagmático que a prestação duma das partes deveria efectuar-se precisamente em data rigorosamente fixada, ou dentro dos limites dum prazo rigorosamente fixado, admite-se, no caso de dúvida, que, se a prestação não se realiza na data ou no dia fixados, a outra parte deve ser autorizada a efectuar a rescisão

Pode uma das partes não cumprir dentro do prazo fixado por caso fortuito ou de fôrça maior Quando a prestação consiste na entrega de coisa certa e determinada cuja alienação se haja efectuado por fôrça do contrato, pode esta perecer ou deteriorar-se antes da entrega

Na primeira hipótese, ainda que o contrato se rescinda, a outra parte não tem direito a indemnização de perdas e danos, na segunda, fica adstrita à prestação, visto que, tendo-se efectuado pelo contrato a transferência da propriedade, quem suporta o risco é o proprietário

Em qualquer dos casos, aplicam-se às obrigações sinalagmáticas os princípios gerais sôbre indemnização de perdas e danos e sôbre o risco, que já expuzemos quando tratámos do não cumprimento das obrigações

O cumprimento por uma das partes das obrigações a que fique adstrita por contrato bilateral pode ser total ou parcial Tendo o devedor de pagar integralmente (art. 721 °), se numa obrigação sinalagmática apenas tiver sido efectuado por uma das partes o pagamento parcial, pode a outra opor a excepção *non rite adimpleti contractus*, compelindo-a assim ao cumprimento integral Pode exigir tambem judicialmente êste cumprimento, ou a indemnização de perdas e danos, devendo ter-se em conta, quanto a esta indemnização, o cumprimento parcial da obrigação (art 675 °)

Tendo sido efectuado o pagamento integral por uma das partes, fica existindo, quanto à outra parte e pelo que respeita à execução, uma obrigação unilateral. A causa desta obrigação era, porém, a prestação já efectuada, cumprindo-nos assim determinar os efeitos que, em relação ao contrato bilateral, derivam do seu não cumprimento

Poderá a parte que cumpriu pedir, quando a outra não cumpra, a rescisão do contrato, com indemnização de perdas e danos, ou terá de compelí-la judicialmente ao cumprimento específico da obrigação? Terá, neste caso e quando a obrigação seja cumprida, direito a indemnização de perdas e danos pela mora?

No art 676 ° preceitua-se que o pactuante, que cumpriu aquilo a que se obrigou, pode exigir do que não houver satisfeito, não só o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização, mas também a pena convencional estipulada Vê-se desta disposição, que a parte que cumpriu pode considerar rescindido o contrato pelo facto de a outra parte

não haver cumprido, repetindo o que haja pago e pedindo a indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento.

A parte tem êste direito, quando não queira compelir judicialmente a outra ao cumprimento da prestação a que ficou adstrita, embora êste cumprimento seja possível

Se a quiser compelir a êsse cumprimento, poderá exigir não só a prestação constante do contrato, mas a indemnização de perdas e danos pela mora Aplicam-se neste caso os princípios gerais

O direito de rescisão do contrato é reconhecido em princípio pelo art. 676.° à parte que cumpriu uma obrigação sinalagmática. Casos há em que ela não tem esse direito, não podendo consequentemente repetir o que haja pago. E' o que sucede no contrato de compra e venda em que, se esta fôr feita com espera do preço, poderá o vendedor exigí-lo com os interêsses da mora, se não fôr pago no prazo convencionado, mas não poderá pedir a rescisão do contrato (art. 1573.°). Havendo prazo para o pagamento do preço e não o havendo para a entrega da cousa, é óbvio que o vendedor não pode alegar a *exceptio non adimpleti contractus* para não cumprir por sua parte Quando se dê, porém, a falência do comprador antes da entrega da cousa, como o crédito do vendedor se considera vencido (art. 741 °), pode êste recusar-se à entrega da cousa se não fôr pago o preço, ou não se prestar caução (cód. com., art 468.°) Neste caso, se o vendedor entrega a cousa sem que seja pago ou garantido o pagamento do preço, e no caso de, não havendo espera do preço, o vendedor haver entregado a cousa, êste não pode rescindir o contrato, tendo apenas o direito de exigir o preço com indemnização de perdas e danos (art 1585.°) Se o contrato fôsse rescindido, haveria o direito de reivindicação da cousa vendida, a acção do vendedor seria real, podendo exercer aquele direito contra qualquer adquirente da cousa, do que poderiam resultar gravíssimos prejuízos para terceiros. Assim se explica a disposição exarada neste artigo do código civil, em que se seguiu a doutrina já sancionada no alvará de 4 de setembro de 1810

Em relação a contratos bilaterais que tenham por objecto a transferência do direito de propriedade, deve distinguir-se, pois, cuidadosamente, o caso do não cumprimento por parte de quem adquire aquele direito, do caso de nulidade ou inexistência do contrato, visto que os efeitos são muito diversos. No caso de nulidade do contrato há o direito de reivindicação (art 697.°); no caso de não cumprimento, não existe êste direito, desde que se haja efectuado a entrega da cousa, não podendo assim repetir-se o que se haja pago (1).

Quanto aos direitos do comprador no caso de não cumprimento por parte do vendedor, preceitua-se (art 1572.°) que, se o vendedor deixar de fazer a entrega por causa que lhe seja imputável, ao tempo e no lugar convencionado, poderá o comprador requerer a entrega da cousa com perdas e danos, ou a rescisão do contrato

Combinando-se êste artigo com os artt. 709.° e 1574.°, parece que o comprador não pode, se o pagamento do preço se dever efectuar ao mesmo tempo que a entrega da cousa, pedir esta e a indemnização de perdas e danos pela mora. Nos termos do art 1574.°, o devedor não é obrigado a entregar a cousa sem que o preço lhe seja pago, salva convenção em contrário, e, se entrar em dúvida qual se fará primeiro, se a entrega da cousa vendida, se o pagamento do preço, tanto aquela como êste serão postos em depósito na mão de terceiro (art 1583.° § 2.°) Embora, pois, o vendedor se ache constituido em mora, como não é obrigado a entregar a cousa sem que lhe seja pago o preço, não pode o comprador, emquanto não tenha pago ou depositado o preço, cumprindo o contrato, exigir a indemnização de perdas e danos. O art. 1572.° deve referir-se, pois, ao caso de o comprador, tendo recebido o preço, não haver feito a entrega da cousa no tempo devido, ou ao de haver feito a venda com espera

(1) No ac da Relação do Pôrto de 25 de maio de 1897, confirmado por ac do S T de Justiça de 3 de maio de 1898, na *Revista de legislação e de jurisprudência,* vol 30.°, pagg 313, 329 e 359, e vol. 31.°, pag 28, aplicaram-se os artt 676.° e 709.° numa hipotese em que se julgou nulo um contrato por não haver sido autorizado pela assembiea geral duma companhia.

do preço e não ter entregado a cousa no prazo fixado. Em qualquer dos casos o comprador tem direito, quando queira compelir o vendedor ao cumprimento do contrato, a exigir indemnização de perdas e danos pela mora. Quando peça a rescisão do contrato, tem, no primeiro caso, o direito de exigir a restituição do preço, com indemnização de perdas e danos; no segundo caso, a indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento do contrato (1).

A situação jurídica do comprador fica sendo assim a mesma que a do vendedor, salvo, quanto a êste, o não poder exigir a rescisão do contrato desde que tenha feito entrega da cousa.

196. *Contratos unilaterais e gratuitos.* Nos contratos unilaterais, em que só uma das partes fica obrigada para com a outra, a rescisão por motivo de inexecução só se dá quando esta não cumpra. É assim que o contrato de usura poderá ser distratado se, tendo de se efectuar o pagamento do capital em prestações, não se pagar uma delas no tempo convencionado (art 742.°).

Os contratos unilaterais que o sejam por serem naturalmente gratuitos, como o depósito e o mandato, ficarão sendo bilaterais desde que a prestação, que seria gratuita independentemente de convenção, se torne onerosa, estabelecendo-se assim, quanto à sua execução e efeitos, dependência entre

(1) Interpretando o art 1572.°, diz o DR DIAS FERREIRA «O artigo só garante o direito de indemnização quando o comprador requer a entrega da cousa, e não quando pede a rescisão, porque o pedido de rescisão exclue a idea de lucros provenientes do *contrato* Se, porem, o vendedor não é obrigado a indemnização de perdas e danos, como consequência do contrato, nem por isso fica aliviado da responsabilidade pelos prejuizos causados ao comprador a proposito do contrato» *Código civil português anotado,* 2.ª ediç, tômo 3.°, pag. 176

Não se nos afigura verdadeira esta doutrina. O comprador rescinde o contrato pelo facto de o vendedor não haver cumprido. Considera-se desobrigado em virtude do procedimento do vendedor, e pode pedir a indemnização de perdas e danos que para êle resultaram de a obrigação não haver sido cumprida em tempo devido Do não cumprimento da obrigação derivam, pois, para o comprador o direito de rescindir o contrato e o de indemnização de perdas e danos.

as duas obrigações. Não podem considerar-se, porém, bilaterais estes contratos pelo facto de, posteriormente ao contrato e em virtude do cumprimento das obrigações que dele resultam para uma das partes, se criar também uma obrigação para a parte que, pelo contrato, não ficou adstrita a obrigação alguma. É assim que o depósito e o mandato não se tornam, quando sejam gratuitos, contratos bilaterais, pelo facto de o depositário ou o mandatário ficarem sendo credores do depositante ou constituinte, em relação a êste pela execução do mandato e em relação ao depositante por despesas de conservação no objecto do depósito.

Alguns jurisconsultos consideram estes contratos *bilaterais imperfeitos* e assim os denominava o nosso COELHO DA ROCHA (1) Tal doutrina não tem fundamento, nem vantagem alguma. As obrigações que podem formar-se na execução dum contrato unilateral para a parte que por êste não fica adstrita a prestação alguma podem ser, atenta a relação que existe entre elas e o contrato, como efectivamente são, garantidas especialmente É o que sucede nos casos referidos, em que o depositário e o mandatário gozam do direito de retenção Tais obrigações não tornam, porém, o contrato bilateral Por virtude dêste só ficou obrigada uma das partes.

Nos contratos gratuitos em que haja disposição ou alienação de bens e consequentemente diminuição do património de quem por eles se constitue em obrigação, pode haver, quer pela insolvência do disponente, quer por êle ter herdeiros legitimários, quer por outros factos que, se por ventura se dessem ao tempo do contrato, era de presumir que teriam actuado no disponente de modo que êste não o teria realizado, a rescisão, revogação ou redução, em condições muito diversas daquelas em que se podem dissolver os outros contratos

Sob êste ponto de vista, as obrigações assim constituídas ou os efeitos dêsses contratos estão condicionados ou podem vir a ser condicionados por determinadas situações, que

(1) *Instituições*, vol 2 °, § 734.°

nenhuma influência têm de per si sôbre os contratos onerosos.

Nos contratos gratuitos a que nos estamos referindo, entram negócios jurídicos de diversa natureza. Assim, pode dar-se por eles a transferência do direito de propriedade, a transferência dum crédito ou a sua novação, a formação ou extinção dum crédito Todos estes casos, embora só no primeiro haja uma doação pròpriamente dita, se podem compreender sob a designação de *doações*, visto que em todos eles há uma disposição gratuita de bens.

O regime especial estabelecido para estes contratos estudá-lo hemos nas obrigações em especial, a propósito das doações, limitando-nos aqui a notar que de modo algum pode atribuir-se natureza contratual a alguns negócios jurídicos por que se efectua a alienação gratuita de bens.

197. *Doações onerosas.* Nas doações podem estabelecer-se clausulas em virtude das quais o donatário fique adstrito a determinadas obrigações É assim que, doando-se um prédio, pode impor-se ao donatário a obrigação de pagar uma pensão ao doador emquanto êste fôr vivo, ou de pagar as dívidas do doador.

Que relação existe entre as obrigações que por tais contratos se estabelecem? Como devem caracterizar-se estes contratos serão unilaterais ou bilaterais?

Há jurisconsultos que consideram bilaterais as doações em que se impõem obrigações ao beneficiário, não admitindo como elemento essencial dos contratos bilaterais a equivalência das prestações. Fundam-se na noção que de contratos gratuitos e onerosos se dá no art 642 °, dizendo que, se só é gratuito o contrato em que uma parte promete e a outra aceita, não pode deixar de considerar-se oneroso o contrato em que, como nas doações onerosas, uma das partes aceita e promete cumprir um encargo (1).

(1) Nos considerandos duma sentença do douto juiz dr. Francisco Julio de Sousa Pinto, trabalho jurídico de grande valor, lê-se «Direi apenas que a face dessa definição do codigo (a de contratos gratuitos e onerosos)

Consideramos inaceitável teòricamente esta doutrina, e não se nos afigura que esteja sancionada no código civil

Por êste, é bilateral ou oneroso o contrato, quando as partes *transferem mùtuamente alguns direitos e mùtuamente os aceitam*. Nestes contratos há, pois, como elemento essencial, a mútua transferência de direitos. As prestações a que as partes ficam adstritas representam interêsses ou bens que se transferem, por virtude do contrato, de um para outro património. A causa dessas prestações é esta transferência, e, estando as prestações assim relacionadas, consideram-se equivalentes.

Ora não é isto o que se dá nas doações onerosas. Nestas doações não há a transferência recíproca de direitos, nem se pode vêr a causa da doação, e consequentemente da obrigação em que se constitue o doador, nos encargos em que, aceitando a doação, se constitua o donatário. Esses encargos representam apenas restrições à liberalidade do doador, que, sob o ponto de vista económico, reduzem o valor da doação. Nada mais.

A causa nas doações, quer sejam puras quer onerosas, é sempre o espírito de liberalidade Por estes contratos, dá-se sempre no património do doador uma diminuição e no do donatário um aumento. Sucedendo o contrário, não há doação.

É assim que, definindo-se no art. 1454.° § 3.° doação onerosa a que traz consigo certos encargos, se declara (art. 1455.°) que a doação onerosa só pode ser considerada como doação na parte que exceder os encargos. Quer dizer: se os encargos igualarem o valor da doação ou o excederem, não haverá

as doações onerosas se devem considerar contratos bilaterais, não so por o codigo ter irmanado os contratos bilaterais aos onerosos e aquelas doações serem na propria linguagem do codigo consideradas onerosas, mas também nelas não e so uma parte que promete e outra que aceita, visto que se o donatario aceita o encargo que o doador impôs, tambem promete cumprir êsse encargo, e nelas ambas as partes transferem direitos e se sujeitam a obrigações, pois que pela aceitação o donatario deu ao doador o direito de exigir o cumprimento dêsse encargo e se obrigou a cumpri-lo». Veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 44, pag. 349.

No mesmo sentido se pronuncia esta *Revista*, vol 36, pag 91.

doação, visto que bens alguns se transferiram gratuitamente do património do doador para o donatário (art. 1452.°).

O que caracteriza as doações é esta transferência gratuita, e as doações não podem portanto deixar de considerar-se contratos gratuitos, mesmo no caso em que por elas sejam impostos encargos.

A natureza dêstes era bem expressa na linguagem romanística pela expressão — doação *sub modo*. Tais encargos, não destruindo o espírito de liberalidade, limitam ou modificam o benefício.

Os encargos são estabelecidos pelo próprio doador na promessa que faz ao donatário, representam uma cláusula acessória da doação, o donatário, aceitando a promessa, fica adstrito ao cumprimento dos encargos. Estabelece-se assim o acôrdo entre êle e o doador, independentemente de promessa feita pelo donatário e aceita pelo doador.

Sendo isto assim, parece-nos que as doações com encargos não podem considerar-se contratos bilaterais, e que conseguintemente não se pode aplicar a esses contratos o disposto no art. 709.°. Êste artigo pressupõe, como já notámos, que nenhuma das partes contratantes cumpriu o contrato, não reconhecendo a uma delas o direito de exigir da outra êsse cumprimento, sem que cumpra pela sua parte. É isto o que caracteriza as obrigações sinalagmáticas.

Ora nos contratos gratuitos em que haja encargos, devendo normalmente o cumprimento dêstes ser posterior à execução do contrato, segue-se que o beneficiado poderá exigir o cumprimento da obrigação em que se constitue o doador, não podendo êste alegar que o donatário não cumpriu.

Não sendo, porém, cumpridos os encargos impostos ao donatário, que direitos tem o doador (1)? Poderá exigir a

(1) Supomos que os encargos tenham sido estabelecidos em benefício do doador e não de terceiros. Quando tratarmos das estipulações em benefício de terceiros, determinaremos a natureza das obrigações que assim se constituem, diremos quem pode exigir o seu cumprimento e os efeitos que derivam do não cumprimento dessas obrigações.

restituição do que houver prestado, rescindindo-se assim a doação; poderá exigir apenas a restituição da parte correspondente aos encargos, ou nem êste direito terá, podendo apenas exigir coactivamente a satisfação dos encargos?

A nossa jurisprudência não pode considerar-se assente sôbre esta importantíssima matéria, havendo decisões encontradas, o que é devido principalmente às dúvidas sôbre a natureza das doações onerosas.

Vendo-se nestas doações um contrato bilateral, tem-se aplicado em algumas decisões judiciais o disposto no art 1585.º, julgando-se que o doador não pode rescindir o contrato, reavendo os bens doados, por falta de cumprimento dos encargos impostos ao donatário.

Efectivamente, sendo assim caracterizada a doação onerosa, a irrescindibilidade poderia considerar-se, depois da entrega da cousa, uma consequência da transferência do direito de propriedade para o donatário, visto que, não sendo resolúvel êste direito quando o seu título de adquisição seja um contrato de venda e o comprador não pague, depois da entrega, o preço, que é a causa dessa adquisição, parece que também não deve considerar-se resolúvel êsse direito como consequência do não cumprimento dos encargos impostos na doação.

No art 2171.º declara-se propriedade resolúvel a que, conforme o título da sua adquisição, está sujeita a ser revogada, independentemente da vontade do proprietário O contrato de venda não está sujeito a rescisão pelo não pagamento do preço depois da entrega, e, sendo êste contrato o tipo dos contratos onerosos por que se transfere o direito de propriedade, tendo-se por fim, ao declarar o contrato de venda irrescindível depois da entrega da cousa por falta de pagamento do preço, evitar as consequências que para terceiros derivariam da rescisão, porquanto, rescindido o título de transmissão, o vendedor poderia reivindicar os bens, e devendo ter as mesmas consequências a rescisão da doação onerosa, quando nela se veja um contrato bilateral, porque essa rescisão equivaleria a declarar sem efeito o título por que se haviam transferido os bens, segue-se que à doação onerosa

se deveriam aplicar as mesmas normas que ao contrato de venda. Para que a propriedade assim transmitida se pudesse considerar resolúvel pelo não cumprimento dos encargos, era necessário que a lei expressamente o declarasse, e não há no código disposição alguma em que se determine essa rescisão (1).

A verdade, porém, é que, como julgamos ter demonstrado, as doações onerosas não podem considerar-se contratos bilaterais Os encargos impostos pelo doador ao donatário não correspondem ao preço, tais encargos não são a causa jurídica da transferência da propriedade, não podendo sequer considerar-se a causa impulsiva da doação.

Assente esta doutrina, e havendo causas especiais para a revogação das doações, entendemos que não podem aplicar-se a estas as disposições relativas aos contratos onerosos por que se transfere o direito de propriedade.

Outros juízes e jurisconsultos, vendo também nas doações onerosas contratos bilaterais, consideram-nas rescindíveis, aplicando os artt. 1482.º, 709.º e 676.º. Entendem que o disposto no art 1585.º é aplicável sòmente ao contrato de compra e venda, para o qual representa, em confronto com o que se estatue nos artt. 676.º e 709.º, uma disposição excepcional. Os encargos da doação onerosa não são o preço dos bens cuja propriedade pela doação se transfere, e, sendo estes encargos uma obrigação do donatário, o não cumprimento por parte dêste faculta ao doador a rescisão do contrato em harmonia com estas disposições, aplicáveis às doações onerosas por fôrça do disposto no art. 1482.º (2).

(1) Vejam-se os acs. do S. T Justiça de 5 de maio de 1908 e de 29 de julho de 1910, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 22.º, pag. 246 e na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 43.º, pag 159.

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 36.º, pagina 91 e vol 43.º, pag 75, o *Direito*, vol. 15.º, pag. 309, a *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 22.º, pagg. 247 e 665, o Dr Abranches Ferrão, *Das doações segundo o codigo civil português*, tômo 1.º, pagg 305 e segg e os acs da Relação de Lisboa de 27 de junho de 1897 e do S T de J de 3 de julho de 1898, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 10.º, pag. 441 e vol. 11.º pag 769

Não concordamos com esta doutrina, considerando apenas revogáveis as doações onerosas na parte correspondente aos encargos, quando estes não sejam cumpridos

Desde que o doador haja cumprido, não pode aplicar-se às doações onerosas o disposto no art 709.°, que apenas determina, como já vimos, os efeitos dos contratos bilaterais, quando nenhuma das partes haja cumprido O art 676.° é que autoriza o pactuante que haja satisfeito aquilo a que se obrigou a exigir do que não houver satisfeito o que por sua parte prestou. Êste artigo, que sem dúvida se aplica aos contratos bilaterais, pois pressupõe que ambas as partes ficam adstritas a prestações, não se declara aplicável sòmente a estes contratos, podendo considerar-se abrangidos também na sua disposição os contratos gratuitos, sempre que a liberalidade seja exercida com restrições, resultando deles obrigações para o beneficiário

Quando se atribua, porém, à doação onerosa carácter bilateral, a disposição expressa do art. 1455.° combinada com o art. 709 °, se êste fôsse aplicável aos contratos bilaterais em que uma das partes houvesse cumprido, justificaria a rescisão da doação na parte correspondente aos encargos, mas não na parte em que ela representa uma liberalidade Em relação a esta parte, o doador nenhum direito tinha como credor e não podia alegar portanto falta de cumprimento por parte do donatário

Afirma-se, porém, que a doação representa um acto único, e que, quando ao doador se reconheça o direito de rescindir a doação pelo facto de o donatário não cumprir os encargos, a consequência será a rescisão do contrato, ficando sem efeito a doação. Necessário seria, pois, para que a doação apenas pudesse ser rescindida na parte correspondente aos encargos, que a lei o declarasse

Será assim?

Sendo irrevogáveis as doações depois de aceitas (art. 1456.°), para que o doador possa revogar a doação exigindo do donatário a restituição dos bens, é necessário que a lei expressamente faculte essa revogação Ora o código declara

(art. 1482.°) que as doações consumadas só podem ser revogadas, além dos casos em que o pode ser qualquer contrato, pelos factos nele enumerados, e no art. 676 ° faculta-se ao pactuante que satisfez aquilo a que se obrigou exigir do que não houver satisfeito o que por sua parte prestou. Em face destas disposições é que se podem considerar rescindíveis as doações, pelo facto de o donatário não haver satisfeito os encargos que no contrato de doação lhe foram impostos.

Mas nas doações onerosas a parte que corresponde aos encargos está sujeita a um regime diverso da parte que excede o valor dêsses encargos. E' o que evidentemente resulta do disposto no art. 1455 °. Na aplicação das normas gerais relativas à rescisão dos contratos, necessário é, pois, ter sempre em vista a natureza especial das doações onerosas pelo que respeita à parte que excede os encargos. E' a esta parte que se aplicam as normas relativas à revogação e à redução, porque só nessa parte é que as doações onerosas se consideram doações

Posta assim a questão, vê-se que, na rescisão duma doação onerosa pela inexecução dos encargos, a aplicação das normas relativas aos contratos bilaterais não explica o direito que o doador fica tendo de exigir a parte da doação que excede os encargos. E tanto isto é verdade, que os jurisconsultos que defendem esta doutrina recorrem à teoria da pressuposição.

Entende-se que, embora os encargos não sejam a causa da doação, o doador não haveria feito a doação, se a êsse tempo soubesse que o donatário não satisfaria os encargos.

Aplicar neste caso a teoria da pressuposição significa o mesmo que reconhecer que a doação onerosa não é um contrato bilateral, mas unilateral, visto que, se fôsse bilateral, a inexecução dele por parte do donatário seria a causa da rescisão e não apenas um facto que facultava ao doador a revogação da doação E os efeitos que da rescisão da doação derivariam num e noutro caso seriam diversos.

Se o contrato fôsse bilateral, se a causa da transferência dos bens para o donatário fôsse a prestação a que êste ficou adstrito, a rescisão do contrato, facultada pela lei como con-

sequência do não cumprimento da prestação, significaria que a propriedade dêsses bens era resolúvel por virtude do próprio contrato, e êste não produziria efeitos, devendo considerar-se nulas quaisquer transferências dêsses bens posteriormente à doação e os encargos com que esses bens houvessem sido onerados Sucederia o mesmo com a rescisão pelo não cumprimento dos encargos, que com a rescisão por virtude de qualquer condição resolutiva ou cláusula de reversão. Se o contrato é unilateral, a rescisão da doação pode considerar-se como derivando dum facto superveniente em virtude do qual o doador pode revogar a sua liberalidade, não tendo esta revogação efeito senão desde o momento em que o doador propõe a acção revogatória, e considerando se portanto subsistentes as alienações dos bens doados e quaisquer encargos com que esses bens hajam sido onerados.

E' assim que, admitindo-se no nosso código a revogação das doações por determinados factos (art. 1482 °), os efeitos da rescisão não abrangem os actos de alienação dos bens doados e os encargos nestes impostos (artt. 1484 °, 1489 ° e 1491 °).

Na Ord., liv. 4 °, tít. 63 °, § 5.°, expressamente se atribuia ao doador o direito de revogar a doação «quando o donatário prometeu ao doador, por lhe fazer a doação, dar-lhe ou cumprir-lhe alguma cousa, e o não fez, nem cumpriu, como prometeu» Era esta a quinta causa de revogação das doações por ingratidão, considerando-se assim essa revogação não como um efeito directo e imediato da inexecução dos encargos impostos ao donatário, mas da vontade do doador, sendo apenas condicionada por essa inexecução a revogação da doação (1).

O direito facultado no art 676 °, quando êste se considerasse aplicável às doações onerosas, compreendendo a parte

(1) COELHO DA ROCHA, influenciado talvez pelo art 943 ° do codigo civil francês, atribuiu efeitos diversos a revogação das doações por ingratidão e por inexecução das condições impostas ao donatario, quando a Ordenação expressamente declarava que esta era uma causa de revogação por ingratidão. Vejam-se as *Instituições*, §§ 759 ° e 760 °.

que excede os encargos, não deveria considerar-se portanto como uma consequência da inexecução do contrato, esta inexecução seria uma *condictio* em virtude da qual o doador poderia revogar a doação

Considerada assim a revogação das doações onerosas pelo não cumprimento dos encargos, a rescisão do contrato não teria como consequência o restabelecimento do estado anterior à doação. Evitar-se-iam assim as consequências que para terceiros resultariam da revogação das doações

Sera, porém, admissível a doutrina exposta?

A teoria da pressuposição, explicando algumas disposições da lei, não está sancionada no nosso código civil, não podendo recorrer-se a ela para declarar revogável a doação na parte que excede os encargos impostos ao donatário Nessa parte não pode dar-se, desde que os encargos não representem uma condição e nem sequer sejam a causa impulsiva da vontade, a rescisão do contrato por inexecução Trata-se duma revogação da doação, e não há nenhuma disposição do código civil que a faculte, não podendo atribuir-se tal alcance ao art 676 °. Êste, dando direito à parte que cumpriu de exigir o que por sua parte houver satisfeito, não invalida o disposto no art 1456 °, que declara a doação irrevogável, exceptuando os casos declarados na lei. Á doação, e só o é a parte que excede os encargos, não corresponde prestação alguma por parte do donatário

Sendo assim, parece que podemos concluir que o doador poderá pedir a restituïção do que houver dado, quando o donatário não cumpra, no valor correspondente aos encargos. Nessa parte não se trata duma doação, atentos os encargos com que esta foi feita, e, se o doador não pudesse exigir a restituição dentro da medida dêsses encargos, o donatário locupletar-se-ia sem causa a expensas dele

Escusado será notar que o doador terá o direito de fazer rescindir a doação, compreendendo nessa rescisão a parte relativa aos encargos, se estes não representarem apenas um modo, mas se deverem considerar-se como uma condição, e assim deverão considerar-se sempre que do contrato de doa-

ção resulte que o doador tornou a eficácia da doação dependente do cumprimento por parte do donatário das obrigações a êste impostas (1).

198 *Garantia da evicção.* Entre os efeitos naturais de determinadas categorias de contratos, devemos referir-nos em primeiro lugar à garantia dos contratos que tenham por conteúdo a transferência dum direito, de que o adquirente venha a ser privado no todo ou em parte. Trata o nosso código civil desta garantia na parte 2 ª, livro 2 °, título 1.°, que tem por objecto os contratos e obrigações em geral, capítulo 12 °, sob a epígrafe *Da evicção.*

Nos contratos cujo conteúdo é a transferência dum direito real ou dum direito de crédito, quem não é proprietário ou titular do direito, ou não o é nas condições em que prometeu transmiti-lo, assume, por fôrça do contrato, se êste é oneroso, a obrigação de indemnizar o adquirente, quando o contrato se não torne efectivo. Esta indemnização, quando o adquirente haja entrado efectivamente na posse da cousa transferida, é uma obrigação do transmitente que, representando um efeito directo do contrato, se chama *garantia da evicção.*

Esta garantia pressupõe: 1) que houve a transferência dum direito e que essa transferência se tornou efectiva, entrando o adquirente na posse da cousa; 2) que o adquirente é privado

(1) A jurisprudência francesa, fundando-se no art 953.° do cod civ., em que se preceitua que a doação entre vivos podera ser revogada por causa de inexecução das condições com que tiver sido feita, considera a palavra *condições* como sinonima de *encargos*, e revogaveis consequentemente todas as doações desde que o donatario os não cumpra No nosso codigo civil não ha nenhuma disposição que corresponda ao artigo citado, recorrendo alguns dos nossos jurisconsultos não a êste artigo, mas ao art. 1184 °, em que vêm a fonte do art 709 ° do nosso codigo, para sustentar que as doações onerosas podem ser rescindidas no caso de inexecução por parte do donatario.

Cumpre-nos notar que no codigo civil francês não ha nenhum artigo que corresponda ao art. 1455.° do nosso codigo civil, e que os jurisconsultos franceses consideram as doações onerosas contratos bilaterais

dessa cousa totalmente ou parcialmente em virtude de vício no direito do transmitente.

Emquanto se não haja efectuado a entrega da cousa, pode aquele para quem por fôrça do contrato se devia dar a transferência, nos casos em que esta não se torna efectiva por vício no direito do transmitente, proceder contra êste exigindo não só a restituição do que haja pago, mas indemnização de perdas e danos, fundando-se, para esta e conforme os casos, na inexecução do contrato ou na sua nulidade, quando, em relação a esta, haja má fé. Quando se haja realizado a entrega e não tenha ainda sido pago o preço pelo adquirente a quem foi concedida espera, pode êste, se fôr perturbado no seu direito e posse, ou se tiver justo receio de o ser, de modo que tenha, ou venha a ter, direito de demandar o devedor pela evicção, depositar judicialmente o preço, emquanto o vendedor não fizer cessar a turbação, ou lhe não der caução, se outra cousa não tiver sido estipulada (artigo 1584 °). A prestação da evicção, de que o depósito judicial do preço representa uma garantia, só pode ter lugar quando o adquirente da cousa dela seja privado por terceiro que a ela tinha direito (art. 1046.°) (1).

O facto por que o adquirente é privado da cousa é ordinàriamente uma sentença judicial que o condena a restituir a cousa, a reconhecer um direito sôbre ela, ou em que se declara que a esta não está inerente um determinado direito constante do título da transmissão; outros factos há, porém, que determinam para o alheador a obrigação de prestar a evicção, por produzirem o mesmo efeito que a sentença, isto é, o abandono total ou parcial da cousa, ou a sua manutenção mas por título diverso.

A palavra *evicção*, do latim *e-vincere, e-victus*, significava entre os romanos o facto de uma parte decair judicialmente. E no moderno direito a *evicção*, em sentido próprio, significa ainda a perda duma cousa em consequência de sentença judicial, sendo assim privado dessa cousa, por um terceiro que a

(1) Veja-se o DR. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial português*, tômo 2 °, pagg. 235 e 236.

ela tinha direito, quem a havia adquirido. São, porém, equiparados à evicção pròpriamente dita os seguintes factos (art. 1052 °)· *a*) O caso em que, parecendo indubitável o direito do evictor, o adquirente abandonou a cousa com conhecimento e aquiescência do alheador; *b*) o caso em que o adquirente conserve a cousa não pelo título por que a havia adquirido, mas por suceder nos direitos que a ela tinha um terceiro; *c*) o caso em que, sendo movida execução hipotecária contra o adquirente, êste pague aos credores o crédito hipotecário registado, que não tinha tomado sôbre si.

Em qualquer dêstes casos há, visto que a pessoa que transferiu a cousa para o adquirente a ela não tinha direito, ou que êste podia ser judicialmente expropriado, o mesmo fundamento para a indemnização a que o adquirente fica com direito no caso de evicção pròpriamente dita.

A garantia da evicção funda-se em obrigações que para o alheador derivam do próprio contrato, a cujo cumprimento o transmitente ficou adstrito, não podendo consequentemente dar-se essa garantia, quando o adquirente seja privado da cousa em virtude de qualquer facto que não seja um vício no direito do transmitente.

Quem transfere uma cousa fica obrigado a garantir ao adquirente a sua posse pacífica, não só contra facto próprio, mas contra facto de terceiro, que se funde no direito que a ela tinha, se o contrato é oneroso Se se trata, por exemplo, dum contrato de compra e venda, o vendedor, que pelo contrato se obrigou a transferir a propriedade, deve assegurar êste direito (art 1581 °), se se trata duma locação, por que o locador se obriga a ceder o uso e fruição, deve assegurar êste uso (artt 1606 ° n.° 4 ° (1) e 1634 °) E assim que

1) O alheador ou transferente deve abster-se de qualquer facto pelo qual prive o adquirente dos direitos que derivam do contrato realizado

Desta obrigação resulta que, se o indivíduo que transferiu

[1 Veja-se o decr n ° 5411, de 17 de abril de 1919, artt 120 ° e 15 °].

a cousa não tinha, no momento em que se realizou o contrato, direito a ela, mas o adquiriu posteriormente, não pode reivindicá-la do adquirente, ou, por outras palavras, não pode intentar a acção de evicção contra éle (art. 1054.°): *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* Assim, se Pedro vendeu uma propriedade que não era sua e posteriormente à venda ficou herdeiro do proprietário, não pode reivindicar essa propriedade do adquirente (1).

2) O alheador ou transferente deve defender o adquirente de qualquer facto de terceiro, pelo qual êste o perturbe na posse da cousa pretendendo tornar efectivos direitos que a ela tinha, e, quando o adquirente dela seja privado, indemnizá-lo dos danos que sofra por causa da evicção (art. 1046.°).

Quando o adquirente seja perturbado na posse da cousa por facto injusto de terceiro, não tem o alheador que o indemnizar dos prejuízos que por êsse motivo sofra, pois que êle apenas é responsavel pelo não cumprimento das obrigações que sôbre êle impendem, e esses prejuízos não resultam dêsse não cumprimento, mas dum facto por que êle não é responsável.

Quando, porém, o facto de terceiro não seja injusto, e, em virtude dele, o adquirente da cousa seja desapossado dela, ou sofra qualquer prejuízo, o alheador tem que o indemnizar.

Vejamos as condições que se exigem para essa indemnização

Dissemos já que a evicção é um elemento natural dos contratos a título oneroso, por que se transfere um direito. E' assim que no art 1046 ° se declara que, se aquele que adqui-

(1) O DR. DIAS FERREIRA diz a êste respeito «Em castigo da ma fe com que alheou, como propria, cousa que era doutrem, não se permite ao alheador, que não era verdadeiro dono ao tempo da alheação e que depois veio a sê-lo, valer-se do direito, que posteriormente adquiriu, para intentar acção de evicção» *Código civil português anotado*, tômo 2 °, 2.ª ediç pag. 288

O fundamento da disposição consignada no artigo 1054.° e outro, e tanto que neste artigo não se faz distinção entre o alheador de boa e ma fe.

riu uma cousa por contrato oneroso foi privado dela por terceiro que a ela tinha direito, o alheador é obrigado a indemnizá-lo. Não é necessário, pois, que o alheador estipule a garantia da evicção, para que tenha de indemnizar o adquirente, nos casos em que esta se verifique.

A-pesar-da disposição geral consignada no art. 1046.°, em várias disposições do código se impõe ao alheador a obrigação de indemnizar o adquirente em caso de evicção. Assim, é imposta essa obrigação ao cedente (art. 794.°), ao vendedor (art. 1581.°) ao locador (artt. 1606 ° n.° 4.°, 1613.° (1) e 1634.°), ao senhorio directo (art 1674.°), ao alheador do usufruto (art. 2219.° § 2.°).

Nos contratos gratuitos só excepcionalmente se dá a obrigação de prestar a evicção, para o transmitente ou alheador. E' assim que no art. 1468.° se declara que o doador não responderá pela evicção da cousa, se a isso se não obrigar expressamente, salva a disposição do art. 1142.°, que respeita ao dote, responsabilizando por êste os pais ou avós da dotada no caso de evicção. No art. 794 ° em que se declara que o cedente é obrigado a assegurar a existência e a legitimidade do crédito, não se faz distinção entre cessão onerosa e gratuita Não podem, porém, deixar de aplicar-se a esta as disposições relativas aos contratos gratuitos porque se efectua a transferência de direitos no tocante à garantia da evicção, já em virtude do que dispõe o art. 1046.°, já por fôrça do que se estatue no art 1468 ° Quando a doação seja onerosa, haverá a garantia da evicção em relação aos encargos que se tenham tornado efectivos para o donatário ou cessionário, em harmonia com o disposto no art 1455.° (2).

Nos casos em que o doador haja procedido com dolo ou má fé, transmitindo o direito a uma cousa que êle sabia que não era sua, a responsabilidade em que êle incorre não se determina pelas normas relativas à prestação da evicção.

Sendo a evicção um elemento natural dos contratos a título

[1 Veja-se o decr n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120 °, 15 ° e 19.°].

(2) Veja-se o DR. ABRANCHES FERRÃO, *Das doações segundo o direito português*, tômo 1.°, pagg. 336 e segg.

oneroso, podem as partes estipular que o alheador não será responsável em caso de evicção (art. 1051 ° n.° 1.°), assim como podem modificar as condições em que, nos termos da lei, isto é, quando as partes nada estipulem a êsse respeito, tem de ser prestada a evicção (art. 1055.°). Não podem, porém, as partes renunciar à responsabilidade que resulte do seu dolo ou má fé (art. 1055.°), pois que, se assim não fôsse, favorecer-se-ia a fraude pelos proveitos que o alheador por meio dela auferiria.

E' assim que, embora os contraentes tenham estipulado a exclusão da garantia em caso de evicção, o alheador ficará responsável por esta, quando ela proceda de facto pessoal dele ou de que tenha conhecimento e haja ocultado Se o alheador, por exemplo, vender uma propriedade, e, posteriormente ao acto da venda, o contrato, por que o alheador adquiriu a propriedade, fôr anulado em virtude de êrro, dolo ou violência, de que êle tinha conhecimento, ou pelo facto de haver vendido anteriormente ou posteriormente a mesma propriedade, o adquirente terá direito a indemnização, como se nada houvera sido estipulado. A responsabilidade do alheador, no caso de que estamos tratando, é a mesma, quer o acto seja anterior, quer posterior (1).

(1) No codigo civil francês preceitua-se (art. 1629.°) que a estipulação de não garantia não permite ao vendedor conservar o preço, quando o comprador seja evicto, libertando-o apenas da responsabilidade por perdas e danos. Exceptuam-se os casos de o comprador conhecer, por ocasião da venda, a causa da evicção, ou de adquirir tomando sobre si o risco. Esta disposição, que havia sido reproduzida no nosso codigo comercial de 1833, art 481 °, funda-se em que, tendo sido pago o preço para a transferência do direito de propriedade, nos casos em que se não adquire êste direito, o vendedor reteria o preço sem causa

Pelo nosso codigo civil, a estipulação de não garantia, sem qualquer clausula restritiva, isenta o vendedor da restituição do preço Neste caso o alheador não responde pela evicção, do mesmo modo que se o adquirente houvesse tomado sôbre si o risco da evicção. Desde que não se considera ilegal a clausula em que o alheador, excluida a ma fe, estipula a não restituição do preço, tratando-se apenas da interpretação duma clausula do contrato, a disposição do nosso codigo pode considerar-se a mais logica.

Além do caso em que se haja estipulado a sua exclusão, a prestação da evicção também não tem lugar (art. 1051 °):

1 ° Se, sendo advertido o adquirente do risco da evicção, o tomou sôbre si.

Em face do nosso código, não basta, pois, para que o alheador não fique responsável pela evicção, que o adquirente seja prevenido do risco da evicção, é necessário que renuncie ao direito de garantia, ou que tome sôbre si o risco. Não se verificando qualquer destas condições, o alheador terá de prestar a evicção.

O facto de o adquirente, sendo prevenido do risco da evicção, o tomar sôbre si, corresponde a contratar por sua conta e risco, caso em que o objecto do contrato não é pròpriamente a cousa a que o contrato respeita, mas os direitos que o alheador porventura a ela tenha. Êste cumpre, portanto, a sua obrigação para com o adquirente, desde que transmita esses direitos, não ficando sujeito à garantia em caso de evicção.

2.º Se, conhecendo o adquirente o direito do evictor, dolosamente o tiver ocultado ao alheador. Não basta, pois, para que o alheador não seja obrigado a prestar a evicção, que o adquirente tenha conhecimento do vício que há no direito do alheador, é necessário que o alheador desconheça êste vício e que o adquirente, com intuito fraudulento, lho tenha ocultado. Esta disposição, tal como foi formulada, não terá aplicação prática

O que se deve ter sempre em vista é se o adquirente, independentemente da advertência do alheador, tinha ou não conhecimento do vício do direito do transmitente, para o efeito da indemnização de perdas e danos, e ainda para o efeito de se considerar subsistente o contrato, sem direito a indemnização, quando se trate de algum direito de servidão sôbre o prédio transferido, ou que se declare pertencer a êste

3 ° Se a evicção proceder de causa posterior ao acto da transferência, não imputável ao alheador, ou de facto do adquirente, quer seja posterior, quer anterior ao mesmo acto.

Considera-se como anterior ao acto da transferência a causa da evicção, quando esta resulta do facto de o alheador, ao tempo do contrato por que transferiu a cousa, não ser titular do direito no todo ou em parte. Não pode, pois, considerar-se como anterior à transferência a prescrição que, ao tempo em que a transferência se efeitua, tenha começado, mas não se haja ainda completado, não tendo neste caso o adquirente direito à evicção. Nos casos, porém, em que ao adquirente seja impossível, em virtude do exíguo espaço de tempo que falta para se completar a prescrição, ou por desta não ter conhecimento, obstar a ela, interrompendo-a, o alheador será responsável pela evicção, que se dará por culpa sua.

Relativamente a actos posteriores à transferência, o alheador só é responsável pela evicção, quando esses actos lhe sejam imputáveis. Assim, se um indivíduo vendeu um prédio e posteriormente vendeu o mesmo prédio a outra pessoa, e o novo adquirente registou a transmissão, o primeiro comprador tem o direito de exigir do alheador que preste a evicção Sucederá o mesmo no caso de venda duma cousa mobiliária, quando contra o segundo comprador seja proposta a acção de reivindicação pelo primeiro comprador, e se considere procedente por se verificar a prioridade da data da venda (art. 1578.º). Se, tendo-se dado a prescrição em favor do transmitente, esta não fôr alegada pelo adquirente, ou se, tendo começado a correr a prescrição anteriormente ao acto da transferência, o adquirente não a interromper, podendo fazê-lo, não poderá imputar-se ao alheador a causa da evicção.

Quando a causa de que resulta a evicção seja anterior à transferência, mas proceda de facto do adquirente, não é o alheador obrigado a prestar a evicção. O acto por que se transfere um direito pode ficar sem efeito em virtude da anulação dum contrato anterior em que tenha intervindo o adquirente por aquele acto, e ser devida a êste a nulidade do contrato Assim, se fôr vendido um prédio e neste contrato houver dolo ou coacção, que seja causa de nulidade, por parte de terceiro contra o vendedor, se o comprador transmitir o prédio, e o novo adquirente o vender ao terceiro

que havia sido autor do dolo ou da coacção, êste, no caso em que o primitivo vendedor, anulado o contrato, reivindique o prédio, não poderá exigir que preste a evicção quem lho transferiu, visto que a causa da nulidade, donde procede a evicção, e que é anterior ao contrato de venda em virtude do qual havia sido transferido o prédio para o adquirente, é um acto praticado por êste (1).

4.° O alheador também não responde pela evicção, se o adquirente o não tiver chamado à autoria. As razões em que se pode basear esta disposição são as seguintes: o alheador pode ter provas de que a propriedade da cousa que transferiu lhe pertence e fazê-las valer contra o evictor, e, quando assim não suceda, reconhecer os direitos do evictor, para evitar as despesas do processo.

No código de processo civil preceitua-se que (art. 322.° §§ 2.° e 3.°), se o citado não comparecer ou não aceitar a autoria, prosseguirá a acção contra o réu primeiramente citado, e êste deverá segui-la em todos os seus termos, e interpor e seguir o recurso de apelação, para ficar com direito de propor contra o chamado à autoria a acção de evicção e de indemnização. Quando o chamado à autoria aceitar a defesa, a acção prosseguirá com êle, e também com o primeiro citado, se êste quiser intervir.

Nos casos em que a evicção não resulte de sentença judicial, não tem o adquirente, como é óbvio, de chamar o alheador à autoria, para que êste fique obrigado a prestar a evicção (art 1052.°) E também não pode o adquirente chamar o alheador à autoria quando seja êle que, para fazer reconhecer um direito transferido pelo contrato, tenha de propor a competente acção contra quem se oponha a que êle torne efectivo êsse direito

O chamamento à autoria tem lugar quando o réu é demandado por uma cousa mobiliária ou imobiliária que possua em próprio nome, e que houve de pessoa que seja responsável pela evicção. O adquirente que seja autor não pode pois chamar o alheador à autoria, e êste será responsável no caso em que, não sendo a acção considerada procedente, se dê a evicção e haja direito a indemnização. Assim, tendo sido vendido um prédio e declarando-se na respectiva escritura que êle tem uma servidão sôbre outro prédio, se o proprietário dêste se opuzer a que o adquirente use dessa servidão, e o adquirente propuzer contra êle uma acção para que reconheça o seu direito e decair nessa acção, o transmitente ficará adstrito à prestação da evicção, podendo o adquirente propor contra êle a respectiva acção.

Pelo art. 1051.° n.° 4.° só perde êste direito o adquirente que não chame o alheador à autoria nos casos em que por lei é admitido êste chamamento, e o chamamento à autoria só tem lugar quando é proposta a acção contra o adquirente (1)

Entendemos também que, se a acção contra o adquirente fôr proposta por quem, tendo direito a reivindicar a cousa transferida, seja ao mesmo tempo obrigado a prestar a evicção, não tem lugar o chamamento à autoria. Assim, se, tendo sido vendido pelo pai um prédio pertencente a um filho, êste propuzer contra o adquirente a acção de reivindicação, não poderá êste chamá-lo à autoria, para que, sendo a acção julgada procedente, êle fique responsável, como herdeiro do pai, pela evicção Esta responsabilidade dá-se independentemente dêsse chamamento, visto que êle não pode figurar na mesma acção como autor e como réu (2). Se o filho não

(1) Veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 25 de julho de 1894, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 8.°, pag 609, em que se aplicou o art. 1051.° n.° 3.° num caso em que o evicto havia intervindo num contrato simulado.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 42.°, pag. 426, e vol. 11.°, pag. 341, em que, sustentando-se a mesma doutrina, se diz ser prudente que o adquirente faça notificar o alheador para que êle assista à demanda.

(2) Veja-se o ac do S T de Justiça de 23 de janeiro de 1895, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol 8.°, pag. 572, e as considerações que acêrca dele se fazem, segundo doutrina contraria, no *Codigo de proc. com. anotado*, do Dr J. M. Barbosa de Magalhães, tômo 1.°, 3.ª ediç., pag. 423.

fôr herdeiro único, terão de ser chamados à autoria os outros herdeiros, para que fiquem responsáveis pela evicção proporcionalmente à sua quota hereditária

Nos contratos a título gratuito, o alheador não é, em regra, obrigado a prestar a evicção, e tem-se julgado, visto que o chamamento à autoria tem por fim tornar efectiva essa obrigação, que êsse chamamento não tem lugar, em princípio, nestes contratos (1). Pode estipular-se, porém, no contrato que o devedor ficará responsável pela evicção, e, se as partes não regularem os termos em que deve ser prestada, observar-se hão a êsse respeito as disposições gerais do código, que estejam em harmonia com a natureza dêsse contrato. Ainda mesmo nos contratos em que o alheador não seja responsável pela evicção, pode dar-se esta responsabilidade em relação a um transmitente anterior, de quem o alheador tenha havido a cousa evicta. Pelo contrato transmite-se êsse direito para o adquirente, sendo o código civil expresso em relação ao donatário (art 1468.° § único). O alheador deverá, pois, indicar a pessoa de quem houve a cousa, podendo para êste efeito ser chamado à autoria.

Nos contratos em que se haja estipulado a não garantia pela evicção deverá observar-se o mesmo princípio, visto que a isenção dessa garantia não aproveita aos transmitentes anteriores, quando estes sejam obrigados a prestar a evicção ao alheador. O adquirente ficou tendo pelo contrato os direitos que a êste pertenciam, e entendemos que pode chamar à autoria esses transmitentes, embora não chame o alheador.

Fundando-se no artigo 323.° do cód de proc. civil, afirma o DR. DIAS FERREIRA que «não pode o evicto demandar, nem simultânea nem sucessivamente, todos os alheadores, mas só e simplesmente o alheador imediatamente anterior, e só cada alheador demandado pode chamar ao pleito o seu antecessor imediato». O artigo citado não impõe, porém, ao evicto que

(1) Veja-se o ac. do S. T Justiça de 25 de agosto de 1886 e da Relação de Lisboa de 3 de junho de 1911, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 2.°, pag. 154 e vol. 26.°, pag. 648

chame à autoria o alheador imediato, nem a êste que chame o imediatamente anterior. O que se declara nesse artigo é que o réu chamado à autoria pode requerer o *chamamento de outra pessoa para o mesmo fim, e assim sucessivamente*, quer dizer, a pessoa chamada pode chamar outra. Ora tendo esta disposição por fim tornar efectiva a responsabilidade pela evicção, que pode dar-se em relação não ao alheador mas a um dos anteriores transmitentes, e sendo certo que o evicto pode exercer em relação a estes o direito à prestação da evicção que pelo contrato lhe foi transmitido, desde que êsse transmitente seja responsável pela evicção não poderá opor-se ao chamamento à autoria, mas terá o direito, quando essa responsabilidade incida sôbre um transmitente anterior, de o chamar à autoria.

O que é sempre necessário, para que possa tornar-se efectiva a responsabilidade pela evicção nos casos em que tem lugar o chamamento à autoria, é que seja citada a pessoa em relação à qual se dá essa responsabilidade (1).

O direito à prestação da evicção dá-se até ao alheador em cujo acto de transferência se verificar inicialmente o vício de

(1) O nosso codigo, determinando que não e responsavel pela evicção o alheador que não seja chamado a autoria, seguiu o nosso direito anterior. Veja-se o cod com de 1833, art 481 °, e COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tômo 2 °, § 813.°

No cod civil francês, art 1640.°, e em outros codigos, em que ha tambem o chamamento do alheador ao pleito, não se estabelece a mesma consequência para o facto de o evicto não haver chamado a autoria o alheador. Êste so ficara isento de responsabilidade pela evicção, se, na acção contra êle proposta pelo evicto, provar que havia meios suficientes para fazer repelir o pedido.

Tendo o evicto, segundo a doutrina sancionada no codigo de proc civil, de propor acção contra o alheador para que este preste a evicção (art. 322.° § 2.°), parece que a lógica não pedia, atendendo ao fim que o legislador teve em vista, que o alheador fôsse isento da responsabilidade pela evicção, quando não houvesse sido chamado a autoria. Deveria ser isento dessa responsabilidade, quando provasse que havia factos em virtude dos quais podia ser absolvido do pedido na acção de evicção, e, no caso de os não haver, não responder pelas despesas com o pleito, se, por ser manifesto o direito do evictor, alegasse que teria confessado a acção

que resulta a evicção, sendo indiferente que a transferência se faça por contrato ou por arrematação judicial Neste caso, quem é responsável pela evicção é a pessoa a quem ao tempo da arrematação esta se considerar pertencente Os credores, se a arrematação se der em virtude de execução terão de restituir, no caso de insolvência do executado, a parte do produto da arrematação que indevidamente receberam, visto que a cousa arrematada não pertencia ao devedor (art. 758 °)

Para determinar a responsabilidade do alheador e os respectivos direitos do adquirente em caso de evicção, e necessário distinguir as seguintes hipóteses, de que trataremos pela ordem por que as vamos expor: *a*) estar o alheador de boa fé, *b*) estar o alheador de má fé, *c*) ser a evicção parcial.

a) Se o alheador estiver de boa fé, é obrigado a pagar integralmente (art. 1047 °).

1 ° O preço, ou o que haja recebido do adquirente evicto. No caso em que se haja efectuado mais do que uma transmissão, e de o adquirente evicto proceder contra o originário vendedor, parece-nos que não poderá exigir dêste, se o preço por que comprou fôr inferior ao da venda efeituada pelo originário vendedor, mais do que o preço por êle desembolsado. Embora êle fique subrogado nos direitos do vendedor, não pode todavia neste caso fazer valer os direitos que êste tinha, por isso que a prestação da evicção representa uma garantia, e esta, atento o seu carácter, não pode dar-se por quantia maior do que a que o comprador pagou

O alheador de boa fé é obrigado a pagar o preço integral da compra, embora ao tempo em que a evicção se verifica a cousa alheada haja diminuido de valor, ou tenha sofrido deteriorações, mesmo que estes factos sejam imputáveis ao adquirente, porque a responsabilidade que deles derive terá de tornar-se efectiva para com o evictor.

Se dessas deteriorações, porém, o adquirente houver tirado algum proveito, a cuja indemnização não seja condenado, será encontrado êsse proveito nas quantias que deva receber do alheador (art. 1047.° § 3.°) Assim, se o adquirente houver cortado um pinhal, o alheador terá o direito de reter a parte

do preço correspondente a essa venda, se o adquirente não fôr condenado a entregá-la ao evictor Esta disposição é justa, porque, se em qualquer das hipóteses se admitisse solução diversa, locupletar-se-ia o adquirente à custa do alheador, ou vice-versa

Se o adquirente fôr condenado por deteriorações, o alheador só responderá por elas, quando hajam acontecido por culpa sua (art. 1047 ° § 4 °) Se essas deteriorações forem devidas a facto do adquirente, justo é que êste responda por elas, e, se forem devidas a caso fortuito ou fôrça maior, nenhuma indemnização tem direito a receber por elas o evictor.

Se o alheador tiver feito bemfeitorias antes da alienação, e estas forem abonadas pelo vencedor, serão encontradas na quantia que o mesmo alheador tiver de pagar (art 1047 ° § 5 °) Nos termos dos artigos 498.° e 499.°, têm os possuidores direito a serem indemnizados das despesas que hajam feito para a conservação da cousa e em bemfeitorias úteis que não possam levantar-se sem detrimento dela. Quando o evictor seja obrigado a abonar ao evicto as bemfeitorias, e estas se tenham realizado antes da alienação, como as bemfeitorias entraram no preço da venda, justo era que fôssem encontradas nas quantias que o alheador tem de pagar.

Pelo que respeita às bemfeitorias voluptuárias (art 500.° § 1.°), se tiverem sido feitas pelo evicto e êste estiver de boa fé, pode levantá-las, se o puder fazer sem detrimento da cousa. No caso contrário, não pode levantá-las, nem haver o valor delas (art 500 °), e o alheador não é responsável pelas bemfeitorias que o evicto haja feito, mesmo neste caso (art 1047.° § 6 °) O possuidor de má fé perde em benefício do vencedor as bemfeitorias voluptuárias que fez na cousa evicta (art. 502 °).

2 ° O alheador é obrigado a pagar integralmente os gastos que o adquirente haja feito com o contrato e com o pleito da evicção. Se o alheador, porém, chamado à autoria, ou tendo tido de qualquer modo conhecimento da pretensão do evictor, se oferecer, reconhecendo o direito dele, a satisfazer, até onde chegar a sua responsabilidade, não responde pelos gastos a que possa dar causa a insistência do adquirente (art 1053 °)

Nos termos do artigo 325.° do código de processo civil, nos gastos, que o evicto tem o direito de exigir nos termos do artigo 1047.° n.° 2.° do código civil, compreende-se a multa em que tiver sido condenado, ainda que seja isenta de a pagar a pessoa que tiver deixado de aceitar a autoria, visto que o evicto, sendo obrigado a seguir a causa em todos os seus termos para ficar com direito à evicção, não deve considerar-se responsável por essa multa.

3.° Todas as despesas úteis ou necessárias, que não sejam abonadas ao adquirente pelo evictor ou vencedor (1). Pelo artigo 499.° § 4.°, o valor das bemfeitorias úteis será calculado pelo custo delas, se êste não exceder o valor do benefício ao tempo da entrega No caso contrário, o evicto não pode exigir mais do que êsse valor do evictor, mas poderá exigir o excesso do alheador, visto que êste é responsável por todas as despesas úteis que o evicto haja feito

Quanto aos rendimentos da cousa evicta, preceitua o código (art. 1047.° §§ 1.° e 2.°) que se o adquirente fôr condenado a restituí-los, poderá exigir do alheador os rendimentos ou interêsses da cousa ou soma por êle prestada, e que, se o adquirente não fôr condenado à dita restituição, reputar-se hão compensados os rendimentos com os interêsses.

b) Se o alheador houver procedido de má fé, será obrigado a indemnizar o evicto como se houvesse procedido de boa fé, com a seguinte diferença (art. 1048.° e §§ 1.° e 2.°):

Se o valor da cousa, ao tempo da evicção, fôr superior ao valor prestado, responderá o evicto por essa diferença, e será responsável também por quaisquer outras perdas e danos, não exceptuando sequer as bemfeitorias voluptárias.

O alheador, vendendo uma cousa que sabia não lhe pertencer, no todo ou em parte, praticou um acto ilícito, e devia ficar portanto, nos termos gerais de direito, responsável pelas perdas e danos a que houvesse dado causa, embora não houvessem sido consignadas no código as disposições que acabamos de citar.

Tendo a prestação da evicção o carácter de garantia, o alheador deve ser sempre obrigado, esteja de boa ou de má fé, a restituir o preço que recebeu Pelo aumento de valor que tenha tido a cousa, e que não seja devido a despesas de conservação ou de melhoramento, só é responsável o alhea-

(1) No art. 1047.° n.° 3.° diz-se *evicto* e não *evictor* O DR. DIAS FERREIRA diz que se encontra a substituição da palavra *evictor* por *evicto* no projecto da Comissão revisora de 1863 (art. 1077.° n.° 3.°), e que foi conservada nos projectos posteriores, a-pesar-de o artigo correspondente do projecto primitivo (art. 1103.° n.° 3.°) haver sido aprovado sem modificações (*Actas*, pag. 174)

Ora a verdade e que no artigo referido do projecto primitivo se lê a palavra *evicto* e não *evictor*, dizendo-se «*todas as despesas uteis e necessarias que lhe não forem abonadas pelo evicto, ou vencedor*»

Tem-se pretendido explicar o emprêgo da palavra *evicto* para compreender a hipotese de se haver realizado mais do que uma transmissão, hipotese prevista no artigo 323.° do codigo de processo civil, em que se dispõe que o reu chamado a autoria pode requerer o chamamento de outra pessoa para o mesmo fim, e assim sucessivamente.

Esta explicação de modo algum e aceitavel, porque o *evicto* é sempre o último adquirente, isto e, o que esta na posse do predio no momento em que se realiza a evicção Os outros, que hajam adquirido o predio anteriormente a êle, são *alheadores* e não *evictos*

O DR. DIAS FERREIRA diz que a alteração, que realmente não existiu, se deu «de certo para corresponder ao disposto nos §§ 3.° e 5.° do mesmo artigo, que impõem ao evicto a obrigação de encontrar nas quantias a receber do alheador os proveitos que houver tirado da deterioração dos bens, que não for condenado a indemnizar, e bem assim as bemfeitorias anteriores a alienação que forem abonadas pelo vencedor».

Esta explicaçao e tambem inaceitavel, não so porque se trata de bemfeitorias uteis e necessarias e não de deteriorações, mas porque as bemfeitorias a que o n.° 3.° se refere são as feitas pelo evicto, e no § 5.° trata-se de bemfeitorias feitas pelo alheador E referindo-se o *lhe* ao adquirente e sendo êste o *evicto*, êste teria de abonar a si mesmo

Em nossa opinião, a substituição da palavra *evictor* por *evicto* não representa mais do que um lapso na revisão do projecto primitivo, ou, antes, na redacção das *Actas* da Comissão revisora

Nessas *Actas* lê-se que a Comissão resolvera substituir no n.° 1.° do artigo 1103.° a palavra *evicto* por *evictor* Ora essa substituição era inaceitavel, porque aquele número se referia ao pagamento do preço pelo alheador ao *adquirente evicto*, e tanto que se não fez A deliberação da Comissão revisora devia respeitar portanto ao n.° 3.° do mesmo artigo.

dor de má fé, não podendo deixar de considerar-se a diferença, que haja entre o preço da cousa e o valor desta ao tempo da evicção, como indemnização de perdas e danos.

Escusado será notar que, se o aumento fôr devido a bemfeitorias por cuja restituição o evictor seja, nos termos gerais de direito, responsável, não tem o alheador de indemnizar por elas o evicto Quando o evictor só seja responsável por parte dêsse aumento, o alheador responderá pela diferença.

Assim, o valor das bemfeitorias úteis é calculado, relativamente ao evictor, como no caso de o alheador estar de boa fé, isto é, pelo custo delas, se êste não exceder o valor do benefício ao tempo da entrega, no caso contrário, o evictor só responde para com o evicto por êste valor (art. 499 ° § 4 °). O alheador de má fé, é, porém, responsável pela diferença que haja para mais no valor dessas bemfeitorias relativamente ao seu custo, a qual entra na indemnização de perdas e danos, sendo que êle é realmente privado dessa diferença, e que tem de atender-se na determinação do valor da cousa ao estado em que esta se encontra ao tempo da evicção.

As disposições do código a que acabamos de nos referir aplicam-se à evicção total, e existe esta quando o adquirente é completamente privado da cousa, quer pelo proprietário, quer em virtude de execução hipotecária Ainda na evicção total não terão de observar-se todas as disposições a que acabamos de nos referir, não só nos casos em que para a prestação da evicção se hajam estabelecido cláusulas acessórias, que terão de ser aplicadas, mas nos casos em que pelo contrato não se haja dado a transferência da propriedade ou dum direito real ou de crédito, mas a mera cedência do uso da cousa ou da sua fruição. É assim que, dando-se a evicção na locação, o locatário terá direito, no caso de boa fé e na falta de estipulação, a que lhe seja abatido na renda o valor proporcional à privação que padecer, e, se houver má fé, a indemnização de perdas e danos (art. 1613.°) (1).

[1 Veja-se o decr n ° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120 ° e 19.°].

c) A evicção parcial dá-se, ou pela perda duma parte da cousa ou direito ou do seu valor, como se um comproprietário houver vendido a cousa como sendo exclusivamente sua, se o preço do prédio hipotecado fôr superior à importância da dívida; ou pela perda de direitos que o alheador transferir como inerentes à cousa, como se o comprador fôr privado duma servidão activa ou do direito a uma água que, segundo o contrato, é pertença do prédio ou se havia declarado pertencer ao prédio; ou por recairem sôbre a propriedade alienada ónus reais que não sejam conhecidos do adquirente e não tenham sido consequentemente tomados em consideração ao tempo em que se fez o contrato, como se fôr vendida, como livre e alodial, uma propriedade enfitêutica

Também se dá a evicção parcial, quando duas ou mais cousas tenham sido conjuntamente transferidas, e uma delas fôr evicta (art. 1050 °), disposição que terá de aplicar-se não só no caso de a venda haver sido feita por um preço global, mas no caso em que as cousas conjuntamente adquiridas estejam entre si relacionadas de forma que, privado o adquirente duma delas, a outra ou não tenha utilidade para êle ou sofra diminuïção no seu valor

Verificando-se a evicção parcial, o adquirente tem o direito de exigir a respectiva indemnização, ou a rescisão do contrato (artt 1049 ° e 1050.°). No primeiro caso, essa indemnização será calculada, em relação à parte evicta, em harmonia com os princípios que regulam essa indemnização na evicção total (art. 1049.°), no segundo caso, aplicam-se as disposições relativas à evicção total O adquirente restitue ao alheador a parte da cousa que não foi evicta, tendo direito ao preço, aos gastos e despesas, e, se o alheador estiver de má fé, a indemnização de perdas e danos.

O direito do evicto à indemnização ou à rescisão é alternativo, não se estabelecendo no código restrição alguma ao direito de rescindir o contrato.

No caso de o evicto ficar com a cousa de que não foi privado, tem de atender-se à boa ou má fé por parte do alhea-

dor, para se determinar a responsabilidade a que êste fica sujeito.

Se o alheador estava de boa fé, tem de restituir uma parte do preço correspondente ao valor da parte evicta ao tempo em que se verificou a transferência; se estava de má fé, tem de restituir não só essa parte do preço, mas é responsável pela diferença que no valor da cousa evicta haja para mais ao tempo da evicção ou pela diminuição que se dê no valor da cousa não evicta em virtude de não ter a mesma utilidade (art. 1048.° § 2.°).

Relativamente a gastos com o contrato e às despesas úteis ou necessárias terá de aplicar-se o mesmo princípio, se não se tratar duma parte divisa, caso em que estas despesas terão de ser pagas integralmente, se só nela foram feitas; em relação às despesas com o pleito, estas terão de ser pagas como na evicção total.

Quando se trate duma parte divisa, torna-se necessário avaliar essa parte em relação à cousa considerada no seu conjunto para se fixar a indemnização; se se trata duma parte indivisa ou aliquota, estabelece-se, em relação ao preço, a proporção independentemente de avaliação, tornando-se esta necessária só para o efeito da indemnização pelo aumento de valor.

Sendo duas ou mais cousas que se tenham vendido conjuntamente e havendo-se fixado um preço global, tem de fazer-se a avaliação para se determinar a parte do preço que corresponde à cousa evicta A determinação do aumento de valor deverá fazer-se em relação à cousa evicta, mas, se entre ela e a não evicta houver uma relação tal que a perda duma determine diminuição no valor da outra, como na hipótese da venda duma parelha de cavalos, esta diminuição é computada como indemnização de perdas e danos (1)

(1) No cod. civ francês preceitua-se (art. 1637.°) que na evicção parcial o comprador tem direito a uma indemnização calculada segundo a perda real que lhe causa a evicção, tendo assim de se calcular o valor da cousa no momento da evicção e não o valor da parte evicta relativamente ao preço total. A consequência dêste sistema é que, se a cousa houver diminuido de valor desde que foi adquirida pelo evicto, e êste quem sofre o prejuizo, havendo assim antinomia entre o principio estabelecido para a evicção parcial e o que se estabeleceu para a evicção total (art. 1630.°), que é o mesmo do nosso codigo.

[1 Veja-se o decr. n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.° e 15.° n.° 5.°].

199. *Garantia dos vícios ocultos, denominados redibitórios* Preceitua-se no art 1568.° n.° 2.°, que o vendedor é obrigado a responder pelas qualidades da cousa, e no art 1606.° n.° 5.° que o senhorio é obrigado a responder pelos prejuízos, que padecer o arrendatário em consequência dos defeitos ou vícios ocultos da cousa, anteriores ao arrendamento (1), sendo aplicável ao aluguer o que neste artigo se dispõe (art. 1634.°). Confrontando-se estes artigos com o art. 1521.° n.° 2.°, em que se determina que o comodante é obrigado a reparar os prejuízos que o comodatário padecer em razão dos defeitos ocultos da cousa emprestada, se, tendo conhecimento dêsses defeitos, o não preveniu, vê-se que, em relação ao contrato de compra e venda e de arrendamento, a responsabilidade pelos vícios ocultos da cousa não se dá apenas no caso em que o vendedor ou locador tenham conhecimento dos vícios ocultos da cousa vendida ou locada, tratando-se portanto duma garantia, cujo alcance e efeitos nos cumpre determinar

No nosso antigo direito, o vendedor era responsável pelos vícios ou defeitos ocultos da cousa vendida, que se denominavam *redibitórios*, considerando-se tais os que tornavam a cousa imprópria para o uso para que era destinada, ou que de tal sorte diminuiam êsse uso que, se o comprador os soubesse, não a teria querido ou não daria tal preço Era esta a noção que dêsses vícios dava COELHO DA ROCHA, em vista do art 484.° do cód com. de 1833 e da Ord., liv 4.°, tít. 17.°, §§ 8.° e 10.°

Verificando-se tais vícios, tinha o comprador acção alternativa, ou para rescindir o contrato, ou para pedir diminuição no preço em proporção dos defeitos (*quanti minoris*).

No caso de rescisão podia pedir, além da restituição do preço, a indemnização de perdas e danos, se o vendedor, conhecendo os defeitos, maliciosamente deixasse de os declarar, e, se os ignorava, as despesas ocasionadas pela venda.

Esta acção do comprador, para a qual se estabelecia como princípio o prazo dum ano desde a entrega da cousa, e, sendo por defeito de animais, o prazo dum mês, não tinha lugar se eram visíveis ou tinham sido declarados pelo vendedor os vícios, se se havia estipulado a não garantia, e se a cousa havia sido arrematada judicialmente (1).

No direito anterior ao cód. civil mantiveram-se, pois, em matéria de vícios redibitórios, as acções estabelecidas em Roma pelos edís, cuja justificação doutrinal oferecia graves dificuldades.

A teoria do êrro, explicando a rescisão do contrato, não justificava o direito que o comprador tinha à redução do preço. Partindo-se do pressuposto de que o comprador, se conhecera o vício da cousa, não a teria adquirido, por não ser susceptível do uso que êle ao realizar o contrato tivera em vista, devia reconhecer-se-lhe o direito de anular o contrato, mas não o de abatimento do preço. Explicou-se êste direito pela teoria do risco, que o vendedor devia suportar, desde que o vício era desconhecido do comprador. Êste, rescindindo o contrato, faria recair o risco sôbre o vendedor, pois que êste ficaria com a cousa viciada, tendo de restituir o preço; o abatimento neste, no caso em que a cousa viciada ainda seja útil ao comprador, não seria mais do que efectivar por equivalência, o princípio de que o vendedor suportava o risco.

No código civil, ao mesmo tempo que se consignou o princípio de que o vendedor é obrigado a responder pelas qualidades da cousa, declarou-se (art 1582.°) que o contrato de

(1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 2.°, §§ 815.° e 816.° e DR LOPES PRAÇA, *Rescisão do contrato de compra e venda por lesão e vicios redibitorios*.

compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de vícios da cousa, denominados redibitórios, salvo se esses vícios envolverem êrro que anule o consentimento, nos termos declarados nos artt 656.° a 668.° e 687.° a 701.°, ou havendo estipulação expressa em contrário.

Trata-se do êrro sôbre as qualidades da cousa, o qual só produz nulidade (art 661.°), no caso de boa fé, havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circunstâncias do mesmo contrato, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contratara. A rescisão do contrato fica assim mais limitada do que na teoria dos vícios redibitórios. Nesta atendia-se à impropriedade da cousa ao uso a que era destinada e à diminuição do seu valor em virtude dessa impropriedade, determinando-se assim objectivamente as condições da rescisão ou do abatimento no preço. Partia-se do pressuposto de que o adquirente, ao efectuar o contrato, tinha em vista as qualidades que normalmente se dão na cousa adquirida, não sendo necessária a prova de que a sua vontade fôra viciada no momento em que se realizou o contrato, de que o contrato só se realizara em razão de o adquirente supor que a cousa tinha determinadas qualidades que efectivamente não tinha, tendo sido feita por êle essa declaração ou depreendendo-se das circunstâncias do contrato

No caso de má fé por parte do vendedor que, tendo conhecimento do vício oculto, o dissimulou ou não revelou, a rescisão do contrato pode dar-se, com indemnização de perdas e danos, como na teoria ediliciana dos vícios redibitórios, provando o comprador que a sua vontade fôra determinada pelo êrro, mas êste não tem a acção *quantum minoris*

Vê-se, pois, que a teoria do êrro aplicada aos vícios ocultos, o que representa uma inovação do nosso direito, tem consequências muito diversas da teoria dos vícios redibitórios Esta inovação não foi sancionada pelos códigos que têm sido publicados posteriormente ao nosso, em alguns dos quais, designadamente no código civil alemão, a garantia dos vícios redibitórios foi largamente regulamentada (artt. 459.°-

493.º) (1) e, para bem se compreender o seu alcance, necessário é determinar as relações que há entre a teoria dos vícios redibitórios e a da inexecução dos contratos bilaterais, que por vezes se têm confundido.

A teoria ediliciana dos vícios redibitórios supõe que se trata ou duma cousa certa e determinada no próprio momento em que se fez o contrato, ou duma cousa de género, mas cuja escolha já foi feita de acôrdo com o adquirente Só nesta hipótese é que êste tem o direito de pedir a resolução do contrato ou abatimento no preço Sendo a cousa certa e determinada, ou dependendo da escolha a efectivação do contrato, se no momento da entrega se verifica que a cousa não é a mesma, ou que não tem as qualidades que, segundo o contrato, deveria ter, o adquirente pode recusar-se, fundando-se na inexecução do contrato, a receber a prestação. Se a aceita, sabendo que não é a mesma a cousa ou que não tem as qualidades exigidas pelo contrato, haverá dação em pagamento e não poderá exigir do vendedor que substitua o objecto da prestação, nem pedir a rescisão do contrato

Quando o vendedor tenha prometido uma cousa com determinadas qualidades e posteriormente à entrega se verifique que as não tem, poderá pedir-se a rescisão do contrato, com a indemnização dos danos que resultarem do não cumprimento da obrigação por parte do vendedor Não se trata, neste caso, nem da teoria dos vícios redibitórios, nem da teoria do êrro, mas duma garantia convencional, duma cláusula do contrato, pela qual o vendedor se responsabilizou por determinadas qualidades da cousa

Quando o vendedor não assume a responsabilidade por

(1) No cod civil brasileiro, que acaba de ser aprovado pelo Congresso e foi publicado pelo *Jornal do Comercio* de 25 de dezembro de 1915, o cap. 5.º do titulo 4.º do liv. 3.º determina os efeitos dos vicios redibitorios nos contratos comutativos e nas doações gravadas de encargos, admitindo a teoria tradicional e fixando para a acção de redibição ou de abatimento no preço o prazo de quinze dias ou de seis meses desde a tradição, conforme se trata de moveis ou de imoveis.

determinadas qualidades da cousa, que aliás se pressupõem, e nesta haja vícios que representam a ausência dessas qualidades e de que o comprador não tinha conhecimento, êste, admitida a teoria tradicional dos vícios redibitórios tem, suposta a boa fé por parte do vendedor, o direito de rescindir o contrato exigindo a restituição do preço, ou que neste se faça abatimento em proporção da diminuição do valor económico da cousa resultante dos vícios ocultos. Na teoria do êrro, só poderá pedir a rescisão do contrato, quando o êrro seja considerado substancial

Notada a distinção entre a teoria tradicional dos vícios redibitórios e a do êrro, vejamos se, dado o vício oculto, o comprador só pode pedir a rescisão do contrato fundado no êrro simples ou qualificado

Nos casos em que o vendedor assegurou ao comprador que a cousa tinha determinadas qualidades, fica responsável por elas, embora da sua parte haja boa fé, em virtude da garantia Neste caso, não tem que aplicar-se a teoria do êrro, ou a teoria dos vícios redibitórios, porque a garantia não é legal, mas contratual Quem promete que a cousa tem determinadas qualidades, responsabiliza-se por elas por fôrça do contrato, e o adquirente da cousa, em que não ha essas qualidades, pode rescindir o contrato, com o fundamento da sua inexecução por parte do vendedor, ou exigir o seu cumprimento, substituindo-se o objecto da prestação, conforme as circunstâncias.

Poderá, porém, exigir neste caso abatimento no preço correspondente à diminuição do valor resultante do vício?

Pode parecer à primeira vista que para lhe atribuir êste direito necessário era, atendendo a que o seu exercício envolve uma alteração do contrato, que a lei lho facultasse expressamente Ora o nosso código civil não lho faculta.

No art 1568 º n.º 2.º declara-se, porém, que o vendedor é obrigado a responder pelas qualidades da cousa, e essa responsabilidade tem de tornar-se efectiva, no caso em que não existam na cousa as qualidades prometidas, pela rescisão do

contrato ou pela indemnização de perdas e danos Desde que a prestação não se efectuou nas condições fixadas no contrato, o vendedor não cumpriu, e tem consequentemente que aplicar-se o disposto no art. 709.°.

A indemnização de perdas e danos, a que o comprador tem direito pelo facto de o vendedor não haver cumprido, consistirá, se a cousa tiver proveito para o adquirente, na restituïção do preço correspondente à diminuição do seu valor económico pela ausência das qualidades garantidas pelo vendedor Sendo assim, parece que o comprador pode pedir, como indemnização de perdas e danos, abatimento no preço

No caso de uma cousa ser vendida em razão de determinado número, pêso ou medida, o que equivale a o vendedor declarar que essa cousa tem um certo conteúdo, o comprador poderá, havendo na entrega falta considerável, rescindir o contrato, ou exigir a restituição do preço em proporção da falta. É o que preceitua o art. 1576.°, e o que, não por analogia, mas pela aplicação do princípio da indemnização de perdas e danos a que o comprador tem direito, se poderá julgar estatuído para o caso de vícios ocultos, quando a ausência deles haja sido garantida pelo vendedor.

Em alguns casos, e designadamente quando o vício oculto é conhecido no momento em que a cousa se transforma ou dela se faz uso, será êsse o único meio por que se poderá indemnizar o comprador com menor gravame para o alheador, cuja boa fé não o isenta de responsabilidade, em virtude da responsabilidade que assumiu ao declarar que a cousa tinha determinadas qualidades

É êste o princípio que, sem que para isso se torne necessário que o locador garanta que a cousa locada tem determinadas qualidades, se aplica no contrato de locação (art. 1606.° n.° 5.°) (1), tendo o locatário o direito de pedir abatimento na renda ou no aluguel sempre que, em virtude de vícios

[1 Veja-se o decr n.° 5411, de 17 de abril de 1919, artt. 120.° e 15.° n.° 5.°].

ocultos, seja estorvado ou privado do uso da cousa, proporcionalmente à privação que padecer (1).

Se o vendedor não assegurou que as cousas tinham determinadas qualidades, parece-nos que só pode anular-se o contrato em virtude do êrro, e, dada essa anulação, não poderá o comprador pedir abatimento do preço. É esta a doutrina que, combinando o art 1582.° com o art 1568.° n.° 2.°, julgamos ter sido sancionada pelo nosso código civil. Á estipulação expressa em contrário, a que aquele artigo se refere, deve equiparar-se a declaração feita pelo vendedor de que a cousa tem determinadas qualidades, para o efeito de se poder nesse caso, independentemente da anulação do contrato por motivo de êrro, exigir a sua execução ou a indemnização de perdas e danos Não havendo esta estipulação, nem se tendo o vendedor responsabilizado por determinadas qualidades da cousa, o contrato só pode ser anulado em virtude do êrro, e, dada essa anulação, a consequência é haver cada um dos contraentes o que tiver prestado ou o seu valor, se a restituição em espécie não fôr possível (art. 697.°), salvo o direito a indemnização de perdas e danos no caso de má fé (art 697.° § 2.°).

A acção redibitória foi estabelecida pelo decr. de 16 de dezembro de 1886, artt. 49.° a 55.°, para os animais seguintes: cavalos, jumentos, mulos, bois, porcos e carneiros, e só pelos vícios ocultos especificados no mesmo decreto. Estabeleceu-se para a acção redibitória o exame prévio, que terá de ser requerido dentro do prazo de dez ou trinta dias conforme a natureza do vício, e, tendo o comprador o direito de pedir a rescisão do contrato ou abatimento do preço, êsse direito fica, quanto à redução do preço, dependente da vontade do vendedor, que pode optar pela rescisão, reavendo o animal

(1) Quando tratarmos do contrato de arrendamento, veremos se o locador de boa fe sera responsavel por todos os prejuizos que o locatario sofra em virtude dos vicios ocultos, ou se sera apenas responsavel pela privação do uso da cousa em virtude dêsses vicios. Quanto a esta responsabilidade, não ha duvidas.

ou animais vendidos, restituindo o preço e indemnizando o comprador das perdas e danos que houver sofrido.

Nos vícios ocultos pode dar-se, do mesmo modo que na evicção, a venda de várias cousas por um preço global e só em algumas existir o vício.

Nos casos em que por inexecução ou pela acção redibitória se possa pedir a rescisão do contrato ou a redução do preço, esta deve determinar-se tendo em atenção o preço das cousas ao tempo do contrato Os princípios a aplicar são os mesmos que na evicção parcial, com a diferença de que, em vez do valor da cousa evicta, se deve determinar a diminuição do valor da cousa em que se verifica o vício (1).

200. *Efeitos acessórios dos contratos* Determinados os efeitos directos dos contratos em geral ou de determinadas categorias de contratos, vamos referir-nos aos efeitos acessórios.

Estes efeitos produzem-se em virtude da vontade expressa dos contraentes, sendo assim regulados os negócios jurídicos de forma diversa daquela por que se acham disciplinados pela lei, em normas de carácter supletório Êste direito dos contraentes é o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade, e está formulado em termos amplos no art. 672 °.

(1) O codigo civil alemão fixou os elementos de calculo, determinando (artt. 471 ° e 472.°) que, sendo vendidas varias cousas por um preço global e verificando-se a redibição somente em algumas dessas cousas, o preço global deve ser reduzido na proporção em que, no momento da venda, se teria achado o valor do conjunto supondo-o isento de vicios, comparado com o das cousas não atingidas pela redibição No caso de abatimento no preço da venda, êste deve ser reduzido na proporção em que, no momento da venda, seria achado o valor da cousa supondo-a isenta de vicios, comparada com o seu valor real Sendo vendidas varias cousas por um preço global e verificando-se a diminuição em razão de algumas dessas cousas sòmente, o valor global de todas essas cousas deve ser tomado para base da redução do preço.

Podem ver-se as formulas do calculo de proporção em cada um dos casos no *code civil allemand, traduit et anote par Bufnoir*, tomo 2.°, pagg. 30 e 31.

Entre os efeitos acessórios dos contratos, há alguns que são comuns a vários contratos, podendo e devendo determinar-se a sua teoria jurídica na parte geral das obrigações

Foi êste o sistema seguido pelo nosso código acêrca da *cláusula penal,* cujas condições e efeitos determina nos artt 673.°-677.°.

A cláusula penal exerce uma função dupla: é um meio de constrangimento para o devedor, que, não cumprindo a obrigação, tem de efectuar certa prestação como pena (art. 673.°), e é a determinação prévia da indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento integral ou parcial da obrigação ou pela mora (artt 676 ° e 708.°)

Pela cláusula penal não se estabelece uma obrigação alternativa para o devedor. Êste fica adstrito ao cumprimento da obrigação. Se a não cumprir, o credor tem o direito ou de o compelir judicialmente a êsse cumprimento, ou de pedir a pena convencional. O direito do credor a exigir o cumprimento da obrigação resolve-se assim numa prestação em alternativa, desde que o devedor seja remisso a prestação a que êste ficou adstrito pelo contrato, ou a pena convencional, nunca tendo o credor o direito de exigir simultâneamente as duas prestações. No caso de não haver cumprido pela sua parte, pode exigir o cumprimento ou a pena convencional (art. 676 ° § 1.°) Se tiver cumprido pode exigir a restituição do que haja pago com a pena convencional, ou exigir o cumprimento da obrigação com indemnização de perdas e danos pela mora (art 676.°) Esta indemnização será a pena convencionada, no caso de esta o haver sido para o caso da mora. Quando se haja estabelecido, porem, essa pena para o caso do não cumprimento, entendemos que o credor não tem o direito de exigir a pena estipulada e o cumprimento do contrato

A disposição consignada no § 2 ° do art 676 °, pela qual o direito de exigir a pena convencional nasce da simples mora na execução do contrato, não significa que, sempre que haja mora, há direito à pena, até no caso em que se peça o cumprimento da obrigação.

Trata-se duma cláusula acessória e deve portanto atender-se,

em primeiro lugar, aos termos em que ela foi formulada, para se verificar as condições em que o credor tem direito à pena. Quando se tenha estabelecido, porém, essa pena para o caso do não cumprimento da obrigação, entendemos que o credor não tem direito a ela pelo facto da mora, só podendo pedir a indemnização dos danos que para êle resultarem do não cumprimento pontual

No art 675 ° declara-se que, se a obrigação foi cumprida em parte, pode a pena ser modificada na parte proporcional. O cumprimento parcial dá-se em relação ao objecto da obrigação, hipótese que o legislador teve em vista ao estabelecer que a pena pode ser modificada, e, para a indemnização do dano, deve atender-se à relação que há entre a prestação efectuada e a que deixou de efectuar-se e à pena convencionada E' assim que se pode estabelecer a proporção a que o artigo citado se refere, que não fica, nem podia ficar, completamente no arbítrio do juiz Se o dano sofrido pelo credor fôr, porém, maior do que a indemnização assim determinada, poderá o juiz deixar de reduzir a pena É nesta parte que nós entendemos que o juiz tem poderes discricionários Quando a prestação parcial nenhuma utilidade tenha para o credor, a pena não poderá ser modificada O art 675 ° pressupõe que o credor aceita o cumprimento parcial e que êste representa para êle um interêsse, casos em que não era justo que a pena estipulada para o não cumprimento se aplicasse integralmente

O art. 675.° não se pode, pois, aplicar ao caso da mora, em que não pode estabelecer-se a proporção a que êle se refere O facto de se haver estabelecido, porem, a pena convencional só para o caso do não cumprimento, não significa que, se a obrigação fôr cumprida, mas tardiamente, o credor não tenha direito a indemnização Tem êsse direito em harmonia com as normas gerais, cuja aplicação a estipulação da pena para o caso do não cumprimento da obrigação não exclue

Só pelo facto da mora adquire o credor o direito à pena convencional, quando não queira exigir o cumprimento específico da obrigação É êste o alcance da disposição exarada

no § 2 ° do art 676 °, determinado pela doutrina neste artigo sancionada

O nosso cód civil não limita a importância da cláusula penal, que fica completamente no arbítrio dos contraentes, podendo haver grave desproporção entre ela e o objecto do contrato

No cód civil brasileiro estatue-se (art. 920.°) que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. A aplicação dêste artigo pode envolver dificuldades, quanto à determinação do valor da obrigação principal É assim que, podendo dar-se valor patrimonial a prestações que, tendo por fim um interêsse legítimo, não representem um valor pecuniário bem definido, tornar-se há neste caso arbitrária a comparação.

No cód civil alemão estabelece-se (art. 343 °) que se o valor da pena convencionada é completamente desproporcionado, êsse valor pode, a requerimento do devedor, ser reduzido pelo juiz ao valor conveniente. Nesta apreciação, dever-se há ter em consideração todo o legítimo interêsse do credor e não sòmente o interêsse pecuniário. Quando se pagou a pena, a redução não se admite.

Por esta disposição quis-se evitar a estipulação de cláusulas penais excessivas, sobretudo em contratos de prestação de serviços, cláusulas que representam uma ofensa à lealdade que deve existir nos contratos e que o Estado não deve garantir (1)

No código federal suiço, sancionando-se (art 182.°) o princípio de que as partes têm a faculdade de estipular a pena que bem lhes aprouver, tendo contudo o juiz o direito de mitigar as que julgar excessivas, dispõe-se (art. 180 °) que, tendo as partes fixado a indemnização de perdas e danos,

(1) No cod civil brasileiro, preceituando-se (art. 924.°) que, se fôr cumprida em parte a obrigação, podera o juiz reduzir proporcionalmente a pena para o caso de mora, ou de inadimplemento, no art. 927 ° declara-se que o devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva, sendo a pena devida sem que seja necessario que o credor alegue prejuizo.

essa indemnização pode ser aumentada provando-se culpa da parte do devedor, quando os danos sofridos pelo credor sejam superiores à pena convencionada. Pelo cód. civil alemão (art. 340.°), o credor pode exigir no caso de inexecução a pena convencional, como representando o mínimo do prejuízo, não estando inibido de pedir indemnização superior; e tem o mesmo direito (art. 341 °) no caso de execução que não seja integral ou pontual

Sendo a pena convencional uma cláusula acessória, segue-se que essa pena não pode subsistir no caso em que seja nula a obrigação principal, e que a nulidade da cláusula não tem como consequência a nulidade da obrigação (art. 673 °).

Neste caso, sendo nula a cláusula penal, a indemnização de perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação e os efeitos que dêsse não cumprimento derivam, determinam-se em harmonia com os princípios gerais.

Estabelecendo-se a pena convencional para o caso de não cumprimento da obrigação ou de não cumprimento pontual ou integral, essa pena não pode ser aplicada sempre que a obrigação não seja cumprida por causa legítima ou por facto não imputável ao devedor (art. 677 °)

A êste respeito têm de aplicar-se os mesmos princípios que para a determinação da responsabilidade civil pelo não cumprimento das obrigações

Nos contratos comutativos é muito frequente o *sinal*, que consiste numa cousa ou quantia que uma das partes dá à outra para assegurar o cumprimento duma obrigação. Coelho da Rocha, ensinando que «o *sinal* contém uma espécie de condição resolutiva, cujo efeito é ser livre a qualquer das partes arrepender-se, perdendo o sinal aquela que o deu, ou repondo-o em dôbro aquela que o aceitou», nota que «se essa cousa é dada em sinal e *princípio de paga*, já não é livre o arrepender-se», e que «em comércio entende-se em princípio de paga, na falta de declaração» Trata em seguida das graves dificuldades que, em matéria de sinal nos contratos, suscitava a Ord. no liv 4, tít 2 °, §§ 1.°-3 °, relativamente a considerar-se, na falta de estipulação, como sendo princípio de pagamento, e se continha efeito suspensivo ou resolutivo, isto é, se o contrato ficava perfeito e se desfazia pela reposição do sinal, ou se ficava suspenso e por aperfeiçoar até êsse tempo

O autor do cód. civil não formulou nenhuma disposição de carácter genérico acêrca do sinal, que tivesse por fim interpretar a vontade dos contraentes. Relativamente ao sinal apenas se preceitua no art. 1548.°, em que se trata da promessa recíproca de compra e venda, que, se houver sinal passado, a perda dele ou a sua restituição em dôbro valerá como compensação de perdas e danos

Trata-se evidentemente neste caso dum contrato em que o sinal exerce a mesma função que a cláusula penal, com a diferença de que se antecipa o pagamento, assegurando-se assim mais eficazmente o cumprimento da obrigação (1)

Havendo o contrato promessa, a realização do contrato a que a promessa respeita, fica, como já notámos, dependente da vontade dos contraentes, que não podem ser coagidos ao seu cumprimento específico. Se houver prazo fixado, e não fôr realizado o contrato dentro dêsse prazo, o contraente que esteja disposto a cumprir pode considerar-se desobrigado e tem direito ao sinal, ou à sua restituição em dôbro Se não há prazo prefixado, ou tem de ser interpelado ou notificado o contraente que não esteja disposto a cumprir, se foi o que deu o sinal, para que cumpra ou perca o direito ao sinal, ou tem de ser accionado, fazendo-se o pedido em alternativa, cumprir o contrato ou restituir o sinal em dôbro, se se recusar ao cumprimento do contrato quem o tenha recebido (2)

(1) Cfr a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol. 24.°, pag. 181, e Dr Cunha Gonçalves, *obr cit.*, tômo 1.°, pag 39;

(2) Sôbre a necessidade da interpelação ou notificação, quando não haja prazo, vejam os acs do S T de Justiça de 29 de outubro de 1886 e 1 de julho de 1887, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 29 °, pag 189. Cumpre-nos notar, porem, que a interpelação ou notificação so se tornam necessarias, em principio, para pedir a indemnização de perdas e danos Relativamente ao cumprimento, so se torna necessaria a interpe-

Êste contraente não pode ser obrigado, desde que o devedor esteja em mora, a restituir o sinal, porque pode considerar-se desobrigado desde êsse momento (art 709 °)

Pelo sinal assegura-se o cumprimento da obrigação, e portanto não há direito ao sinal sempre que não seja imputável ao devedor o não cumprimento Aplicam-se ao sinal os mesmos princípios que à cláusula penal.

Em geral deve presumir-se que o sinal significa que o contrato é obrigatório, e, quando consista em dinheiro, que êste se dá por conta do pagamento. Desempenhando o sinal esta função, os pactuantes têm o direito, ou de exigir o cumprimento do contrato, ou de receber o sinal como indemnização de perdas e danos, desde que haja mora no cumprimento da obrigação

Pode, porém, o sinal significar que os contraentes não ficam

lação ou notificação nos casos em que a lei as exige para legitimar êsse pedido

A interpelação feita ao devedor perante duas testemunhas produz o mesmo efeito que a notificação judicial, como dissemos no lugar competente (pag 130) Depois de impressa esta parte do nosso trabalho, lêmos uma sentença do douto juiz DR. EDUARDO DE CARVALHO, em que êle afirma que «depois da vigência do cod. de proc civil a interpelação ja se não faz por meio de testemunhas, e sim mediante o processo que o art. 645.° de tal codigo criou, e que não pode ser preterido, pois a ordem do processo e materia de interêsse publico, que a convenção particular não altera ou derroga», citando a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 37.°, pag 373, e o DR DIAS FERREIRA, *Cód de proc civil an.*, tômo 2.°, pag. 140, como sequazes da mesma doutrina Veja-se *Trabalhos juridicos*, I, pag 395.

O DR DIAS FERREIRA, que sustentara efectivamente essa doutrina no lugar citado, diz no *Cod civil an*, tômo 2 °, 2.ª ediç., pag. 47 «Ainda depois da promulgação do cod. de proc. civil e admissivel a intimação *extra-judicial* feita *pelo próprio credor,* ou por seu procurador, nos termos do art 1332 °, perante duas testemunhas, porque o art 645 ° daquele codigo, não se ocupou de revogar a parte 2.ª do § 2 ° do presente artigo, mas sim e simplesmente de regular as condições da interpelação judicial, que ha de ser feita por meio de notificação judicial, sem admitir oposição alguma, nem sequer distribuição, e que ha de ser entregue depois de feita a quem a tiver requerido». A *Revista* cit, referindo-se a notificação judicial, não diz que seja inadmissível a interpelação.

adstritos ao cumprimento do contrato, sendo a perda dele a pena que tem de sofrer o contraente que se arrependa Neste caso, embora um dos contraentes possa ser, pela natureza da obrigação, coactivamente adstrito ao cumprimento do contrato, não poderá o outro compelí-lo a êsse cumprimento (1)

É em harmonia com as circunstâncias que se devem determinar os efeitos jurídicos do sinal pela função que no contrato exerce.

201. *Dissolução dos contratos; seus efeitos.* Os contratos desfazem-se por mútuo acôrdo das partes, por mera vontade duma das partes, ou pela sua morte, nos casos em que uma cláusula do contrato ou a lei assim o facultam ou determinam; pelo seu não cumprimento, em virtude de condição resolutiva, por nulidade na sua formação.

Não há no nosso código civil uma terminologia rigorosa para exprimir a dissolução dos contratos conforme a sua causa, sendo certo todavia que as condições e efeitos dessa dissolução são muito diversos.

A dissolução do contrato por vontade de ambas as partes, representando um acôrdo inverso ao do contrato, pode chamar-se *distrato*, sendo a palavra *distrate* usada especialmente para significar a resolução dum contrato de crédito O distrato em matéria de obrigações depende da vontade das partes (art. 702.°), não tendo, quanto às suas condições e efeitos, outros limites que não sejam os direitos de terceiros. Em relação a estes, o distrato não pode ter, quando a obrigação esteja em via de execução, efeito retroactivo, subsistindo as

(1) A doutrina exposta no texto e a que foi sancionada no cod. civil brasileiro, artt 1094 ° a 1096 °, assim redigidos·

O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes, firma a presunção de acôrdo final e torna obrigatorio o contrato

Podem, porem, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas Em caso tal se o arrependido for o que as deu, perdê-las ha em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las ha em dôbro.

Salvo estipulaçao em contrario, as arras em dinheiro consideram-se principio de pagamento. Fora êsse caso devem ser restituidas, quando o contrato for concluido ou ficar desfeito.

situações subjectivas que se hajam constituído. Dum modo geral pode dizer-se que pelo distrato se põe termo ao contrato.

A dissolução do contrato por vontade duma das partes pode dar-se ja por cláusula do contrato, já porque a lei a faculta, já em virtude de factos supervenientes que tornam a resolução do contrato dependente da vontade duma das partes.

Havendo cláusula que faculte a uma das partes nos contratos de duração indeterminada ou a têrmo a resolução do contrato, esta, dando-se em virtude dum acôrdo prévio, também se pode chamar distrato

É assim que, clausulando-se num contrato de usura que êste é feito por um ano, mas que o devedor pode, se assim lhe convier, entregar essa quantia antes de findo êsse prazo, êste será obrigatório apenas para o credor, podendo o devedor distratar quando lhe aprouver. Em geral, nos contratos de sociedade, de prestação de serviços ou de cousas que devam ser restituídas, em que não haja prazos fixados pelas partes, ou pela lei em disposições de carácter supletivo, pode uma das partes pedir a dissolução do contrato

Necessário se torna, porém, ver em que condições a lei a faculta, que podem ser diversas conforme se trate do devedor ou do credor

É assim que no contrato de usura que não seja estipulado por tempo certo, o devedor pode distratar quando lhe aprouver, o credor tem o mesmo direito, mas deve prevenir o devedor com antecipaçao de trinta dias pelo menos (art 1641 °)

Em algumas disposições, a lei atribue a uma das partes o direito de desistir ou renunciar aos direitos que para ela resultam de um contrato e de revogar os que por êle conferiu.

É assim que, em relação ao contrato de empreitada, se determina que o dono da obra pode desistir da empreitada começada (art 1402 °), em relação ao contrato de mandato, que o mandatário pode renunciar ao mandato (artt 1363 ° n ° 2 ° e 1368 °) e que o mandante pode revogar o mandato (artt 1363.° n.° 1 ° e 1364 °).

A dissolução dos contratos dá-se, nos casos referidos, por

um negócio jurídico unilateral, que produzirá os seus efeitos logo que seja notificada a outra parte com as formalidades estabelecidas pela lei, e, para se determinarem os efeitos que resultam dêsse negócio jurídico, devem ter-se em vista as disposições da lei.

É assim que o empreiteiro tem direito, quando o dono da obra desista da empreitada, a indemnização por todos os seus gastos e trabalho e pelos lucros que poderia tirar da obra.

Do mesmo modo que o distrato, a resolução dos contratos por vontade duma das partes não pode ter efeito retroactivo.

Não produz também êste efeito a resolução dum contrato em virtude de um facto superveniente, de que deriva para uma das partes êsse direito, tornando-se necessário atender a êsse facto e à natureza do contrato para se determinarem as consequências que da resolução do contrato resultam.

Nos contratos bilaterais, a resolução do contrato terá ordinàriamente por causa o não cumprimento das obrigações dele resultantes por uma das partes, que ficará adstrita à indemnização de perdas e danos, se êsse não cumprimento fôr devido a culpa Aplica-se, neste caso, a doutrina relativa ao não cumprimento das obrigações

Pode ser, porém, estranho ao cumprimento do contrato, modificando todavia as condições em que devia dar-se êsse cumprimento, ou que no momento do contrato se pressupunham, o facto de que resulta o direito de resolução. É assim que o serviçal contratado por certo tempo pode despedir-se, se o amo mudar de residência (art. 1377 ° n ° 5 °).

A dissolução dos contratos bilaterais pelo seu não cumprimento ou por qualquer facto superveniente que modifica as condições do contrato, tem pròpriamente a designação de *rescisão*

Nos contratos gratuitos, a sua resolução tem como efeito a restituição dos bens que o donatário haja recebido, e, se houverem sido alienados do seu valor. Pela resolução do contrato fica sem efeito a doação, mas essa resolução, operando-se no momento em que o doador manifesta a vontade de revogar a disposição em favor do donatário, não pode invalidar os actos que por êste tenham sido realizados antes

que o doador intente a respectiva acção. A dissolução dêstes contratos chama-se *revogação*.

Os direitos e obrigações resultantes dos contratos podem transmitir-se entre vivos ou por morte, salvo se forem puramente pessoais por sua natureza, por efeito do contrato, ou por disposição da lei (art. 703.°). Dêste princípio deriva que as relações que pelos contratos se estabelecem não se dissolvem por morte de qualquer das partes, transmitindo-se aos herdeiros. Contratos há, porém, que, pressupondo mútua confiança entre as partes ou exigindo competência técnica, se dissolvem por morte duma delas ou daquela em quem se dá essa competência. É assim que o contrato de sociedade se dissolve por morte de qualquer dos sócios, se não houver estipulação em contrário (art. 1276.° n.° 4.° e cód. com., art. 120.° §§ 1.° e 2.°); que o contrato de empreitada se pode resolver pela morte do empreiteiro (art. 1403.°).

A dissolução pode dar-se, como se vê dos artigos citados, de pleno direito, ou ficar dependente da vontade da outra parte. Neste caso, a morte representa um facto superveniente em virtude do qual se pode resolver o contrato. No outro caso, põe têrmo ao contrato, tendo de aplicar-se os mesmos princípios, salvas disposições especiais da lei, que no caso de distrato. É assim que, preceituando-se no art. 1385.° que o contrato de serviço doméstico resolve-se por morte do amo, se determina que o serviçal terá direito de ser pago das soldadas vencidas e de quinze dias mais.

O não cumprimento dos contratos dá, como vimos, direito à sua rescisão. Esta não tem efeito retroactivo, não sendo anulados em virtude dela quaisquer direitos de terceiros legìtimamente adquiridos em relação ao contrato, e a rescisão não se admite, como já notámos, quando pelo contrato se haja efectuado a transferência da propriedade com a tradição da cousa e não seja pago o preço.

O não cumprimento dos contratos não representa, pois, no nosso direito uma condição resolutiva. Quando se haja estabelecido esta condição, dar-se há à dissolução efeito

retroactivo, mas não pode admitir-se como condição resolutiva um facto em que não possa fundar-se a rescisão do contrato pelo seu não cumprimento. É assim que não podendo ser rescindida a venda de cousa mobiliária ou imobiliária depois da entrega por falta de pagamento do preço (art. 1585.°), também não pode estabelecer-se êste facto como condição resolutiva.

A anulação dum contrato tem como consequência o restabelecimento da situação anterior ao mesmo contrato. É o que se preceitua no art. 697.° e que resulta do próprio conceito de anulação.

No vício do contrato que determina a sua nulidade pode haver responsabilidade duma das partes, e, neste caso, a outra terá direito a indemnização. Necessário é, pois, determinar os casos em que se dá essa responsabilidade e em que consiste a indemnização.

Não há dúvida de que a parte que realiza o contrato sabendo que êle é nulo por ser impossível o seu objecto, ou que se dá em relação a êste, à causa do contrato, ou à pessoa em razão da qual se contrata, um êrro em virtude do qual êle pode ser anulado, será responsável pelas perdas e danos que para a outra parte resultam de haver confiado na validade do contrato. O direito a esta indemnização é reconhecido, dum modo geral, no art. 697.° § 2.°, e, em relação à venda de cousa alheia, no art. 1555.°

Supondo-se, porém, que não é conhecido de nenhuma das partes contratantes o vício que determina a nulidade do contrato, mas que uma delas, se houvesse procedido com a diligência que a lealdade e a boa fé exigem nos contratos, poderia conhecer êsse vício, será esta responsável pelos prejuízos que da anulação do contrato resultam para a outra parte?

Êste assunto, sôbre que há uma teoria relativamente recente, merece, pela sua importância, que lhe dediquemos especial atenção.

202 *A culpa in contrahendo.* IHERING formulou, generalizando algumas disposições do direito romano, a teoria

denominada da *culpa in contrahendo,* segundo a qual a pessoa que faz a proposta dum contrato, e só pelo facto de a fazer, se constitue na obrigação de se certificar de que não há na sua formação a falta de nenhum dos requisitos que a lei exige para a sua validade ou existência Essa obrigação como que resulta dum pacto que se considera implícitamente estipulado entre as partes no momento em que é aceita a proposta, e que subsiste quando o contrato é anulado. A responsabilidade de indemnizar os prejuízos resultantes de se haver efectuado o contrato tem assim a sua causa no próprio contrato, visto que, sendo êste nulo em relação às prestações a que os contraentes por êle estavam adstritos, não o é o compromisso recíproco, dêle independente, de os contraentes responderem pela culpa na formação do mesmo contrato.

Sendo, pois, o contrato declarado nulo por motivo pessoal do proponente ou deduzido da natureza do objecto da prestação, o autor da proposta deve ser responsável, pressupondo-se que não verificou devidamente os requisitos necessários para a existência ou validade do contrato

O critério por que, verificando-se a *culpa in contrahendo,* se determina a indemnização, é o dos interêsses negativos— *negatives Vertrags-Interesse.* Sendo nulo o contrato, nenhuma das partes se pode considerar credora, a prestação a que uma fica adstrita não entra no património da outra, e esta não pode portanto exigir os interêsses positivos correspondentes ao valor económico dessa prestação — *Erfullungs-Interesse,* pode, porém, exigir a indemnização dos prejuízos que para ela resultam do facto de haver celebrado o contrato, entre os quais se incluem os interêsses que ela auferiria, se porventura o não houvesse realizado (1)

O código civil alemão sancionou a doutrina de IHERING preceituando (art. 307 °) que, aquele que na formação dum contrato, cujo objecto é impossível, conhece ou deve conhecer esta circunstância, fica obrigado a reparar o dano que a outra parte sofra por haver confiado na validade do contrato, sem que todavia o valor da indemnização possa exceder o interêsse desta parte, se o contrato fôsse válido. A obrigação de reparar o dano não tem lugar se a outra parte conhece ou deve conhecer a impossibilidade.

(1) *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interêts dans les conventions nulles ou restees imparfaites,* nas *Oeuvres choisies,* trad. de MEULENAERE, tômo 2 °, pagg. 1 — 100

Não foi só na Alemanha que a teoria de IHERING exerceu influência Essa teoria tem sido aceita em outros países como sendo não só a expressão da justiça, mas dos princípios sancionados nas respectivas legislações.

Em França, a teoria da *culpa in contrahendo* foi por alguns jurisconsultos considerada não só muito racional, mas «perfeitamente conciliável com os princípios gerais do direito francês, e com a grande vantagem de legitimar as soluções reclamadas pela equidade e que a jurisprudência por vezes dificilmente podia motivar» Assim pensam BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE.

Na Itália, CHIRONI aceita o conceito e a designação da *culpa in contrahendo,* fazendo algumas modificações a essa teoria, e especialmente a de não relacionar a culpa contratual com uma obrigação distinta da viciada, considerando-a como tendo a sua origem no mesmo vínculo obrigatório, de que separa a parte ineficaz no *momento* em que as vontades se encontram, para garantir a seriedade dos próprios actos conducentes à constituição do vínculo «Esta *garantia* sobrevive à parte da obrigação que se anula, e, estando contida na obrigação, a culpa que a ela se refere é contratual e o contrato é o mesmo que, declarado insubsistente no que respeita à prestação concretamente considerada, vive ainda na obrigação do proponente de garantir ao aceitante, que desconhece o vício, a seriedade da proposta, a verdade do direito que tem a intenção de transferir» (1).

No Brasil, o DR. CARVALHO DE MENDONÇA, afirmando que os «códigos, em geral, só tratam da culpa quando cometida na execução das obrigações», e que, «a-pesar disso, existe

(1) *Colpa contrattuale,* 2.ª ed., pag. 101

positivamente culpa na formação do contrato a que se denomina modernamente *culpa in contrahendo*», considera esta espécie de culpa extra-contratual, «pois que não se discute o inadimplemento ocorrido por negligência e sim pela anulação ou inexistência do próprio contrato».

Declara, porém, que essa culpa é «referente à formação do próprio contrato e deve ser apreciada pelos mesmos princípios reguladores da culpa relativa à sua execução, conforme a natureza do mesmo contrato».

«Sempre que duas pessoas, continua o distinto professor, se propõem a formar um contrato, o policitante obriga-se a responder para com o outro, no que diz respeito à formação do contrato, pela mesma culpa por que se responsabiliza em virtude do mesmo contrato; em uma palavra, vincula-se a evitar toda a culpa. Isto é implícito, é da natureza das cousas, é uma convenção tácita, como o demonstra o próprio facto de se formar o contrato

Nos contratos bilaterais êsse pacto é recíproco.

Quem contrata deve ter bem assentado que a obrigação assumida não é contrária à existência e validade do contrato que se forma, que garante ter bem verificado suas condições de procedência, de maneira a não resultar dele nenhum dano ao contratante. Daí conclue-se que uma nulidade sobrevinda ulteriormente deve produzir efeitos que recaiam sôbre quem faltou a êsse dever, ou deu causa à nulidade ou resolução.

Pressupõe-se que ocultou ou dissimulou a impossibilidade do contrato e deve por isso à outra parte reparação das vantagens que esta perdeu se não tivesse efectuado tal contrato, ou perdas e danos negativos, *negatives Vertrags-Interesse* dos alemães.

Tais são todos esses vícios objectivos e subjectivos que invalidam os contratos e que sejam imputáveis à má fé ou simulação do devedor, como: o êrro essencial sôbre a pessoa ou cousa, que é tantas vezes causa de resolução, a violência dum dos contratantes, o perecimento dissimulado da cousa vendida antes do contrato de venda; a venda da cousa doutrem, etc».

E, traduzindo o art. 307.º do código civil alemão, termina: «Essa doutrina não é excepcional e própria à legislação germânica; é uma generalização que entra no quadro de todas as legislações modernas e, portanto, da nossa»

Alguns jurisconsultos, admitindo em princípio a doutrina formulada por IHERING, sustentam que a culpa tem carácter extracontratual, devendo ser consequentemente determinada em harmonia com as disposições que regulam as infracções duma obrigação geral e negativa, como é a de não lesar os direitos dos outros, e não segundo as normas que regulam a culpa no não cumprimento das obrigações que pelos contratos se estabelecem. Não podendo o contrato produzir efeitos desde que é declarada a sua nulidade, não é pelo vínculo contratual que o contraente se torna responsável para com a outra parte A obrigação de se usar da diligência devida para com as pessoas com quem se contrata pode ser imposta pela lei, mas terá carácter geral e será portanto impessoal. No momento em que se infringe essa obrigação é que nasce a de reparar o dano causado, nao se filiando pois esta responsabilidade numa obrigação relativa e preexistente de carácter contratual

Outros jurisconsultos pronunciam-se no sentido de que, devendo dar-se responsabilidade *pela culpa in contrahendo* essa responsabilidade terá o carácter ora de contratual ora de extracontratual, conforme seja ou não susceptível de execução o contrato nulo

POIACCO diz que, de per si, a obrigação de não causar dano a outrem de nenhum modo, e portanto a de não propor imprudentemente ou por dolo um contrato que depois se declare nulo, é e fica sempre a obrigação genérica do *neminem laedere*, que, sendo infringida, gera a culpa extracontratual no momento em que uma pessoa entra em relações com outra. Quando a culpa aquiliana se subjectiva, há sempre pessoas determinadas, uma das quais causa um dano à outra por que é responsável, não em virtude de qualquer acôrdo com ela, mas porque infringiu a obrigação genérica de não causar dano a outrem. Não há razão alguma para se supor tal acôrdo

tácito, quando o facto por que se causa êsse dano é a proposta ou conclusão dum contrato.

Distingue, porém, o caso da nulidade absoluta do da simples anulabilidade Nesta última, diz POLACCO, como no caso de incapacidade legal ou de vício de vontade, o contrato é subsistente, e tanto que a execução voluntária ou a ratificação, desde que se dêem com conhecimento do vício e no tempo e pelo modo devidos, sanam êsse vício Ora sendo pedida a rescisão dos contratos simplesmente anuláveis por quem tenha culpa na sua formação, pode dizer-se que esta culpa se repercute na execução e tem carácter contratual.

E' o que se dará, exemplifica, se contrato com um menor ignorando que o seja, sendo escusável o meu êrro e procedendo o menor com dolo ou culpa Anulado que seja o contrato, a culpa originária faz com que eu possa pedir a indemnização a título de culpa contratual, porque o contrato era exequível e, se não se cumpre, é por facto do menor ou de quem o representa. Se o contrato é anulado a pedido de quem foi vítima da culpa na sua formação, e o vício que determina a nulidade respeita ao consentimento e não ao título, à prestação ou à cousa, a culpa deverá considerar-se extracontratual, porque, desde que o contrato se anula por iniciativa de quem foi vítima do êrro, a indemnização só pode ter por causa a culpa aquiliana Se se trata, porém, de um vício no título de adquisição, como a venda de cousa alheia, ou de vícios ocultos da cousa, pode dizer-se que a culpa na formação se traduz na execução, visto que se dá a possibilidade de se cumprir o contrato.

Tratando-se de nulidade absoluta, como se fôr vendida uma cousa que esteja fóra do comércio, então o contrato não chega a ter vida e por isso a indemnização eventualmente devida por uma das partes deve dizer-se efeito da culpa aquiliana (1).

Há finalmente alguns jurisconsultos que não admitem a teoria da *culpa in contrahendo* em face de alguns códigos.

(1) *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, pagg. 308 e segg.

E' assim que NICOLA COVIELLO diz: «A denominada teoria da *culpa in contrahendo*, isto é, da responsabilidade pela formação dum negócio nulo, pelo simples facto de que da nulidade provenham danos à outra parte interessada, não é fundada no nosso direito, que em princípio não reconhece outra responsabilidade senão a que deriva da culpa contratual ou da aquiliana» (1)

Exposta a teoria da culpa e as aplicações que dela se têm feito, o que julgamos indispensável para bem se compreender o seu alcance, vejamos se será admissível essa teoria em face do nosso código civil

Na formação dos contratos há, segundo o nosso código civil, dolo ou má fé como causas que obrigam à indemnização de perdas e danos Não há nenhuma disposição expressa em que se estabeleça essa obrigação para o caso de mera culpa.

No caso de dolo ou má fé, a indemnização dá-se em favor da parte que deles seja vítima, e só esta tem o direito de pedir a rescisão do contrato, quando se trate de nulidade relativa determinada por vício de vontade E' o que se preceitua no art 695 °, em que se declara que nenhum contraente pode socorrer-se à nulidade resultante da incapacidade do outro contraente, nem alegar êrro ou coacção para que haja contribuido

Nestes casos, é óbvio que não pode aplicar-se a teoria de IHERING E' a pessoa a favor de quem se estabelece a nulidade e de cuja vontade depende a subsistência do contrato, que pede a rescisão dêste. A indemnização de perdas e danos a que ela tem direito é a dos que resultam do facto de haver efectuado o contrato, mas a culpa não pode considerar-se como tendo carácter contratual Houve por parte de um dos contraentes um facto que não pode deixar de considerar-se ilícito, não sendo sequer admissível acôrdo dos contraentes pelo qual renunciem à nulidade e ao direito de indemnização (art 668.º) A indemnização das perdas e danos pode,

(1) *Manualle di diritto civile italiano*, 2 ª ediç., pag. 371.

nos casos de dolo ou coacção, ser devida por terceiro, sendo da mesma natureza e produzindo os mesmos efeitos a responsabilidade em que êste incorre.

No caso de nulidade por incapacidade pessoal, o dolo ou a má fé por parte do incapaz, nos casos em que, em virtude do dolo ou má fé, não deva considerar-se subsistente o contrato, só podem tornar êsse incapaz responsável em harmonia com as normas que regulam a culpa extracontratual.

Tratando-se de nulidade absoluta, e havendo dolo ou má fé, os princípios a aplicar pelo que respeita à causa da obrigação de indemnizacão de perdas e danos são os mesmos O contrato não pode considerar-se subsistente e dele não pode consequentemente derivar, visto que não é fonte de direitos e obrigações, o direito a indemnização de perdas e danos O direito a essa indemnização tem a sua causa no dolo ou na má fé. Estes deram se na formação dum contrato, e a êste deve atender-se portanto para determinar as perdas e danos que, mais ou menos directamente, estarão relacionados com o contrato, que pode e deve ser considerado, em relação a uma ou a ambas as partes, como um facto ilícito

Do mesmo modo que em relação às nulidades relativas, quando o dolo ou má fé se dê apenas num dos contraentes, êste ou deve indemnização pelo facto ilícito que praticou em harmonia com as normas que regulam a responsabilidade civil, ou perderá o que haja prestado à parte que esteja de boa fé, sendo obrigado a restituir-lhe o que dela haja recebido. E' êste o princípio que está formulado no código civil (art. 692 °) relativamente aos contratos que tenham por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado.

Nos casos em que, dando-se a impossibilidade da prestação, ou, sendo esta possível, haja um vício no contrato em virtude do qual êste possa ser rescindido, e em que ambas as partes estejam de boa fé, não tendo conhecimento da impossibilidade da prestação ou do vício, é necessário, para determinar a indemnização a que tem direito a parte em relação à qual se não pode efectuar a prestação, ou não se efectua nas condições ajustadas ou pressupostas, ou que é privada do objecto da mesma prestação, se existe ou não em

relação à outra parte a obrigação de garantia e as condições em que esta é estabelecida pela lei.

Assim, no caso de venda de cousa alheia determina-se (art. 1555.°) que o vendedor responderá por perdas e danos, tendo procedido com dolo ou má fé. Mas haverá apenas direito a indemnização quando haja dolo ou má fé?

No art. 1555.° não se faz distinção entre os casos de haver e de não haver sido entregue a cousa vendida. No art. 1581.° declara-se, porém, que o vendedor é obrigado a assegurar a propriedade e posse pacífica do comprador, e a prestar a eviccão.

Nos contratos de venda, o transmitente fica, pois, obrigado a transferir a propriedade da cousa, e esta obrigação subsiste no caso de venda de cousa alheia, derivando dela o direito de indemnização O vendedor, não entregando a cousa, não cumpre, tendo de aplicar-se assim os princípios relativos ao não cumprimento das obrigações sinalagmáticas, pelos quais o vendedor é obrigado a indemnizar o comprador

No caso de evicção, e na hipótese de o vendedor estar de boa fé, essa indemnização é a do art. 1047 °; na hipótese de o vendedor estar de má fé, é a do art. 1048 °. No caso de inexecução, devem aplicar-se os mesmos princípios

Havendo boa fé, o alheador será obrigado a restituir o preço e os gastos que o adquirente tenha feito com o contrato; havendo má fé terá de indemnizar o comprador não só dos danos emergentes, mas ainda dos lucros que êle teria auferido, se o contrato fôsse cumprido (artt. 706 °, 709.° e 1555 °)

Considerando-se subsistente a obrigação que uma das partes assumiu pelo contrato, tendo de ser consequentemente rescindido o contrato por inexecução, a consequência será, quando essa inexecução seja imputável a um dos contraentes por haver dolo ou má fé da sua parte, a sua responsabilidade pelos danos que sofra o outro contraente, e nesses danos devem incluir-se os lucros cessantes, isto é, os interêsses que êle auferiria se o contrato fôsse cumprido.

São estes os princípios que, em nossa opinião, terão de aplicar-se também no caso de responsabilidade pelos vícios

ocultos Dada esta responsabilidade, não se tratará pròpriamente duma acção de anulação, mas da rescisão do contrato.

Haverá, porém, a obrigação de indemnização de perdas e danos no caso de venda de cousa alheia e da responsabilidade por vícios ocultos, compreendendo os lucros cessantes, quando haja culpa por parte do alheador, isto é, quando êle não sabia mas devia saber que a cousa era alheia ou que tinha os vícios?

Nos princípios que expuzemos acêrca do cumprimento das obrigações, vimos que o devedor só se isenta de responsabilidade, quando o não cumprimento seja devido a caso fortuito ou de fôrça maior A questão resume-se. pois, em verificar se, dada a impossibilidade do cumprimento do contrato, resultando essa impossibilidade dum facto anterior à conclusão do mesmo contrato e de que uma das partes devia ter, mas por negligência não teve, conhecimento, se deverá atribuir a culpa o não cumprimento, havendo responsabilidade por perdas e danos

Como vimos, o código distingue, no caso de venda de cousa alheia entre boa fé e má fé. Boa fé e má fé são estados de consciência; ou existem, ou não existem. Não há meio têrmo Se o alheador tem dúvidas acêrca da propriedade da cousa, a boa fé exige que as declare ao comprador; se não tem dúvidas, não pode deixar de considerar-se de boa fé Quando se dêem, porém, circunstâncias tais que o alheador devesse ter pelo menos essas dúvidas, como tendo adquirido a cousa em condições que, atenta a sua inteligência e o cuidado com que gere os seus negócios, devesse suspeitar da legitimidade dessa adquisição, realizando o contrato sem se certificar de que a cousa é realmente sua ou que pode dispor dela, e sem sequer prevenir o adquirente dessas circunstâncias, não poderá deixar de lhe ser imputada a responsabilidade de perdas e danos como se estivera de má fé.

Aqui haverá *culpa in contrahendo* que, pela subsistência da obrigação em virtude da garantia, deve produzir os mesmos efeitos que a má fé. E' isto, pelo menos, o que exige a boa fé que deve haver nas relações contratuais.

E esta a doutrina que consideramos sancionada no nosso código civil

A teoria da *culpa in contrahendo*, que pode considerar-se aceitável no tocante à indemnização de perdas e danos nos casos em que, em virtude de garantia legal ou contratual, subsiste o vínculo obrigatório, não poderá aplicar-se às nulidades relativas provenientes de incapacidade pessoal. Dadas estas nulidades, ou o incapaz não as torna efectivas, e, em tal caso, o contrato considerar-se há subsistente, ou êle promove a anulação, e a mesma razão que determina a nulidade do contrato quanto às prestações nele estipuladas, levará a considerar nulo o pacto, que se pressupõe, acêrca da responsabilidade que os contraentes assumem no caso de por culpa não ser válido o contrato. E' esta a consequência que deriva de se aplicarem as normas que regulam a culpa na execução do contrato à formação do mesmo contrato, considerando-se contratual a obrigação que nessa culpa se filia

Outros são os princípios que se aplicam em matéria de culpa extracontratual A culpa determina-se abstractamente e considera-se dela susceptível quem tenha discernimento

Desde que, no período da formação do contrato, há relações entre pessoas determinadas e os pactuantes se devem conhecer recìprocamente, afigura-se-nos que, a admitir-se, como é de justiça, a responsabilidade pela culpa ou negligência que haja na verificação dos requisitos necessários para a validade ou existência do contrato, essa culpa deve ser determinada não abstractamente, mas em relação ao cuidado ou diligência que para o contrato se requer e de que os contraentes são capazes.

Nesta parte afigura-se-nos também aceitável a teoria da *culpa in contrahendo*

§ 34 — *Os contratos em relação a terceiros.*

GIOVANNI PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, ACHILLE GIOVENE, *Dell'efficacia del negozio giuridico rispetto ai terzi*, TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers, son fonctionnement, ses applications actuelles*, CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui et ses principales applications*, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 3.ª ediç., pagg 391 e segg , SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg 268 e segg

203. *Os contratos produzem excepcionalmente efeitos em relação a terceiros, sendo esses efeitos diversos conforme a natureza do contrato e as relações entre os estipulantes e terceiros* Os contratos, representando um acôrdo em virtude do qual se estabelece um vínculo jurídico, produzem normalmente os seus efeitos entre as partes. Esses efeitos podem, porém, por vontade das próprias partes, produzir-se em relação a terceiros. Quando entre estes e um dos estipulantes já exista um vínculo de obrigação, podem esses efeitos produzir-se independentemente da sua vontade, se a lei assim o determinar ou se o estipulante puder dispor do direito que tem em relação ao terceiro sem o seu consentimento; quando se torne necessário êste consentimento, êsse efeito ficará dependente da vontade do terceiro. Quando não haja uma relação de obrigação entre os estipulantes e terceiro, pode pelo contrato estabelecer-se essa relação, constituindo-se um deles na obrigação de efectuar uma determinada prestação em benefício do terceiro

Exemplifiquemos.

O cód de proc. comercial preceitua (art 286 °) que, antes da declaração da falência, ou depois, em qualquer estado do processo, podem fazer concordata com o devedor, ou com os seus herdeiros e representantes, os legítimos credores dêle em número não inferior a dois terços ou três quartos dos não privilegiados, representando, pelo menos, dois terços do capital ou três quartos da totalidade dos créditos também não privilegiados nem preferentes. Essas concordatas

têm por fim a redução do passivo, que não pode exceder a 50 % ou a 70 %, conforme o número de credores que a aceitarem e o capital que representarem, e a fixação dos prazos em que devem pagar-se os créditos, que não poderá ser superior a três anos

Desde que seja aceita a concordata pelo número de credores exigido pela lei e homologada pelo tribunal, torna-se obrigatória para todos os credores do concordado que a não aceitaram. Essa concordata produz portanto os seus efeitos em relação aos credores que não a assinaram e que não podem deixar de considerar-se terceiros

A homologação da concordata tem por fim verificar se no contrato celebrado entre o devedor e os credores se observaram ou não as condições prescritas pela lei para êsse contrato. Os efeitos, pois, da concordata, em relação aos credores que a não aceitam, resultam do contrato e não da sentença que o homologou.

Quem tenha um direito de crédito pode cedê-lo a título gratuito ou oneroso Realizado o contrato de cessão, êsse contrato produz, em relação ao devedor, o efeito de êle ficar adstrito à prestação para com o cessionario Êsse efeito produz-se independentemente da vontade do devedor.

Pode também um terceiro efectuar pelo devedor o pagamento, ou constituir-se para com o credor na obrigação de lhe pagar a dívida Neste caso haverá um contrato de novação pelo qual se dá a substituição do devedor, tendo como efeito a extinção da obrigação anterior, que se produz sem que seja necessario o consentimento do devedor. Quando o devedor, porém, pretenda transferir para outrem a obrigação, a sua substituïção não poderá produzir o efeito de o libertar sem o consentimento do credor Pelo contrato estabelece-se vàlidamente a obrigação em relação à pessoa com quem o devedor o efectua, de quem o credor pode, em virtude do mesmo contrato, exigir o cumprimento da obrigação; mas o originário devedor ficará também adstrito ao cumprimento da obrigação, emquanto se não der, com consentimento do credor, a novação (art. 804.°). E' assim que, se fôr feita uma

doação com o encargo do pagamento de determinadas dívidas do doador, os credores podem exigir do donatário o pagamento; mas têm também o direito de o exigir do doador, que não pode, sem consentimento dos credores, libertar-se do cumprimento da obrigação

Pelo contrato de transporte, o transportador fica obrigado a entregar a cousa ao destinatário, que pode ser o próprio expedidor, um terceiro, o portador da guia de transporte ou a pessoa a favor de quem esta seja endossada (cód. comercial, artt. 369.° § 2.° e 371.°).

A obrigação do transportador, que se filia sempre no contrato de transporte, pode ser assim assumida para com um terceiro, ou para com pessoa indeterminada No primeiro caso, o direito do terceiro resulta do próprio contrato de transporte O transportador ficou adstrito pelo contrato a entregar a cousa ao terceiro Não pode pôr-se em dúvida a validade dessa estipulação, porque o devedor pode constituir-se na obrigação de pagar ao próprio credor ou a terceiro por êle indicado. As relações entre o destinatário e o expedidor são completamente estranhas ao transportador O destinatário pode ser o proprietário da cousa, pode recebê-la por doação, a título de mandatário para fins indicados pelo expedidor. O direito que êle tem de exigir a entrega da cousa e o cumprimento das obrigações que o transportador assumiu pelo contrato, pela lei ou por regulamentos especiais, são independentes de qualquer relação jurídica que pelo contrato de transporte se efectiva entre o expedidor e o destinatário (1).

Por esta relação com o expedidor, pode o destinatário estar adstrito a receber a cousa e a cumprir as obrigações que sôbre êle impendam pelo contrato de transporte Êste contrato não o vincula para com o transportador, emquanto não aceitar as obrigações ou direitos que para êle hajam sido estipulados, manifestando a sua adesão ao contrato A eficácia do contrato está, pois, em relação ao destinatário, condicionada pela sua aceitação, devendo o transportador proceder contra o expedidor, quando ela se não dê, para tornar efectivas as obrigações que pelo contrato ficassem recaindo sôbre o destinatário.

(1) As emprêsas de transportes e de outros serviços publicos têm, além das normas que regulam na lei geral os respectivos contratos, regulamentos especiais em que se determinam as condições em que devem prestar esses serviços Da-se êste facto especialmente com as emprêsas as quais são adjudicados, mediante concessão ou contrato, serviços publicos pelo Estado ou pelas autarquias locais. Esses regulamentos são obrigatórios para as emprêsas, das quais podem ser exigidos os respectivos serviços nas condições dêsses regulamentos.

Nos contratos com elas realizados entende-se que as pessoas que se aproveitam dêsses serviços aderem as disposições dêsses regulamentos, que não têm, como veremos, caracter contratual Os serviços são prestados em condições previamente determinadas dum modo geral, e, quem deles se utiliza, sujeita-se a essas condições

Aceitando o contrato, o destinatário não fez mais do que dar-lhe eficácia em relação a êle, aderindo à vontade do expedidor e do transportador nesse contrato manifestada. O acto praticado por êle representa um negócio jurídico unilateral

Quando o transportador se obriga para com uma pessoa indeterminada, o título que êle, ao assumir essa obrigação, emite, é um título de crédito, à ordem ou ao portador. Pelo endôsso ou tradição da guia de transporte, transfere-se a propriedade dos objectos transportados (cód comercial, art 374.°)

A obrigação que pelo contrato de transporte assume o transportador e a que pela transmissão da guia assume o expedidor não têm, consideradas em relação à pessoa a quem a guia seja endossada ou entregue, carácter contratual A causa da obrigação do transportador é um contrato em virtude do qual foi emitida a guia; a causa da obrigação do expedidor é a vontade, declarada na mesma guia, de que seja proprietário da cousa transportada e fique com os direitos de destinatário a pessoa a quem essa guia seja endossada ou entregue. Qualquer que venha a ser o portador da guia, os direitos dele contra o transportador e o expedidor serão

autónomos. Esses direitos decidir-se-hão pela guia de transporte, não sendo contra ela admissíveis excepções algumas, salvo de falsidade ou êrro involuntário de redacção (cód. comercial, art. 373.°), e nenhum efeito terão contra o destinatário quaisquer estipulações particulares não constantes da guia de transporte (cód. comercial, art 375 °). A pessoa para quem a guia seja transmitida não será um cessionário; terá um direito próprio, e êste direito só pode explicar-se considerando a emissão da guia de transporte como sendo um negócio jurídico unilateral, em virtude do qual se constitue uma obrigação para com a pessoa para quem êsse título seja transmitido. A causa desta transmissão pode ser um contrato, pelo qual se legitima o direito do possuidor da guia, mas o crédito desta constante é independente dêsse contrato.

Nos contratos gratuitos e nos onerosos podem estabelecer-se ónus, encargos, ou direitos em favor de pessoas determinadas. Assim, posso fazer uma doação, com o encargo para o donatário de dar uma pensão mensal a determinada pessoa, emquanto esta fôr viva, posso vender um prédio, impondo ao comprador o ónus duma servidão em favor de outro prédio que me não pertence, ou com a cláusula de que no mesmo prédio será mantido um arrendatário pela mesma renda que pagava, durante determinado prazo Em qualquer dêstes casos, pretende-se constituir um direito para terceiros, que supomos estranhos aos respectivos contratos. Nos dois últimos casos, pode o vendedor pretender libertar-se, impondo ao comprador a obrigação de servidão ou de manutenção do arrendamento, de obrigações em que se ache constituido por haver contrato promessa acêrca da servidão ou contrato de arrendamento pelo tempo fixado no contrato de venda. Pode, porém, o vendedor, ao estipular essas obrigações, ter em vista beneficiar o proprietário do prédio que fica gozando da servidão ou o arrendatário

Contratos há que podem ter por fim exclusivo uma prestação em benefício de terceiros. Assim, realizando-se um

contrato de seguro de vida, pode pretender-se que o segurador pague por morte do segurado, à pessoa que êste imediatamente designe ou à que venha a designar, a quantia nesse contrato estipulada (cód. comercial, art. 455.°) O contrato realiza-se entre o segurado, que fica obrigado por êle ao pagamento dum prémio único ou periódico, e o segurador, que fica adstrito a pagar a um terceiro, que é o beneficiário, a quantia estipulada no contrato de seguro.

Nos últimos exemplos que acabamos de apresentar, há o que se costuma chamar o contrato em benefício ou proveito de terceiros, no qual entram: o estipulante que realiza um contrato em virtude do qual o outro estipulante se compromete a efectuar uma prestação em benefício de terceiro, que se chama *promissário*, quem faz a promessa, que se chama *promitente*, e o terceiro, que é o *beneficiário* (1)

Êste é estranho ao contrato, pelo qual as partes pretendem constituir um direito em benefício dele. Dada uma relação preexistente entre êle e o promissário, podem explicar-se por ela os efeitos que do contrato derivam Quando não exista essa relação, os efeitos para com terceiros terão a sua causa no contrato, e, sendo admitidos pela lei, necessário é explicar como esses efeitos se produzem, para se determinar a sua natureza.

Existe a êste respeito a maior divergência entre os jurisconsultos, e, se é certo que em alguns códigos modernos se estabelecem normas reguladoras dos contratos em benefício de terceiros, como no código federal suíço das obrigações (artt 128 ° e 135.°), no código civil alemão (artt. 328 ° a 355 °), no código civil japonês (artt. 537.° a 539 °), no código civil brasileiro (artt 1098 ° a 1100.°), não pode considerar-se defi-

(1) No cod. civil brasileiro em que, sob a designação *estipulações em benefício de terceiro*, se definiu o regime dos contratos a que nos estamos referindo, da-se o nome de *estipulante* ao promissario e a mesma designação lhe e dada por alguns jurisconsultos. Nao achamos razoável esta terminologia, porque na estipulação ou contrato tanto e estipulante o promissario como o promitente.

nitivamente assente a teoria dos contratos em proveito de terceiros.

Sôbre esta intrincada matéria limitar-nos hemos, dado o conceito dos contratos em proveito de terceiros, a responder, em face do nosso direito, às seguintes perguntas.

Serão válidos, em princípio, estes contratos?

Que relações se estabelecem por eles entre o promissário, o promitente e o beneficiário?

204. *Contratos em proveito de terceiros; sua validade.* Os contratos em proveito de terceiros só existem, tomando-se esta expressão no seu sentido técnico, quando por vontade dos estipulantes os contratos devam produzir efeitos directamente em favor de terceiros, isto é, de pessoas estranhas ao contrato. Quando os estipulantes têm em vista um interêsse próprio exclusivo e há por parte dum deles a promessa duma prestação a um terceiro, ou da libertação dum terceiro duma obrigação a que êste estava adstrito, tendo o contraente a quem a promessa é feita interêsse patrimonial nessa prestação, é óbvio que as partes realizam o contrato no seu próprio interêsse, não tendo a circunstância de a prestação ser feita a um terceiro importância alguma sob o ponto de vista do regime do contrato Quando um dos contraentes não realiza o contrato em seu nome, mas em nome de terceiro, quer para isso esteja devidamente autorizado, quer não, o contrato assim realizado também não é um contrato em proveito de terceiro.

O representante ou gestor de negócios contrata em nome e no interêsse doutrem, não realiza um contrato em nome próprio e no interêsse doutrem.

Ora só estes contratos é que têm uma teoria própria, os contratos feitos em nome e no interêsse doutrem entram nos institutos da representação e da gestão de negócios A estes contratos se refere o código civil nos artt 645 °, 646 °, 1351 ° e 1726 °.

Não há nele, porém, disposição alguma geral relativa aos contratos em nome próprio e proveito de terceiros.

Serão admitidos estes contratos?

O nosso Corrêa Teles exarou no seu *Digesto* livro 1 °, artt. 275 °-277.°, a seguinte doutrina. «A utilidade dum terceiro pode ser objecto dum contrato Mas deve aceder o consentimento dêsse terceiro, primeiro que êle chegue a adquirir direito. Emquanto o terceiro não manifesta o seu consentimento, bem podem os contraentes desfazer ou alterar o contratado».

Não era esta a doutrina sancionada no código civil francês, e afigurando-se-nos que foi a teoria de DEMOLOMBE acêrca dêste código que levou o autor do nosso cód civil a exarar no nosso o art. 646.°, julgamos necessário expor as disposições do cód. civil francês acêrca dos contratos em proveito de terceiros e o modo por que têm sido interpretadas e aplicadas pela jurisprudência

Neste código consignou-se o princípio (art 1119 °) Ninguem pode, em geral, comprometer-se nem estipular em seu próprio nome senão no próprio interêsse Excepcionalmente admite-se (art. 1121.°) que se estipule em proveito dum terceiro, quando tal estipulação representa a condição duma estipulação que se faça em proveito próprio, ou duma doação. O estipulante que fez a estipulação não pode revogá-la, desde que o terceiro tenha declarado que se quer aproveitar dela. Também se admite (art. 1973.°) o contrato de renda vitalícia em proveito de terceiro, sendo os prémios pagos por outra pessoa

Na jurisprudência francesa tem havido profundas divergências na interpretação doutrinal e aplicação prática dos artigos citados, sendo elaborados sistemas que, num dos extremos, representavam um regresso ao princípio clássico do direito romano da nulidade dos contratos em proveito de terceiros e, no outro, a aplicação do princípio, sancionado no código civil alemão, da validade dos contratos em benefício de terceiro.

Há entre essas teorias a da *oferta,* a da *gestão de negócios,* a da validade dos contratos em proveito de terceiro nos casos excepcionais em que a lei os admite, e a da validade de quaisquer contratos em benefício de terceiros.

Na *teoria da oferta*, o contrato feito em nome doutrem significa, fundamentalmente, segundo alguns jurisconsultos, que o promissário propõe ao terceiro a estipulação que com o promitente fez em benefício dêsse terceiro, tornando-se necessário que essa proposta seja aceita, para que a obrigação assumida pelo promitente produza efeito. Aceita que seja a oferta, os efeitos da aceitação retroagem ao dia em que se fez o contrato, sendo por ela que o terceiro adquire o direito. Para outros jurisconsultos, a oferta é feita ao beneficiário pelo promitente, que a essa oferta fica adstrito pelo contrato feito com o promissário, tornando-se o terceiro credor dele pela aceitação. Há ainda alguns jurisconsultos para os quais a oferta é feita ao terceiro pelo promissário e pelo promitente, visto que, por vontade de ambos, o contrato é feito em favor do terceiro, e é êsse contrato que, pela aceitação, adquire eficácia.

O direito do terceiro representa para alguns jurisconsultos o direito que o promissário adquiriu e, para outros, um direito que o terceiro adquire imediatamente do promitente

Sendo o contrato feito em favor de terceiros considerado ineficaz emquanto se não dá a aceitação do terceiro, visto que tal contrato apenas representa uma oferta, a consequência que desta doutrina lògicamente derivaria é que não há contratos em proveito de terceiros, e que, tendo o terceiro falecido antes da aceitação, ou tendo falecido antes dela o promitente ou o promissário, a oferta não pode subsistir, pois que não pode dar-se o acôrdo de vontades.

As conveniências práticas levaram, porém, alguns jurisconsultos a pôr de lado a lógica, afirmando que a aceitação podia ter lugar pelos herdeiros do terceiro e depois da morte de quem fez a oferta, quando não houvesse anteriormente a revogação.

A teoria da *gestão de negócios* considera o contraente que estipula em proveito doutrem sem que para êsse efeito tenha autorização, como quem voluntàriamente contrata em nome doutrem, e a aceitação dêsse terceiro não representa mais do que uma ratificação, pela qual o contrato fica perfeito,

como se houvesse sido celebrado por um mandatário. Os contratos em proveito de terceiros seriam, nesta teoria, *negotia aliena;* o terceiro, ratificando, adquiriria um direito imediato contra o promitente.

Os jurisconsultos franceses contestaram esta teoria, que pode considerar-se definitivamente abandonada.

Quando se fala efectivamente em contratos em proveito de terceiros, pressupõe-se um contrato que não é feito por meio de representação. Se existe representação, seja esta originária, seja subsequente, como no caso de alguém, sem mandato, ou excedendo os poderes neste conferidos ou os da representação legal, efectuar um contrato em nome doutrem, o contrato não o obriga, porque não foi feito no interêsse próprio, nem obriga o representado, porque êste não lhe tinha conferido poderes para contratar.

Se quem faz o contrato procede como se tivera poderes de representação, induzindo em êrro a outra parte, esta poderá considerar o contrato sem efeito e terá o direito de indemnização (artt. 1338.° e 1723.°). Se quem fez o contrato declarou que não tinha poderes, entender-se há que o contrato ficou condicionado pela ratificação, obrigando unilateralmente o terceiro com quem o gestor o efectuou, não tendo aquele acção contra êste (art. 1352.°). A ratificação é um acto unilateral, que produz o mesmo efeito que o mandato expresso (art. 1726.°), resultando dela que os efeitos do contrato se dão em relação ao representado e que se produzem desde o momento em que se realizou o contrato, como resulta da própria natureza da ratificação.

É a estes contratos que deve referir-se o nosso código no art. 646.°, onde se declara que os contratos feitos em nome doutrem, sem a devida autorização, produzem o seu efeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retrate.

A *outra parte*, a que êste artigo se refere, parece que deveria ser o terceiro com quem contrata o gestor, visto que êste, fazendo o contrato em nome de outrem, não fica obrigado, concluindo-se assim que essa parte é o promitente ou oferente e que êste não fica vinculado pelo contrato. O gestor

aceitou a promessa como representante, é essa aceitação que fica pendente de ratificação, e, dada esta, tal aceitação produz os mesmos efeitos que se o gestor fôsse mandatário; mas a promessa pode ser retratada antes da ratificação podendo assim concluir-se que esta vale o mesmo que a aceitação e que o terceiro com quem o gestor realizou o contrato fica na mesma situação que se houvesse feito uma mera proposta.

Esta doutrina não é, porém, exacta. A ratificação do contrato não representa a aceitação duma proposta, nem o direito de quem ratifica deriva dum contrato por êle feito no momento em que se dá a ratificação Êste direito deriva do contrato em nome dele feito pelo gestor, podendo a ratificação ser tácita. A ratificação não representa mais do que uma condição para que o contrato, dela pendente, produza efeito em relação ao terceiro em nome de quem foi feito

Quando se pressupõe pois, no art 646 °, que a outra parte pode retratar-se, não se tem em vista sòmente o terceiro com quem o gestor fez o contrato Não há, apenas, uma proposta. Esta foi aceita pelo gestor e é essa aceitação que, sendo ratificada, produz efeitos, tornando o contrato definitivo e obrigando o terceiro em nome de quem foi feito como se fôsse feito por êle

A *outra parte* a que o art. 646.° se refere deveria ser, pois, a pessoa que fez a estipulação em nome e no proveito de terceiro Tendo, porém, interêsse no contrato quem por êle ficou unilateralmente obrigado, é óbvio que êsse contrato não pode ser distratado por mera vontade do gestor, tornando-se para êste efeito necessário o acôrdo dos dois estipulantes Distratado o contrato antes da ratificação, de que estava pendente a sua eficacia, essa ratificação não pode produzir efeito algum

Afigura-se nos que o autor do nosso cód civil, tendo conhecimento das teorias da *oferta* e da *gestão de negócios* para explicar a doutrina do cód. civil francês acêrca dos contratos em proveito de terceiros, e orientando-se pela doutrina de DEMOLOMBE, se quis referir no art. 646 ° não pròpriamente aos contratos feitos em nome de terceiro, mas em proveito de terceiros.

Considerando-se aplicável a estes contratos, por êsse artigo se poderia explicar o contrato que sendo feito não em nome de terceiro, mas em proveito de terceiro, produz efeitos entre as partes e em relação a terceiros, ficando estes efeitos dependentes da ratificação. Assim, sendo feita uma doação com o encargo de dar uma pensão a um terceiro emquanto fôr vivo; clausulando-se num contrato de venda dum prédio que o comprador fica obrigado a arrendá-lo por determinada quantia e durante um certo tempo a um terceiro, esses contratos, que não são feitos em nome mas em proveito de terceiros, produzirão, nesta parte, os seus efeitos, quando os terceiros se queiram aproveitar das estipulações que em benefício deles se fizeram E representando as estipulações em benefício de terceiro um encargo para o promitente, poderia o promissário libertá-lo dêsse encargo antes da aceitação do terceiro.

É óbvio, porém, que estes contratos não estão abrangidos no texto do art. 646 °, porque não são contratos feitos em nome de terceiros, mas contratos em que há estipulações em proveito de terceiros

Não pode, a nosso ver, duvidar-se da validade dêstes contratos, como não pode duvidar-se também de que esses contratos se não podem explicar, já pelos efeitos que produzem entre as partes, já pelos que produzem em relação a terceiros, pela teoria da gestão de negócios. Ao lado dos contratos em que uma parte se apresenta como representante ou gestor, há os contratos que se fazem em benefício de terceiro, ou em que há estipulações em benefício de terceiro, quer dizer, em que uma das partes se obriga para com terceiros a uma prestação, sendo a promessa respectiva feita à outra parte e por esta aceita

Estes contratos são, como vimos, excepcionalmente reconhecidos pelo cód civil francês, havendo jurisconsultos que, vendo no art. 1119 ° dêste código uma injustificável excepção ao princípio de que o contrato faz lei entre as partes, atendendo às tradições históricas e às exigências da vida social, consideram aquela disposição aplicável só no caso em que, por

vontade das próprias partes, os contratos não devem ter efeito em relação a terceiros, e outros que, vendo nele efectivamente o princípio da nulidade dos contratos em benefício de terceiros, reduzem êste princípio de forma tal, que quási o tornam letra morta. É assim que a jurisprudência francesa tem, pela interpretação que deu ao art. 1121.°, aplicado êste artigo nos casos em que a estipulação em benefício de terceiro seja a condição ou cláusula acessória duma prestação que o promissário tenha feito ou se obrigue a fazer ao promitente por qualquer título que não seja o de doação, e quando constitua a condição duma promessa feita ao promissário pelo promitente, donde resulta interêsse pecuniário para o promissário, a qual pode consistir numa cláusula penal, como se êste se obriga a pagar uma determinada quantia, quando não cumpra a prestação para com o terceiro

Em vista do estado da jurisprudência francesa, afirma PLANIOL que o princípio «*não se pode estipular para outrem* é uma fórmula morta e sem sentido, devendo considerar-se a sua inserção na lei como um fenómeno de *sobrevivência histórica*. A fórmula que exprime as soluções admitidas, é o contrário do que a lei diz: *o contrato feito para outrem produz uma acção em proveito dêste em qualquer hipótese*, quer pela aplicação do art. 1121.°, quer pela analogia com as hipóteses que este texto prevê, quer pelo artifício da cláusula penal».

No cód. federal suiço estabeleceu-se (art 128 °) o princípio de que aquele que, procedendo em seu próprio nome, estipulou uma obrigação em favor dum terceiro, tem o direito de exigir a sua execução em proveito dêste terceiro. O terceiro, ou os seus representantes, podem também reclamar pessoalmente a execução, quando foi essa a intenção das partes. Se, neste caso, o terceiro declara ao devedor que quer usar do seu direito, não depende mais da vontade do credor libertar o devedor.

No cód civil alemão admite-se (art. 328 °) em princípio a validade dos contratos celebrados em proveito de terceiros, declarando-se que se pode estipular por contrato uma prestação a um terceiro com o efeito de que o terceiro adquire directamente o direito de exigir a prestação.

No cód. civil brasileiro pressupõe-se a validade dos contratos celebrados em proveito de terceiros, declarando-se (art. 1098.° e § único): O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Ao terceiro em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando todavia sujeito às condições e normas do contrato, se a êle anue, e o estipulante o não inovar nos termos do art. 1100.°.

O nosso cód. civil não contém disposição alguma de carácter geral relativa a contratos em proveito de terceiros. Admite-se, porém, nele a novação, por substituição do devedor, só com o consentimento do credor (art 804.°), e esta novação pode representar um benefício para o devedor, que, por ela, se libertará da obrigação; faz-se nele referência às doações com encargos, e estes podem representar prestações em benefício de terceiros, como sempre o tem entendido a jurisprudência. No cód. comercial declara-se (art. 428 ° e § 1 °) que o seguro pode ser contratado por conta própria ou por conta doutrem, exigindo-se apenas para a validade do contrato que seja feito em nome de quem tenha interêsse na cousa segurada, e, em relação ao seguro de vidas, faz-se referência expressa (art. 455.°) ao seguro de vidas em benefício de terceiro

Não pode haver dúvida, pois, a nosso vêr, de que podem realizar-se vàlidamente, segundo o nosso direito, contratos em benefício de terceiro, visto que a lei não os proíbe e a eles se refere em alguns casos, cumprindo-nos assim determinar, dum modo geral, os efeitos que dêsses contratos resultam.

Para que os contratos em proveito de terceiros se não considerassem em princípio admitidos pelo nosso cód. civil, necessário era que houvesse, sob êsse ponto de vista, uma disposição que limitasse o princípio da autonomia da vontade das partes, ou que dos contratos não pudessem resultar, pelo regime para eles estabelecido, direitos para terceiros. Ora,

como já notámos, disposição proibitiva não existe, e, como vamos vêr, os efeitos dos contratos em proveito de terceiros explicam-se por princípios admitidos pelo nosso cód. civil.

205 *Fundamento e natureza dos direitos do terceiro.* Admitindo-se a validade dos contratos em proveito de terceiros, reconhece-se que pessoas estranhas ao contrato podem adquirir um direito resultante do mesmo contrato. A causa dêsse direito está no contrato, na vontade das partes, pelo qual uma delas fica adstrita a uma prestação em benefício de terceiro, ou liberta um terceiro do cumprimento duma obrigação

O direito do terceiro resulta, pois, imediatamente do contrato Se fôsse necessaria a cooperação dele pela aceitação ou ratificacão, significando-se pela aceitação que êle prestava o seu consentimento para a validade do contrato e pela ratificação que êle confirmava o contrato, o terceiro seria parte no contrato; não era uma pessoa estranha ao contrato

Certo é, porém, que não podem vàlidamente constituir-se obrigações por contrato para com um terceiro, visto que a ninguém se podem conceder benefícios contra sua vontade — *invito non datur beneficium*, atribuindo-se-lhe a qualidade de credor O terceiro pode rejeitar o benefício, e, se o rejeita, não se torna credor do promitente Parece, pois, que êste fica adstrito a uma obrigação em que não há credor, emquanto o terceiro não manifestar a sua vontade

Da vontade do terceiro depende efectivamente a eficácia do contrato que em benefício dele se faz, mas ùnicamente no que respeita à efectivação do direito. Êle pode renunciar a êsse direito e, se renuncia, o promitente não poderá realizar o pagamento forçado, porque, tendo o terceiro direito pelo contrato à prestação, necessário é, para que se torne credor, vinculando-se assim com o promitente, que aceite a prestação em benefício dele estipulada.

A aceitação por parte do terceiro não representa, pois, a sua cooperação no contrato celebrado em benefício dele; não é um requisito necessário para que o promitente fique adstrito à prestação. Êste torna-se devedor pelo contrato, que é obrigatório para êle Êsse contrato fica, porém, no que respeita à estipulação em benefício do terceiro, condicionado pela vontade dêste. A sua eficácia está, pois, mas só sob êste ponto de vista, dependente da vontade do terceiro Êste tem um direito que para êle resulta do contrato, mas pode renunciar livremente a êsse direito, visto que não está vinculado com o promitente.

A obrigação do promitente resulta do contrato feito com o promissário Êsse contrato é a causa jurídica da obrigação em que êle se constituiu. O direito do terceiro resulta do mesmo contrato por ser êste a causa da obrigação correlativa, mas o contrato nessa parte pode e deve considerar-se como sendo a manifestação da vontade do promissário e do promitente na mesma direcção e portanto um negócio jurídico unilateral É êste negócio jurídico que fica condicionado pela vontade do terceiro

Assim, sendo feita uma doação com o encargo de uma prestação mensal vitalícia, o donatário, aceitando a doação, obrigou-se para com o terceiro a favor de quem foi estabelecida a prestação O doador só quis beneficiar o donatário com aquele encargo, impondo êste em favor de terceiro Pela obrigação imposta ao donatário, o terceiro torna-se seu credor, mas pode renunciar à prestação em benefício dele estabelecida Dando-se a renúncia, esta produzirá os seus efeitos na parte relativa à estipulação em benefício do terceiro, considerando-se o contrato de doação subsistente, e devendo determinar-se, em vista das cláusulas do contrato de doação, se o donatário ficará com direito a todos os bens doados, ou se terá de reverter para o doador o valor da doação correspondente aos encargos impostos

A estipulação em benefício de terceiro representa, no exemplo que acabamos de dar, um acto de disposição do doador e do donatário. Do doador, porque aliena bens; do donatário, porque, adquirindo os bens doados, se obrigou para cóm o doador a uma prestação em benefício de terceiro, constituindo-se devedor dêste.

A vontade do doador e do donatário manifestam-se assim no sentido de beneficiarem o terceiro, mas ficando o donatário adstrito pelo contrato de doação.

No seguro de vidas, a cujo regime se tem principalmente atendido para a elaboração da teoria dos contratos em benefício de terceiros, mais evidente se torna a doutrina que acabamos de expor.

A segura a sua vida numa companhia, declarando-se na respectiva apólice que êsse seguro é feito em benefício de *B*. *A* fica obrigado pelo contrato ao pagamento dos prémios estipulados, a companhia obriga-se a pagar a quantia segurada a *B*. O direito de *B* resulta do contrato de seguro; tem a sua causa neste contrato, pela obrigação em que por êle a companhia se constituiu *A* quis beneficiar *B* e a companhia declarou a sua vontade no mesmo sentido Em relação a *B* há, pois, um negócio jurídico unilateral, cuja eficácia está condicionada apenas pela sua vontade, desde que a vontade do promissário se torne irrevogável

O contrato de seguro de vida pode ser feito por *A* sem que êste declare na apólice em benefício de quem faz o seguro, entendendo-se neste caso que o segurado pode dispor da quantia segurada em benefício de quem lhe aprouver.

A companhia constitue-se assim em obrigação para com pessoas indeterminadas, no momento em que se realiza o contrato. Pode ter de pagar ao próprio segurado, a seus herdeiros, ou a qualquer pessoa a favor de quem êle transfira a apólice ou a deixe em testamento. Pode até ser cedido o direito à apólice por título oneroso

Emitindo a apólice, constituindo-se por ela a companhia de seguros em obrigação para com pessoas indeterminadas, o direito destas, tendo a sua causa no contrato de seguro, não tem nem pode ter carácter contratual. Em relação a elas, houve um negócio jurídico unilateral, um acto de disposição por parte do segurado e por parte da companhia. Por parte do segurado, porque o direito à quantia que deve ser paga pela companhia tem a sua causa numa obrigação em que êle se constituiu, a de pagar os prémios estipulados, em relação à companhia, porque, adquirindo direito a esses prémios, se constituiu em obrigação para com as pessoas que o segurado queira beneficiar.

Daqui deriva já uma consequência: nos contratos em benefício de terceiros só pode ser considerada como disposição a título gratuito por parte do promissário o que êle tenha efectivamente dispendido para com o promitente, sendo só nessa parte que se pode dar a rescisão ou redução do benefício em relação aos credores ou aos herdeiros.

Se, por exemplo, o segurado dispender com os prémios de seguro três mil escudos e a quantia paga pelo segurador fôr de vinte mil escudos, dada a insolvência do devedor ou havendo êle disposto gratuitamente de bens superiores à sua quota disponível, a rescisão ou redução só pode dar-se em relação à quantia que foi efectivamente dispendida por êle. Há um acto de disposição por parte do segurado; mas há também um acto de disposição por parte do segurador, e só aquele deve ser tomado em consideração para os efeitos a que nos estamos referindo.

É esta a doutrina que, em relação aos contratos de seguro de vidas, está sancionada no cód. comercial, em que se preceitua (art. 460 [1]) que, no caso de morte ou quebra daquele que segurou sôbre a sua própria vida, ou sôbre a dum terceiro, uma quantia para ser paga a outrem (1), o seguro subsiste em benefício exclusivo da pessoa designada no contrato, salvo, porém, com relação às quantias recebidas pelo segurador, as disposições do cód. civil relativas a colações, inoficiosidade nas sucessões e rescisão dos actos praticados em prejuízo dos credores.

O mesmo princípio se deverá aplicar às doações, quando os encargos impostos excedam o valor dos bens doados. Quando o donatário cumpra esses encargos, estes não podem ser atingidos pela redução, na parte em que excedem o valor da doação.

---

(1) No art cit acrescenta-se — *que lhe haja de suceder*, parecendo assim que a disposição nesse artigo consignada só se aplica no caso de sucessão É indiferente, porem, que a pessoa que tem direito ao seguro seja ou não herdeira do segurado, como se vê do art 453 ° do cod comercial italiano, de que o nosso e uma tradução. correspondendo as palavras referidas neste codigo a frase *ancorché sua successibile*, erradamente traduzidas Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, vol 41.°, pag. 39.

Tendo a obrigação do promitente a sua causa no contrato feito entre êle e o promissário e resultando o direito do terceiro dum negócio jurídico unilateral, vejamos qual é a natureza dêste direito.

Como já dissemos, o terceiro em favor de quem se efectua o contrato pode ser determinado ou indeterminado, e, em qualquer dos casos, a eficácia do direito do terceiro pode ficar dependente da vontade do promissário ou de condições estabelecidas no contrato

Supondo que o contrato se realiza para que o direito do terceiro se torne imediatamente efectivo e que êsse terceiro foi designado no contrato, o direito dêste só é adquirido definitivamente no momento em que, aceitando êle a prestação, torna irrevogável a vontade do promissário O promitente vinculou-se para com êste, comprometendo-se a efectuar uma prestação para com um terceiro Em relação ao terceiro, emquanto não se manifestar a sua vontade e de forma que vincule os contratantes, a vontade dêstes não é irrevogável.

O terceiro tem um direito, mas êsse direito é resolúvel, condicionado como está pela vontade do terceiro Pode, pois, o promissário desobrigar o promitente da prestação a que ficou adstrito para com o terceiro, e pode substituir o beneficiário, emquanto se não tenham verificado as condições necessárias para que o promitente se considere definitivamente vinculado para com o terceiro, e só poderá considerar-se assim adstrito para com êle, quando o terceiro haja manifestado a sua vontade no sentido de se aproveitar dêsse direito.

Quando o promitente se haja obrigado para com pessoas indeterminadas, como no seguro de vidas, o direito destas ficará dependente da designação delas pelo promissário por qualquer meio admitido pela lei. Essa designação pode ser resultado dum contrato, como se eu ceder o direito à apólice por título gratuito ou oneroso, e de um negócio jurídico unilateral, como se eu legar a apólice em testamento

A apólice representa um título que dá direito à prestação dele constante, e o direito a esta prestação transmite-se com

êle, tendo o adquirente da apólice, em relação a quem a emitiu, um direito que deriva imediatamente do contrato com o segurado

206 *Direitos do promissário* Vimos que o terceiro tem, pela obrigação em que se constituiu o promitente pelo contrato, o direito de exigir dêste a prestação, ficando êsse direito condicionado pela sua vontade e tornando-se efectivo em harmonia com a natureza do contrato e as condições neste fixadas

A causa dessa obrigação é o contrato, e basta o contrato e as obrigações que por êle assume o promissário para que se pressuponha que êste tem interêsse em que a prestação a que o promitente ficou adstrito se torne efectiva Ao promissário não pode deixar, pois, de se reconhecer, em princípio, o direito de exigir do promitente o cumprimento da obrigação, sempre que êste a não cumpra espontâneamente.

E' assim que, fazendo-se uma doação com encargos em benefício de terceiro, se o donatário não cumpre esses encargos, poderá o doador exigir que êle os cumpra ou a rescisão da doação na parte correspondente a esses encargos A doação representa, em relação a esta parte, um contrato sinalagmático Pode, porém, o terceiro, que tem direito à prestação, renunciar a êsse direito, e, neste caso, necessário é verificar se, em face dos termos do contrato e do modo por que se fez a renúncia, esta desonera o promitente do cumprimento da obrigação, revertendo em benefício dele, ou se o promissário fica com direito a exigir a parte da doação correspondente aos encargos

Tratando-se dum contrato de seguro de vidas, o segurado poderá, se o direito à quantia segurada se tornar efectivo em vida dele, exigir essa quantia do segurador Tendo feito, porém, a transmissão da apólice, de modo irrevogável, êsse direito pertencerá ao terceiro a favor de quem se der essa transmissão. Assim, se êle houver feito doação da apólice e esta doação houver sido aceita, o direito à quantia segurada será adquirido de modo irrevogável pelo donatário.

No cód civil brasileiro estabeleceu-se o princípio (art. 1098.°)

de que o promissário pode exigir o cumprimento da obrigação, e dá-se também êste direito (art. 1098 ° § único) ao terceiro a favor de quem se constituiu a obrigação, ficando todavia sujeito às condições e normas do contrato, se a êle anuir, e o estipulante o não inovar nos termos do art. 1100.°. Neste artigo e seu § único declara-se que o estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contraente, podendo esta substituição ser feita por acto entre-vivos ou por disposição de última vontade

Mostram-nos estas disposições que se teve principalmente em vista, ao estabelecer o regime das estipulações em favor de terceiros, o contrato de seguro de vidas. A verdade é que os contratos em benefício de terceiro não podem subordinar-se todos a êsse regime, como se vê do que dissemos relativamente às doações em que se estabelece um encargo em benefício de terceiro As normas relativas a estes contratos devem ser, pois, formuladas de modo que possam adaptar-se às diversas hipoteses

O que se tornará sempre necessário, para resolver as dúvidas que possam suscitar-se quanto ao concurso de direitos do promissário e do terceiro, é ter em vista não só as condições do contrato mas a natureza dêste, designadamente o fim económico que o promissário por êle se proponha realizar

No cód. civil alemão formulou-se o seguinte princípio (art. 328 °) Na falta duma disposição especial, deve deduzir-se das circunstâncias, em especial do fim do contrato, se o terceiro deve adquirir o direito, se o direito do terceiro deve nascer imediatamente ou só quando se verifiquem certas condições, e se deve ficar reservada aos contraentes a faculdade de revogar ou modificar o direito do terceiro sem o seu consentimento

Referindo-se especialmente ao contrato de seguro sôbre a vida, de renda vitalícia e duma prestação imposta ao donatário em favor de terceiro, declara-se (art 330.°) que, no caso de dúvida, o terceiro deve adquirir directamente o direito de exigir a prestação mas consignou-se o princípio (art. 335.°) de que o promissário pode, quando não seja de

presumir uma vontade contrária dos contraentes, exigir a prestação para o terceiro, ainda quando a êste pertença o direito à prestação.

207. *Relações entre o terceiro e o promitente* Dissemos que o promitente se constituia, pelo contrato, em obrigação para com o terceiro, sendo essa obrigação um acto de disposição que tinha a sua causa num acto de disposição pará com êle praticado pelo promissário, A obrigação do promitente deve considerar-se, pois, como se fôra assumida directamente para com o terceiro Sendo, porém, a causa dessa obrigação o contrato realizado entre êle e o promissário, não se obrigando êle senão nos precisos termos dêsse contrato, segue-se que, em primeiro lugar, o terceiro só pode adquirir o direito nas condições do mesmo contrato, em segundo lugar, que as excepções, que dêsse contrato derivam, podem ser opostas ao terceiro, do mesmo modo que o poderiam ser ao promissário. É assim que, se êste não cumprir a obrigação que assumiu pelo contrato para com o promitente, se o contrato fôr anulado em virtude dum vício da vontade, o terceiro nenhum direito terá contra o promitente

Não poderá, porém, o promitente opor ao terceiro quaisquer excepções que não derivem do próprio contrato. O direito do terceiro tem a sua causa no contrato. É em virtude dêsse contrato que o promitente fica adstrito para com o terceiro, mas o promissário não fica sendo credor do promitente, o direito do terceiro não é um direito que tenha entrado no património do promissário O terceiro adquire o seu direito imediatamente

Desde que o terceiro tenha adquirido o direito em harmonia com o contrato e pretenda torná-lo efectivo, o promissário não poderá exonerar o promitente, libertando-o do cumprimento da obrigação

208 *Contratos para pessoa que haja de nomear-se.* No cód comercial, art 465 °, permite-se que o contrato de compra e venda de cousa móvel seja feito, ainda que directa-

mente, para pessoas que depois hajam de nomear-se É um caso singular de contratos no interêsse de terceiros, cujo regime nos cumpre definir

Realizado um contrato para pessoa que haja de nomear-se, entende-se que se reserva o direito dessa nomeação quem faz o contrato, e que, emquanto não usar dêsse direito, assume todas as obrigações resultantes do contrato. Feita a nomeação, os efeitos do contrato verificam-se directamente a favor ou a cargo da pessoa que foi designada, não havendo assim para esta transmissão alguma por parte da pessoa que fez o contrato.

Pode, pois, considerar-se o contrato feito para pessoa a nomear, como tendo sido efectuado em nome e interêsse próprio do estipulante, sendo a reserva do direito da nomeação doutra pessoa uma condição resolutiva, quanto aos efeitos que o negócio jurídico imediatamente produz, e uma condição suspensiva, quanto à eficácia do mesmo negócio jurídico em relação à pessoa a declarar.

Não representam, pois, estes contratos estipulações em proveito de terceiros, e não são também contratos feitos por meio de representação ou de gestão de negócios

Não são contratos em proveito de terceiros, porque, uma vez nomeada a pessoa, o contrato considera-se feito por esta, não produzindo efeitos alguns em relação à pessoa que ficou com o direito de nomear essa pessoa Não são contratos feitos por meio de representação, porque, se o fôssem, os efeitos do contrato deveriam produzir-se imediatamente em relação ao representado; não são contratos feitos por meio da gestão de negócios, porque terão eficácia, em relação à pessoa que os faz, se esta não vier a designar a pessoa para quem os fez (1).

(1) Confr. o DR LUIS GONÇALVES, *ob. cit*, tômo 1 °, pag 423.

§ 35 — *Negócios jurídicos unilaterais.*

CASTELLAZO, *L'offerta al pubblico*, MESSINA, *La promessa di ricompensa*, BARASSI, *La promessa di ricompensa*, BAVIERA, *L'offerta al pubblico*, WORMS, *De la volonte unilaterale consideree comme source d'obligation*, DR JOSE ALBERTO DOS REIS, *Dos titulos ao portador*, DR. MARNOCO E SOUSA, *Letras, livranças e cheques*, vol 1.°, pagg. 29 e segg., ESPINOLA, *Systema do direito civil brasileiro*, vol. 2.°, tomo 1.°, pagg. 533-546, SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg. 142 a 153 e 286 e segg, BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Des obligations*, vol. 1.°, pagg 40 e segg

209. *Há obrigações que se constituem por negócios jurídicos unilaterais.* Sendo a obrigação um vínculo jurídico pelo qual uma pessoa fica adstrita para com outra a uma prestação, considerou-se até há poucos anos como princípio indiscutível que êsse vínculo só podia constituir-se, mediante declaração da vontade, por contrato, porque, feita a declaração pelo devedor, essa declaração não poderia produzir efeito sem a aceitação por parte do credor, já porque não teria eficácia em relação a terceiros, já porque ninguém se pode tornar credor sem a sua vontade Forçoso era, porém, reconhecer que a teoria contratual não podia explicar a formação de obrigações mediante declarações de vontade, a que pelo direito era atribuida eficácia independentemente da sua aceitação.

Já no direito romano havia obrigações cuja fonte era sòmente a vontade da pessoa que se queria obrigar. O *votum* ou promessa feita a uma divindade era obrigatório de per si, como o era a *pollicitatio* ou promessa feita a uma cidade, quando tivesse uma justa causa.

GIRARD, notando que havia nos casos referidos a constituição duma obrigação sem consentimento recíproco, acrescenta: « Certos textos literários parecem supor além disso a validade doutra declaração unilateral de que temos vários exemplos concretos, a promessa duma recompensa a quem entregar um objecto perdido, restituir um escravo fugitivo; mas

reflectem-se neles sem dúvida apenas os usos extrajurídicos da vida corrente» (1)

Estes usos, que tiveram um grande desenvolvimento, estão actualmente convertidos em lei em alguns códigos, que regulam a promessa de recompensa por anúncios públicos, admitindo a validade dessa promessa e determinando os casos em que, antes da realização do facto a que a promessa respeita, esta pode ser revogada e as condições que para êste efeito se tornam necessárias. E' assim que no cód. civil alemão se preceitua (artt. 657.° e 658.°): Aquele que, por anúncio público, oferece um prémio pela realização dum facto, especialmente para obter um resultado, é obrigado a prestar o prometido a quem realizou o facto, ainda que êste não fôsse determinado a praticá-lo pela promessa de recompensa. A promessa de recompensa pode ser revogada até à realização do facto A revogação só é eficaz, se é pùblicamente anunciada do mesmo modo que a promessa, ou se se efectua por comunicação particular. Pode-se, na promessa de recompensa, renunciar à revogabilidade; qualquer fixação dum prazo para o cumprimento do facto implica, na dúvida, renúncia.

A mesma doutrina acaba de ser sancionada no cód. civil brasileiro (artt. 1512.°-1514.°).

Sendo largo o uso que se faz das promessas de recompensa por anúncios públicos, o legislador alemão e o brasileiro procuraram, determinando os seus efeitos, dar a essas promessas o necessário credito e promover assim a efectivação dos interêsses dos promitentes.

Em alguns códigos civis alemães já havia, ao tempo em que foi elaborado o código actual, disposições relativas a promessas de recompensa por anúncios públicos. Assim, o *Landrecht* prussiano (artt 988.° a 995.°) permitia a qualquer prometer recompensas públicas por trabalhos intelectuais úteis e ainda para emprêsas materiais, sendo essas promessas irrevogáveis antes do decurso do prazo fixado, o código saxónio admitia (art 771.°) a validade dessas promessas,

(1) *Manuel élementaire*, 5.ª ed, pagg 458 e 459

estabelecendo, quanto à revogação, que esta se podia dar, antes que fôsse realizado o facto, sendo anunciada pùblicamente do mesmo modo que a promessa.

Antes da obra que SIEGEL publicou em 1871 sôbre a promessa unilateral como fonte de obrigação, pretendia-se explicar pela teoria contratual a obrigação que se formava pela promessa de recompensa, considerando-se tal promessa como uma proposta de contrato dirigida a pessoas indeterminadas, concluindo-se êsse contrato no momento em que essa pessoa se determinava pela realização do facto e aceitava a promessa A aplicação desta teoria levaria, porém, a considerar a proposta livremente revogável, emquanto não fôsse aceita; a não reconhecer o direito do terceiro que houvesse realizado o facto, emquanto não manifestasse ao promitente a vontade de adquirir êsse direito; a considerar caduca a promessa, quando a pessoa que houvesse praticado o facto, por que teria direito à promessa, houvesse falecido antes de a aceitar.

Não pode considerar-se efectivamente, como significando a aceitação da promessa, a realização do facto por que o promitente fica obrigado à recompensa, visto que a circunstância de ser praticado o facto desconhecendo o seu autor a promessa não inibe êste de exigir a recompensa (cód. civil alemão, art. 657.° e cód. civil brasileiro, art 1513.°). Se à prestação do facto fôsse atribuido tal alcance, o contrato formar-se-ia não só com uma pessoa incerta, mas dar-se-ia a aceitação, sem que para esta se tornasse necessário o conhecimento prévio da promessa.

A situação jurídica que se cria pela promessa de recompensa é esta quem faz a promessa fica obrigado a cumpri-la, logo que se verifique o facto por que essa obrigação ficou condicionada. O direito de quem efectiva essa condição resulta, pois, ùnicamente da obrigação em que voluntàriamente se constituiu quem a fez. Para dar eficácia a essa vontade, não se torna necessária a aceitação da promessa, porque esta tem de per si fôrça obrigatória.

A vontade de quem realiza o facto de que ficou pendente o direito à recompensa, apenas se torna necessária para que

êsse direito entre definitivamente no seu património, em virtude do princípio *invito non datur beneficium*.

Assim se explica que a obrigação assumida pela promessa, do mesmo modo que o direito à recompensa, sejam transmissíveis em harmonia com os princípios gerais. Assim se explica que tenha direito à recompensa quem primeiro realizar o facto de que ela ficou dependente, e que a vontade do promitente se torne irrevogável depois da realização dêsse facto.

Não há no nosso direito disposição alguma em que se trate da promessa de recompensa feita em anúncios públicos, a-pesar-de se recorrer freqüentemente a estes anúncios para se obterem determinadas prestações, e não temos conhecimento de litígio algum que haja sido determinado por essas promessas, que serão cumpridas em harmonia com as normas da boa fé.

Quando algum litígio surgisse, os princípios a aplicar seriam sem dúvida assunto de larga controvérsia

As disposições relativas às propostas de contrato entre ausentes pressupõem que estas são dirigidas a pessoas determinadas, e tais propostas só se tornam obrigatórias, pelo que respeita ao cumprimento da prestação que forma o seu conteúdo, depois da aceitação

Considerando-se a promessa de recompensa como proposta de contrato a pessoas incertas, a consequência será que por essa promessa o seu autor só ficara adstrito, antes da aceitação, a indemnização de perdas e danos quando a retrate, não ficando vinculado pela promessa ao seu cumprimento específico. Para que se desse êste vínculo, podendo assim considerar-se a promessa de recompensa como um negócio jurídico unilateral, era necessário que a lei o declarasse, e não existe no nosso direito disposição alguma em que se atribua tal eficácia à promessa de recompensa.

Como vimos, em matéria de obrigações que se constituam mediante declaração da vontade, o princípio sancionado no nosso código civil é que a vontade só se torna irrevogável pela aceitação E' êste, pois, o princípio que temos de aplicar.

Poderá considerar-se aceitação a prática do facto por que é devida a recompensa, quando tenha desta conhecimento quem o realiza. Se houver falecido, porém, a êsse tempo o promitente, o contrato não poderá considerar-se formado, visto que não se pode dar o acôrdo das vontades. Os herdeiros do promitente poderão considerar-se, porém, responsáveis pela proposta, como se esta houvera sido dirigida a uma pessoa determinada, quando não tenha conhecimento da morte quem realiza o facto pelo qual é devida a recompensa.

O contrato fica, segundo o nosso código civil, perfeito pela aceitação, desde que esta se dê dentro do prazo fixado na proposta ou na lei. Esta fixa prazo para as propostas feitas a pessoas determinadas, que não estejam presentes Para as promessas feitas a pessoas incertas, não há prazo fixado pela lei, podendo entender-se que essas promessas, quando nelas se não fixe prazo, subsistem enquanto não forem revogadas.

Se ao tempo da revogação já se tiver realizado o facto a que a promessa respeitava, entendemos que, considerando-se êsse facto como aceitação, o promitente ficará adstrito ao cumprimento da promessa.

São estes os princípios que, por analogia, julgamos aplicáveis às promessas de recompensa, que não podem considerar-se pelo nosso código como negócios jurídicos unilaterais, embora como tais devessem ser reguladas.

Também não podem considerar-se negócios jurídicos unilaterais as propostas de contrato feitas a pessoas indeterminadas, como as que se fazem por meio de anuncios em que se declara o preço por que se vendem determinadas mercadorias, pela exposição destas com a fixação do preço, por meio de aparelhos automáticos, em regulamentos onde se determina o preço e condições de determinados serviços públicos

Relativamente a estes serviços, é necessário verificar se há ou não algum compromisso em virtude do qual o promitente esteja adstrito a realizar as prestações em condições

determinadas prèviamente por contrato, concessão ou regulamento Se o há, o público tem o direito de exigir o cumprimento dessas condições, e as propostas que, em harmonia com elas, se fazem ao público, são obrigatórias para quem as faz, podendo considerar-se a aceitação delas, por parte de qualquer pessoa que das respectivas prestações se queira aproveitar, como uma adesão a essas propostas e não como um requisito necessário para vincular a vontade do promitente, tornando-a irrevogável. E' assim que uma emprêsa de viação, de espectáculos públicos, de banhos, não pode recusar arbitràriamente a prestação de serviços a que se comprometeu para com o público

Existe neste caso, em nosso parecer, uma verdadeira obrigação unilateral.

Quando não haja compromisso algum, entendemos que as propostas feitas a pessoas indeterminadas só se tornam obrigatórias mediante a aceitação. Dando-se esta, o proponente, se não houver retratado a sua proposta, ficará adstrito pelo contrato.

Necessário se torna atender, porém, aos termos em que é feita a proposta e às circunstâncias que podem tornar impossível para o proponente o seu cumprimento

E' assim que, anunciando-se a venda de determinada mercadoria por certo preço, deve entender-se que o proponente só fica adstrito à venda da mercadoria cuja quantidade anuncia ou que naturalmente se pressupõe

Nos aparelhos automáticos, a proposta faz-se nas condições neles determinadas, ficando com direito à prestação por esses aparelhos efectuada quem realizar essas condições, que se pode considerar aceitante da proposta que o dono do aparelho faz por intermédio dêste.

Salva a proposta de serviços públicos a que nos referimos, não há, nos casos de que temos tratado, negócios jurídicos unilaterais em face da nossa legislação Obrigações há, porém, que, além das propostas de serviços públicos, só podem explicar-se pela fôrça obrigatória que se dá à vontade unilateral. Estão neste caso as fundações e os títulos de crédito, a que nos vamos referir, sob êste ponto de vista.

210. *Fundações* Quando tratámos das pessoas colectivas de direito privado, vimos que as nossas leis facultavam a constituição dessas pessoas nas condições por elas estabelecidas, tornando-se ou não necessário o reconhecimento do Estado, conforme a natureza dessas pessoas

E' assim que, em relação às pessoas colectivas de fins desinteressados, como são os asilos, hospitais, as corporações de piedade e de beneficência, se torna necessária essa autorização, como o é também para as associações de fins económicos e de previdência, para as sociedades bancárias. Não é necessária, porém, essa autorização para as sociedades anónimas em geral

A constituição destas pessoas colectivas representa a aplicação aos fins para que elas se constituem de um património, de que essas pessoas ficam sendo proprietárias E' a esta aplicação que damos o nome de *fundação*

A constituição destas pessoas colectivas, quer para êsse fim se associem várias pessoas, quer se dê por iniciativa duma só, representa sempre um negócio jurídico unilateral

Assim, quem pretenda fundar um hospital, pode apresentar ao respectivo governador civil (decr. de 25 de maio de 1911, art 5.º, cláusula 1 ª) o estatuto dêsse hospital, e, uma vez aprovado por êle o estatuto e comunicados à comissão de assistência os seus fins e representantes, êsse hospital ficará com o direito de exigir do seu fundador os capitais que êste haja para êle destinado (1) Do mesmo modo, constituida uma sociedade anónima por escritura pública, esta sociedade, que ficara tendo imediatamente personalidade colectiva poderá exigir o cumprimento das obrigações em que pela respectiva escritura se constituiram os seus fundadores.

Como já notámos, não pode dizer-se que as obrigações em que se constituem os fundadores do hospital e da sociedade anónima tenham a sua causa num contrato, visto que, ao

[1 Veja-se o decr. n.º 10242, de 1 de novembro de 1924, art. 2.º].

tempo em que a obrigação se constitue pela aprovação dos estatutos ou pela escritura, ainda não tem existência jurídica a pessoa com quem o contrato se poderia efectuar

A constituição dessa pessoa representa um produto da vontade unilateral, e como produto da vontade unilateral deverão considerar-se também as obrigações que para a constituïção da pessoa colectiva assumem os seus fundadores

211. *Obrigações para com pessoas indeterminadas* As obrigações que se assumem irrevogàvelmente para com pessoas indeterminadas não podem explicar-se pela teoria contratual, pela razão simples mas decisiva de que o contrato, sendo um acôrdo de vontades, pressupõe necessàriamente pessoas determinadas E' assim que, como vimos, as obrigações que nos contratos em benefício de terceiros assume o promitente não podem explicar-se, em relação ao direito que o beneficiário fica tendo à prestação, por contrato com êste realizado Emitido um título ao portador, também não pode explicar-se pelo contrato que determinou a emissão do título, o direito que fica tendo à prestação quem o apresenta

Em qualquer dos casos, há a vontade, por parte do promitente, de se constituir em obrigação para com o terceiro designado no contrato ou que o promissário venha a designar, ou para com o portador do título Essa vontade ficou condicionada pela aceitação da promessa pelo terceiro ou do título por qualquer pessoa, que ficam tendo em relação ao devedor um direito próprio, autónomo, e não como representantes do promissário ou de quem lhe transmita o título

212. *A vontade de quem se obriga unilateralmente só se torna irrevogável nas condições estabelecidas por lei* Reconhecemos a existência de obrigações que se constituem unilateralmente de modo irrevogável, mas reconhecemos também que a constituição destas obrigações só se verifica, como excepcional que é, nos casos fixados na lei

O princípio é que, quem pretende por uma manifestação da sua vontade tornar-se devedor, só fica adstrito para com a pessoa a quem se dirige a sua vontade, no momento em que esta aceita, e que esta aceitação representa uma declaração de vontade em virtude da qual se forma o vínculo obrigatório, resultando êste do mútuo consentimento Emquanto se não der essa aceitação, a declaração da vontade só obriga quem a fez nos termos declarados na lei, sendo considerada como livremente revogável, salvos os casos especificados na mesma lei

Em harmonia com êste princípio, só consideramos legais em face do nosso direito as obrigações assumidas para com o portador ou à ordem nos casos em que a lei permite a emissão dessas obrigações

No cód. civil alemão, artt 793.º a 808 °, e no cód. civil brasileiro, artt. 1505 ° a 1511 °, acham-se regulados de modo geral os títulos ao portador, declarando-se que é nulo o título em que o sinatário emissor se obrigue, na Alemanha sem aprovação do Estado, e no Brasil sem autorização da lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro

§ 36 — *Factos voluntários.*

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations*, tomo 4 °, 3.ª ediç , pagg 443 e segg., SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, pagg 354 e segg., GEORGES RAYNAUD, *De l'action de in rem verso en droit français*, STOICESCO, *De l'enrichissement sans cause*, GEORGES RIPERT ET M TEISSEIRE, *Essai d'une theorie de l'enrichissement sans cause en droit civil francais*, na *Revue trimestrelle de droit civil*, 3.º ano, pagg 727 e seg , PLANIOL, *Traite elementaire*, tômo 2 °, 4 ª ediç , n os 932 e segg., GABBA, *L'azione de in rem verso*, nas *Nuove questioni di diritto civile*, vol. 1 °, pagg. 302 e segg ; CLOVIS BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, § 126, CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, tomo 1 °, pagg 502 e segg.

213 *Os factos voluntários nas obrigações, idéas gerais* Afirmámos que havia factos voluntários que deviam considerar-se fontes de obrigações, referindo-nos de um modo geral a factos ilícitos e a factos lícitos. Necessario se torna, para que em assunto tão complexo se formem idéas nítidas, que demos algum desenvolvimento à doutrina exposta.

Na teoria dos factos ilícitos há, como princípio fundamental, a responsabilidade pelos danos causados, quando haja

culpa. Pode esta, porém, ser diversamente graduada para êsse efeito, conforme exista ou não uma relação preexistente entre o lesante e o lesado, podem estabelecer-se presunções a êsse respeito; pode a lei, por motivos de equidade, tornar responsável, dentro de certos limites, o autor de um dano causado sem culpa Quanto à determinação objectiva da responsabilidade, é princípio geral que o autor de um facto ilícito responde por todos os danos a que der causa ou que dêsse facto sejam consequência necessária Pode, porém, essa responsabilidade ser fixada por lei de modo especial em determinados casos, tendo em consideração a natureza do facto ilícito; pode, quando se trate duma obrigaçao que resulte duma situação subjectiva preexistente, achar-se condicionada por esta especialmente a responsabilidade, já em cláusula do contrato, já por disposição da lei.

Nos casos em que a responsabilidade proveniente de factos ilícitos é condicionada por uma relação preexistente, deve atender-se à natureza desta relação, para verificar se essa responsabilidade entra ou não na teoria das obrigações. Assim, os efeitos do não cumprimento de um contrato por que se estabeleça um vínculo obrigatório entram nesta teoria não podem, porém, determinar-se por ela os efeitos, incluindo os patrimoniais, que derivam do não cumprimento das obrigações matrimoniais, para que, em harmonia com as exigências da sociedade conjugal, a lei estabeleça normas especiais, como nos casos dos artt. 1213.° e 1219.°, não pode aplicar-se essa teoria no direito sucessório, sempre que aos factos ilícitos que sejam praticados pelos herdeiros se apliquem determinadas penas, como nos casos dos artt. 2053.° e 2079.°, não pode aplicar-se também nas lesões ao direito de propriedade, sempre que por elas se constitua uma situação em virtude da qual a restituïção da cousa teria como consequência o locupletamento do lesado a expensas do autor do facto ilícito, como nos casos dos artt 2300.° § único e 2303.°.

Quer dizer: as relações de família, de direito sucessório e do direito de propriedade podem condicionar de modo especial as consequências que derivam de um facto ilícito, tendo

de determinar-se em harmonia com as respectivas normas essas consequências.

É óbvio que estas consequências não podem ser expostas na teoria geral das obrigações. Nesta não se inclue o facto voluntário por que se constitue uma obrigação, sempre que esta é determinada ou condicionada por uma relação preexistente que não entre no instituto das obrigações. Quando haja esta relação, a obrigação que pelo facto ilícito se constitue não terá carácter autónomo, não podendo consequentemente determinar-se os seus efeitos sem se atender a essa relação

Os factos voluntários lícitos podem, como os factos ilícitos, estar ou não relacionados com uma situação jurídica preexistente, e esta ter natureza diversa, entrando ou não no instituto das obrigações Assim, pela gestão de negócios, o autor da gestão constitue-se em obrigação para com o dono dêsses negócios, estabelecendo-se assim uma relação entre eles, que o dono dos negócios pode tornar efectiva em harmonia com as normas estabelecidas na lei. A gestão de negócios pode relacionar-se com um situação preexistente, em virtude da qual a obrigação em que o gestor se constitue seja especialmente regulada Previne-se esta hipótese, de um modo geral, no art. 1734.°, no qual se preceitua que, se alguém se intrometer em negócios alheios por serem estes de tal forma conexos com os seus, que não possa a gestão duns ser separada da dos outros, será havido por sócio daquele cujos negócios gerir conjuntamente com os seus.

Da gestão resulta, em princípio, só a responsabilidade do gestor. Casos há, porém, em que a lei, atendendo ao fim da gestão, atribue ao gestor direitos, como no caso do art. 1725.°, em que se dispõe que, se a gestão tiver por objecto, não obter um lucro, mas evitar algum dano evidente e manifesto, deverá o proprietário, embora não ratifique a gestão nem dela se queira aproveitar, indemnizar o gestor das despesas feitas nesse intuito.

Neste caso, o facto gerador do direito é um facto voluntário, sendo a obrigação imposta ao dono do negócio determinada por êsse facto. Essa obrigação pode assim considerar-se

resultante da gestão, sendo na teoria a esta relativa que tem cabimento a disposição legal por que essa obrigação é imposta.

Exceptuado êste caso, se o dono do negócio não quer aproveitar-se da gestão, se a não ratifica ou não é havido por consentidor pelo facto de se não opor a ela, o gestor terá de o indemnizar de todos os danos que lhe causou, podendo até responder, quando a gestão seja feita contra a sua vontade declarada, por perdas e danos que se filiem em causas acidentais, mas que não se haveriam dado se não fôra a gestão (art. 1731.°).

Quando o proprietário, não ratificando a gestão, queira todavia aproveitar-se dela, fica impendendo sôbre êle a obrigação de indemnizar o gestor de todas as despesas necessárias que houver feito e dos prejuízos que tiver padecido por causa da gestão (art. 1724.°) Esta obrigação tem a sua causa num facto voluntário do proprietário e não se mede essa obrigação pelo princípio do não locupletamento à custa alheia As despesas necessárias feitas pelo gestor e os prejuízos que êle tenha padecido podem ser inferiores ao proveito que o proprietário pela gestão auferiu

O princípio do não locupletamento também não se aplica no caso de o proprietário, tendo conhecimento da gestão, não se opor a ela antes que chegue ao seu têrmo. Neste caso será havido por consentidor, mas não ficará responsável para com o gestor, se não houver efectivo proveito (art 1730 °). A responsabilidade do proprietário dá-se dentro dos limites do proveito que auferiu, mas não se mede por êsse proveito a indemnização a que o gestor tem direito, mas pelas despesas por êle feitas e pelos prejuízos que sofreu com a gestão.

A obrigação do proprietário filia-se neste caso num facto voluntário: não se haver oposto à gestão

Tem sido considerado como representando uma categoria jurídica da mesma natureza que a gestão o pagamento do indevido. No pagamento do indevido tem-se compreendido não só o facto de por êle se haver efectuado o pagamento

duma obrigação que no momento dêste já não existia, mas o de se efectuar êsse pagamento quando o negócio jurídico de que a obrigação resultava veio a declarar-se nulo, deixou de ter eficácia ou ficou, por qualquer outro motivo, sem causa E' assim que o nosso Coelho da Rocha ensinava. «Muitas vezes acontece que uma pessoa pague *indevidamente* uma obrigação, ou que realmente não existia, ou que se não devia, por ser nula ou injusta Mas como o pagamento supõe uma obrigação real e justa, neste caso é nulo. a pessoa que pagou tem direito de o repetir, assim como a que o recebeu, obrigação de o restituir Verifica-se isto a) quando se pagou por êrro, ou uma obrigação que não existia, ou a pessoa, a quem se não devia (*condictio indebiti*), b) quando a obrigação era fundada em causa torpe e ilícita (*ob turpem vel injustam causam*), c) quando se pagou para um fim, que se não efectuou (*causa data, causa non sequuta*) d) ou por outro qualquer motivo sem causa (*sine causa*)» (1)

E acrescentava em nota «Como por direito romano as acções deviam ser oferecidas em juízo com a indicação do seu nome especial, ou ao menos comum, por isso no *Dig liv* 12, *tit* 4, 5, 6 e 7 se acham miudamente descritas cada uma das *condictiones*, ou acções pessoais, que deixamos notadas no § E' mui disputado entre os intérpretes, se a obrigação de restituir neste caso provem do quási contrato, se do quási delito, o que pouco nos interessa, porque podemos deduzi-la da disposição da lei, fundados na regra de que ninguém se deve locupletar com prejuízo doutrem»

Reproduzimos esta doutrina, porque ela compendia admiràvelmente a que é ainda actualmente sustentada por muitos jurisconsultos. Não julgamos, porém, exacta essa doutrina, em que se dá ao princípio do não locupletamento sem causa à custa alheia um alcance que êle não tem, e que, a nosso ver, não pode ter.

No pagamento do indevido, tal como é definido pelo nosso

(1) COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, tômo I, 57 °

código civil (art. 758.°), que é o efectuado por êrro de facto ou de direito duma obrigação que se não deve, quem paga tem o direito de recobrar o que haja pago, e perdas e danos se o adquirente estiver de má fé.

Donde resulta o direito de quem paga o que não deve a exigir a restituição do que efectivamente não devia?

Êsse direito resulta do facto de se haver aceitado o pagamento e de êste se declarar nulo. O pagamento não pode deixar de considerar-se como um negócio jurídico unilateral, pelo qual se extingue uma obrigação Quando a vontade é determinada por êrro, dá-se a nulidade dêsse negócio jurídico A consequência que dessa anulação resulta é, necessàriamente, o restabelecimento do estado anterior ao pagamento, visto que era êste o título por que se havia adquirido direito à cousa que foi dada em pagamento, e tal título deixa de existir, logo que o pagamento se anula.

Dá-se com o pagamento o mesmo que com a anulação do negócio jurídico, pelo qual se constituiu uma obrigação que foi cumprida A consequência da anulação é haver cada um dos contraentes o que tiver prestado ou o seu valor, se a restituição em espécie não fôr possível.

Anulado um negócio jurídico, restabelece-se a situação anterior. E' o que exige a lógica e o que o direito sanciona.

A teoria do não locupletamento à custa alheia não pode ter aplicação neste caso. Para se recorrer a essa teoria, necessário era que se não pudesse justificar, pela anulação do negócio jurídico, o restabelecimento da situação anterior a êste, e portanto a subsistência do direito sôbre as cousas prestadas pelo pagamento ou pelo cumprimento do contrato.

O princípio exposto só pode, porém, aplicar-se quando, pela aceitação do pagamento ou pela realização do contrato, se possa constituir vàlidamente a obrigação de restituir o que indevidamente ou em cumprimento do contrato se tenha recebido Se a pessoa a quem é feito o pagamento ou com quem se realiza o contrato é incapaz, esta obrigação, salvos os casos exceptuados na lei, não pode dar-se em relação a ela, e não pode conseguintemente exigir-se-lhe, pelo facto de haver recebido o pagamento ou efectuado o contrato, a restituição Responsáveis pelos factos ilícitos desde que sejam susceptíveis de culpa e até, nos casos especificados na lei, sem culpa, os incapazes não podem, em princípio, constituir-se em obrigação por qualquer acto ou contrato. As mesmas razões que determinam a nulidade dos actos ou contratos por eles realizados, impedem que entre eles se tornem efectivas quaisquer consequências que dêsses actos ou contratos resultem.

E' assim que no art. 698.° se preceitua que, procedendo a nulidade dos contratos da incapacidade de um dos contraentes, não é êste contraente obrigado a restituir senão o que conserva em seu poder ou lhe tem servido de proveito. A mesma doutrina tem de aplicar-se no caso de se fazer o pagamento a um incapaz. Como já notámos (n.° 70.°), o devedor não fica desobrigado quando pague a um incapaz, e, se pagar indevidamente, o incapaz não fica adstrito pelo pagamento a restituir tudo o que recebeu, mas só o que conserve em seu poder ou lhe tenha servido de proveito.

Nestes casos tem de aplicar-se o princípio do não locupletamento à custa alheia

Vejamos qual é a função que êste princípio exerce na teoria das obrigações.

214 *O não locupletamento à custa alheia na teoria das obrigações.* O princípio do não locupletamento à custa alheia, que não está formalmente sancionado no nosso código civil, é aplicado em muitas das suas disposições, que nenhuma dúvida temos em ampliar por analogia. Necessário se torna, porém, vêr qual o alcance dêsse princípio.

O locupletamento, significando uma situação de facto, pode dar-se em virtude de negócios jurídicos e de factos voluntários por parte de quem enriquece um património alheio a expensas do seu.

Dada esta situação de facto, e embora o locupletamento tenha a sua causa numa situação ilícita por parte de quem enriquece o património doutrem, a lei dá a êste o direito de indemnização, fundado nesse locupletamento. Assim, o pos-

suidor, quer seja de boa quer de má fé, tem direito a ser indemnizado das despesas que houver feito com a conservação da cousa, pode levantar, quando não haja detrimento desta, as bemfeitorias úteis, e, se o houver, tem direito ao valor das mesmas bemfeitorias calculado pelo custo, se êste não exceder o valor do benefício ao tempo da entrega, ou êste valor, se aquele o exceder (artt. 498 ° e 499 °), o que em terreno alheio fizer de má fé obras, sementeiras ou plantações, terá direito, se o dono do terreno preferir ficar com as obras, sementeiras ou plantações, de exigir o valor que a êsse tempo tiverem ou o dos materiais e trabalho empregados nelas (art 2307 °); o incapaz que aceitar um depósito e que se defenda com a nulidade do contrato, não pode subtrair-se à restituição da cousa depositada, achando-se ainda em seu poder, ou a repor aquilo com que pela alienação dela se locupletou (art 1433.°, regra 2 ª)

Nas disposições referidas, o possuidor e o depositante não têm, pelo acto de que resultou o enriquecimento, considerado em relação ao adquirente. o direito de exigir indemnização, êste direito deriva para eles ùnicamente do facto de que o proprietário e o depositário se enriqueceriam sem causa, se não restituissem aquilo com que se locupletaram. E esta a única razão das disposições citadas, podendo considerar-se, como princípio sancionado pela lei, que um património não pode locupletar-se a expensas doutro, sempre que êsse locupletamento se dê contra a vontade do titular dêste património e seja qual fôr a causa dêsse locupletamento

Se uma pessoa realiza um acto, como a gestão de negócios, pelo qual quer efectivamente beneficiar outrem, a teoria do não locupletamento não pode aplicar-se, porque na própria gestão terá o titular do património que se enriqueceu a causa legítima do aumento que nele houve; se a pessoa que realiza um negócio jurídico teve em vista beneficiar outrem dada certa causa, ou para determinado fim, e essa causa ou fim não se verificam, terá direito a exigir a restituição do que haja dado ou a respectiva indemnização, porque, ficando o negócio jurídico sem efeito, restabelece-se a situação anterior. E' assim que a pessoa que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaisquer donativos, ou autorizou qualquer despesa, será obrigada à restituição daqueles, ou à indemnização desta, se lhe fôr exigida (art. 1067.° § único e decr n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, art. 24.° § único), se se rescindir uma doação por superveniência de filhos ou por ingratidão, serão restituídos ao doador os bens doados, ou, se o donatário os houver alienado, o valor deles (art 1484 °).

Nos exemplos que acabamos de dar, ou há título legítimo para o enriquecimento, ou há título legítimo para a restituição do que se tenha prestado, pela situação em que se constituiu quem recebeu a prestação Num e noutro caso, não pode aplicar-se a teoria do não locupletamento à custa alheia Se se aplicasse esta teoria, quem se enriqueceu teria de restituir apenas o que conservasse em seu poder ou lhe houvesse servido de proveito Ora a lei determina que se restituam os bens ou o seu valor, no caso de haverem sido alienados, ou que se dê a indemnização, não limitando esta ao proveito que se tenha auferido.

Quando um contrato se anula por ter por fim algum facto criminoso ou reprovado e só um dos contraentes esteja de má fé, êste, a-pesar-de ser nulo o contrato, não será obrigado a restituir o que houver recebido e poderá exigir o que tiver prestado. Não se aplica também, neste caso, o princípio do não locupletamento à custa alheia, a nulidade do contrato representa o título da restituição, que não é limitada pelo enriquecimento que se haja dado em virtude dessa prestação.

Das considerações que acabamos de expor resulta que se tem dado, a nosso ver, ao princípio do não locupletamento à custa alheia um alcance que êle não comporta

Êsse princípio não pode considerar-se em matéria de obrigações, como uma fonte de que estas resultem, estabelecendo-se por êle apenas, em relação às fontes das obrigações, uma limitação às consequências que delas deveriam derivar

No livre desenvolvimento das actividades individuais, o princípio do não locupletamento à custa alheia significa que o resultado dessas actividades, sob o ponto de vista econó-

mico, não deve reverter em proveito de terceiros, sempre que êste proveito não tenha uma causa que a lei admita ou reconheça como legítima. Êsse locupletamento não pode dar-se em virtude dos próprios factos ilícitos. Estes dão direito à indemnização dos prejuízos causados e não ao enriquecimento, quando êste se dê a expensas do autor do facto ilícito.

215 *Teorias sôbre o locupletamento à custa alheia.* Alguns jurisconsultos, considerando o princípio *jure naturæ aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem,* como uma regra necessária de equidade que domina o direito actual e que se acha formulada em alguns códigos, como o suíço, cód federal, art 70 °, o alemão, cód. civil, art. 812 ° e o japonês, cód. civil, art. 703 °, têm procurado determinar a natureza e o fundamento dêsse princípio

AUBRY e RAU consideram o direito de reclamar, por meio de uma acção pessoal, os direitos e valores pertencentes ao património, como uma faculdade inerente ao direito de propriedade de que qualquer pessoa goza sôbre o seu património: «A acção *de in rem verso*, dizem eles, de que só se encontram no cód. civil aplicações especiais, deve ser admitida de um modo geral, como sanção da regra de equidade que não é permitido o enriquecimento a expensas doutrem, em todos os casos em que o património de uma pessoa seria, sem causa legítima, enriquecido com detrimento do de outra pessoa, não tendo esta, para obter o que lhe pertence ou o que lhe é devido, nenhuma acção resultante dum contrato, dum quási contrato, dum delito, ou dum quási delito» (1).

LAURENT considerou a acção *de in rem verso*, ou de restituição do enriquecimento que a expensas dum património e sem causa jurídica se produz noutro património, como uma dependência da gestão de negócios. «Falando rigorosamente,

(1) *Cours de droit civil français, d'après la methode de Zachariæ,* 4.ª ediç, tômo 6 °, § 578.

a acção de gestão de negócios e a acção *de in rem verso* procedem da mesma causa, duma intervenção nos negócios doutrem; resulta desta intervenção uma vantagem para aquele cujo negócio é gerido; a equidade exige que êle preste contas dêste lucro a quem o produziu Mas qual será a extensão da sua obrigação? Neste ponto as duas acções dividem-se: uma, a da gestão de negócios, equivale à acção de mandato; a outra, a *de in rem verso*, é limitada ao lucro que o dono aufere pela gestão no momento do pedido Há sempre um proprietário e um gerente, consequentemente há gestão de negócios, sòmente é uma gestão que não equivale a um mandato. Isso não impede que haja analogia entre os dois factos jurídicos; há mais do que analogia, há identidade de causa; isto deve bastar para que o proprietário seja obrigado a indemnizar o gerente até à concorrência daquilo em que se enriqueceu Neste sentido, a equidade, que é o fundamento dos quási contratos, é também o fundamento da acção *de in rem verso*, ela opõe-se a que o proprietário, que aufere proveito duma gestão, retenha o lucro sem responder por êle para com quem lho adquiriu, seria enriquecer-se sem causa e sem direito a expensas daquele que pela sua gestão obteve essa utilidade; isso seria contrário à equidade natural e também à equidade legal, porque a lei consagra esta regra de equidade na matéria dos quási contratos» (1).

PLANIOL, notando que tradicionalmente se considera o enriquecimento sem causa como dando lugar a uma acção quási contratual, a acção *de in rem verso*, diz que, reflectindo-se em que é o princípio segundo o qual não é permitido conservar um enriquecimento obtido sem causa a expensas doutrem que obriga à restituição, convencer-nos hemos de que esta acção pertence à família das acções que nascem de factos ilícitos».

RIPERT e TEISSEIRE relacionam a teoria do enriquecimento sem causa com o conceito do risco como causa da responsabilidade civil. Esta determinação da responsabilidade assenta

(1) *Principes de droit civil,* tômo 20 °, n ° 337.

sôbre a idêa de que todos devem suportar os prejuízos resultantes da sua actividade « As mesmas razões, as mesmas considerações, levam-nos a considerar bom e justo que cada actividade possa reivindicar para si os resultados úteis que são obra sua Esta segunda proposição está em exacta correspondência com a primeira, é o complemento necessário dela, e todas as razões que se podem aduzir em apoio duma podem invocar-se para a justificação da outra. — Quem causou o risco, diz-se, deve suportá-lo. *Quem é causa do lucro, deve aproveitar-se dêle.* Se há uma teoria do *risco criado*, é necessário que haja uma teoria do *lucro criado* — Um resultado útil foi atingido, criou-se um novo valor: duas pessoas concorrem ao benefício; entre elas, a lei deve escolher, não pode esquivar-se a essa escolha. Mas poderá hesitar entre aquele que é, por sua actividade, causa dêste valor, e aquele que se limita a recolhê-lo, entre o que agiu, que tomou a iniciativa, e aquele cuja função é puramente passiva? Não é o primeiro que deve triunfar? E não é completamente justa esta decisão? Se do acto houvesse resultado um prejuízo, o seu autor não seria forçado a sofrer êste prejuízo, sem o poder desviar para outrem? Não é por conseguinte uma justa compensação permitir-lhe, em caso de sucesso, auferir o benefício? Quem perde com as más contingências, deve lucrar com as boas. Se se dá a acção *de in rem verso* a uma pessoa, é porque ela é a autora do enriquecimento que reclama, é porque o causou por um facto seu. Como o problema da responsabilidade, o do enriquecimento sem causa resolve-se numa análise das actividades concorrentes. E' um *problema de causalidade* »

GABBA, fazendo a análise de cada um dos casos em que se tem aplicado o princípio do enriquecimento sem causa, conclue: « Eu sou de parecer que não se pode falar no actual direito civil italiano de uma acção *de in rem verso* generalizada, de acção geral de enriquecimento, isto é, de injustificado enriquecimento. E isto porque quási todos os exemplos que se apresentam desta pretendida acção têm um carácter jurídico muito diverso, isto é, são aplicações ou da acção contrária *negotiorum gestorum*, ou da *condictio sine causa*, ou da *condictio indebiti*, ou da acção ordinária contratual, ou da acção subrogatória, e os poucos exemplos que se não podem incluir em qualquer destas categorias e explicar por elas, não são senão parciais aplicações do fundamento racional que àquela geral acção se costuma atribuir, aplicações que se podem relacionar com um conceito um tanto ou quanto geral, mas que têm a sua razão de ser e denominação nos artigos de lei em que estão formuladas »

216 *Crítica das teorias sôbre o locupletamento à custa alheia* Não consideramos aceitáveis as teorias que sôbre o não locupletamento à custa alheia têm sido elaboradas pelos jurisconsultos franceses para sistematizarem a doutrina sancionada no seu cód. civil, que é fundamentalmente a mesma do nosso código

Não concordamos também em muitos casos com a análise feita por GABBA e com a conclusão a que êle chega de que a acção de *in rem verso* se pode filiar no conceito geral que informa os direitos do gestor, do que efectua um pagamento indevido ou uma prestação sem causa

Da resumida análise que fizemos, infere-se que o princípio que informa a acção do não locupletamento, nos casos em que o nosso cód. civil a êle se refere, não é o mesmo que o da repetição do indevido, do que se haja prestado sem causa, ou em virtude de contrato nulo Em qualquer dêstes casos, a indemnização determina-se em princípio pela prestação efectuada, não havendo que averiguar se quem recebeu a prestação se enriqueceu com ela e se êste enriquecimento subsiste no momento em que se exige o que se haja prestado. Ora esta verificação tornar-se-ia necessária se a obrigação de restituir o que indevidamente se recebeu, o que se recebeu sem causa ou em virtude de uma causa que deixa de subsistir, se filiasse no princípio do não locupletamento à custa alheia.

A aplicação dêste princípio não estaria, porém, de harmonia com as consequências que devem derivar do facto de, embora de boa fé, havermos recebido o que não nos é devido, de termos realizado um contrato nulo, de havermos aceitado

uma prestação para um fim determinado que se não realiza Em qualquer dêstes casos, há um facto voluntário por parte de quem aceita o pagamento, o cumprimento do contrato ou a prestação, e, anulado que seja o pagamento ou o contrato, verificando-se que se não deu a causa que determinou a prestação, a obrigação de restituir o que se recebeu impõe-se pelo restabelecimento da situação jurídica anterior. E' assim que se explica o direito de repetir o que se haja pago, nos termos em que essa repetição é admitida pelo nosso cód. civil; assim se explicam tambem as consequências que derivam da anulação dos contratos, da revogação das doações e de se considerar exigível a restituição das prestações que se fazem para um fim que se não efectiva.

A aplicação do princípio de que se deve restituir tudo o que se recebeu pode, em alguns casos, ser pouco equitativa, e outros há em que não pode justificar-se perante os princípios que legitimam o direito à restituição E' o que se verifica no caso em que, pela incapacidade pessoal de quem recebe o pagamento ou realiza o contrato, não se pode imputar a êste responsabilidade por haver recebido êsse pagamento ou realizado o contrato.

Vê-se assim que a teoria do não locupletamento sem causa tem um domínio muito restrito na teoria das obrigações, determinando apenas, por motivos de equidade, a não aplicação rigorosa dos princípios em que esta teoria assenta.

Relacionar a teoria do não locupletamento à custa alheia com a gestão dos negócios, considerá-la como uma gestão anormal, afigura-se-nos completamente descabido.

No próprio cód. civil alemão, em que se formulou um princípio geral acêrca do enriquecimento sem causa, compreendendo nele categorias jurídicas que, segundo o nosso modo de ver, não podem nem devem ser dominadas por êle, não se aplicou êsse princípio à gestão de negócios.

O gestor pode ter direito, nas condições fixadas por lei, a ser indemnizado das despesas que tenha feito, dos prejuízos que por causa da gestão tenha sofrido. Não tem nem pode ter direito a exigir do proprietário tudo aquilo com que êste

se haja enriquecido. Para êsse enriquecimento, tem o proprietário como título legítimo, como causa, a própria gestão, o facto de um terceiro se haver voluntàriamente intrometido nos seus negócios

Estas considerações mostram-nos que a teoria de RIPERT e TEISSEIRE acêrca do não locupletamento à custa alheia é completamente inadmissível em face dos códigos civis modernos e dos princípios fundamentais do direito.

É justo que ninguém se locuplete à custa doutrem, sempre que o enriquecimento se dê sem causa. Mas não é justo que tenha direito ao enriquecimento integral quem, voluntàriamente e sem autorização, e até por um facto ilícito, se intromete na gestão dos negócios doutrem.

Até nos casos em que esta intervenção se considere legítima, o gestor só deve ter direito a indemnização por todos os prejuízos que sofreu, sendo, como não pode deixar de pressupor-se, determinada a sua gestão por intuito benéfico.

Doutrina contrária daria lugar a abusos, pela atribuição à ingerência nos negócios doutrem de efeitos que não deve ter e poderia colocar o proprietário, pela restituição integral do enriquecimento a que ficaria adstrito, numa situação embaraçosa Ora a situação dêste, que nenhuma responsabilidade teve na gestão, não pode deixar de merecer por parte do legislador especial consideração A restituição do aumento que se deu no património do proprietário além da diminuição que houve, em virtude da gestão, no património do gestor, de modo algum é exigida pela equidade

O enriquecimento à custa alheia, podendo ser devido a um facto ilícito por parte de quem dêsse enriquecimento é causa, não o é nem o pode ser em relação ao adquirente. Se o fôsse, o princípio que deveria aplicar-se seria o da responsabilidade civil, sendo o adquirente obrigado à indemnização de perdas e danos. Ora na teoria do não locupletamento à custa alheia, o adquirente só fica adstrito à restituição, na medida do enriquecimento, até onde êste se deu a expensas do seu autor.

Esta restituïção é determinada pelo princípio de que ninguém pode aproveitar-se da actividade doutrem para, sem causa, se enriquecer a expensas dele Tal enriquecimento não tem uma causa legítima, mas, considerado subjectivamente, em relação ao adquirente, nunca pode ser um facto ilícito.

A função que no enriquecimento sem causa exerce o adquirente, dando-se ao enriquecimento o carácter que lhe atribuimos, é puramente passiva. Não há por parte dêste intenção dolosa nem culpa, e consequentemente responsabilidade alguma se lhe pode imputar, que não seja a resultante da situação de facto em que êle se encontra

Quando uma pessoa se enriquece a expensas doutrem, sem que haja nesse enriquecimento a mínima intervenção por parte dela, e podendo tal enriquecimento dar-se até contra a sua vontade, a afirmação de que pratica um facto ilícito não tem a mínima razão de ser O não cumprimento da obrigação de restituir, verificado que seja o enriquecimento sem causa, é que será um facto ilícito, mas êste é posterior ao enriquecimento (1).

(1) No cod. civil brasileiro não se formulou nenhum princípio geral acêrca do não locupletamento a custa alheia Ha nesse codigo algumas disposições especiais que são uma aplicação daquele principio (artt 96 °, 157 °, 513 °, 517.°, 547 °, 548.°), não se lhe dando, no caso de ma fe por parte do autor do enriquecimento, a amplitude que tem no nosso cod. civil

ADITAMENTOS

Na pág 193, onde se trata do registo da cessão de créditos hipotecários, aponte-se a legislação referida na nota 2 da pág. 466

Na pág 363 nota 1, aponte-se o regulamento de 29 de setembro de 1924, art 7 °, com referência ao regulamento de 5 de maio de 1911

O estudo do Autor, *Patrimónios autónomos nas obrigações segundo o direito civil português,* citado na pág 504, foi transcrito da *Revista da Universidade de Coimbra* pelo *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* ano VII, n.°s 61-65, pág. 47.

ERRATAS

Pag	Linha	Onde se lê	Leia-se
5	4	tomo	tomo
6	7	provem	provêm
»	14	interesse	interêsse
7	23	êles	êle
99	30	aculdade	faculdade
»	42	1917.	1917]
108	38	271.°	276 °
193	33	acção	cessão
277	9	Conceito	94 Conceito
357	14	O credito	2.° O credito
453	27	com tanto que	contanto-que
459	5	venda	vende
470	37	[5	(5)
»	»	508].	508
474	5	porque	por que
493	38	registo de	registo do arrresto em
521	36	489	488
»	»	494	493

ÍNDICE

LIVRO II

DAS OBRIGAÇÕES

TÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

CAPITULO I

CONTEUDO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

§ 1 — *Conceito de obrigação*

1. Direitos absolutos e relativos 7
2 Noção de obrigação 9
3. Confronto entre os direitos de obrigação, os direitos reais, os direitos de familia e os de sucessão 11
4 Caracter do direito das obrigações 14

§ 2 — *Natureza do vinculo obrigatório*

5. O vinculo obrigatorio e pessoal e patrimonial . . . 16
6 O vinculo obrigatorio tem sempre caracter juridico . . 18
7. As denominadas obrigações naturais consistem numa situação de facto a que o legislador reconhece determinados efeitos 20

§ 3 — *Sistema do código civil em materia de obrigações Critica*

8. Lugar que as obrigações ocupam no codigo 24
9. Critica do sistema do codigo. 26
10 O nosso plano 29

CAPITULO II

ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO

§ 4 — *Dos sujeitos da obrigação*

11. Modalidades da obrigação em relação aos sujeitos . . . 31
12. Obrigações com sujeito activo indeterminado 33
13. Obrigações conjuntas 34
14. Obrigação solidaria, noções geraes 35
15. Solidariedade activa 39
16 Solidariedade passiva 42
17 Obrigações civis e commerciais 51

§ 5 — *Do objecto das obrigações*

18. O objecto immediato da obrigação e um facto, o mediato são cousas e serviços 54
19. Condições que devem dar-se no objecto das obrigações . . 56
20. Obrigações indivisiveis 57
21. Obrigações cumulativas 66
22. Obrigações alternativas. 66
23. Obrigações genericas 70
24. Obrigações pecuniarias, liquidas e iliquidas 72

§ 6 — *Modalidades no vinculo obrigatório*

25. Obrigações condicionaes, modaes e a têrmo 73
26. Obrigações principaes e subsidiarias ou acessorias . . . 74

CAPITULO III

DOS EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

§ 7 — *Do cumprimento das obrigações*

27. O que significa a formula legal « dos efeitos e cumprimento dos contratos » 77
28. A obrigação deve ser pontualmente cumprida 79
29. Cumprimento de obrigações de objecto determinado. 81
30. Cumprimento das obrigações alternativas. 82
31. Cumprimento das obrigações genericas. 88
32. Cumprimento das obrigações de dinheiro 90

33. Cumprimento de prestações em parte liquidas e em parte iliquidas 97
34. Tempo em que deve efectuar-se a prestação 98
35. Lugar em que a obrigação deve ser cumprida. 109

§ 8 — *Do não cumprimento das obrigações*

36. Responsabilidade que o devedor assume pela obrigação . . . 112
37. Causas legitimas do não cumprimento das obrigações 115
38. Impossibilidade do cumprimento da obrigação por facto não imputavel ao devedor 120
39. Da mora no cumprimento das obrigações. 127
40 A culpa e a mora nas obrigações solidarias 138
41. Determinação das perdas e danos 142
42. Liquidação dos danos 146

§ 9 — *Efeitos indirectos das obrigações*

43. Efeitos indirectos das obrigações e seu fundamento. . . . 147
44 Condição geral para que os credores possam anular actos do devedor 149
45. Anulação dos actos simulados 150
46 Condições de anulação dos negocios juridicos verdadeiros celebrados em prejuizo dos credores 158
47. Actos que podem ser rescindidos pelos credores. 165
48 Efeitos da acção revogatoria. 169
49 Prazo dentro do qual pode ser proposta a acção rescisoria . . 176

CAPÍTULO IV

DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ 10 — *Conceito de sucessão nas obrigações*

50 Principio relativo a sucessão nas obrigações por morte e entre vivos 179
51. A cessão e a transmissão dos titulos de credito 183

§ 11 — *Da cessão de creditos*

52. Noção da cessão de creditos. 184
53. Creditos que podem ser cedidos 186
54. Creditos litigiosos; a quem não podem ser cedidos e direitos do devedor em relação ao cessionario 188
55. Formalidades da cessão 191
56. Efeitos da cessão 197

§ 12 — *Da subrogação nos creditos*

57. Conceito e espécies de subrogação nos creditos 200
58. Subrogação convencional 202
59. Subrogação legal 205
60. Efeitos da subrogação 206
61. Diferenças entre a subrogação e a cessão 208

§ 13 — *Transmissão dos titulos de credito*

62. Natureza juridica dos titulos de credito 210
63. Classificação dos titulos de credito 212
64 Modos por que se realiza a transmissao dos titulos de credito . 214
65. Efeitos da transmissão dos titulos de crédito; excepções que o emitente pode opor 216

CAPITULO V

DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ 14 — *Ideas geraes*

66 Factos de que resulta a extinção das obrigações 221
67 Classificação dos factos extintivos das obrigações. 223

§ 15 — *Do pagamento*

68 Noção de pagamento. Terminologia do codigo. 224
69 Quem pode efectuar o pagamento. 225
70 A quem deve ser feito o pagamento 227
71. Efeitos do pagamento e imputação dêste 228
72. Prova do pagamento. 229
73. Pagamento indevido 230

§ 16 — *Da proposta de pagamento e consignação em depósito*

74. Casos em que e admitida a proposta de pagamento e consignação em deposito e quem a pode requerer 231
75. Onde e requerido e como se faz o deposito 234
76. Efeitos do depósito 235

§ 17 — *Da compensação*

77. Conceito de compensação. 237
78. Condições da compensação 241
79. Dividas não compensaveis 247

80. Efeitos da compensação 250
81. Renúncia a compensação. 252
82. A compensação e os direitos de terceiros. 255
83. Compensação voluntaria 256
84. Compensação judicial 257

§ 18 — *Dação em pagamento*

85. Conceito de dação em pagamento. 258
86. Natureza jurídica da dação em pagamento; seus efeitos . . . 259
87. Requisitos da dação em pagamento 262

§ 19 — *Da novação*

88 Conceito de novação. 262
89. Modos por que pode dar-se a novação 266
90. Condições da novação 267
91. Novação objectiva. 269
92. Novação subjectiva 271
93. Efeitos da novação 274

§ 20 — *Da confusão*

94. Conceito de confusão e factos de que resulta. 277
95. Efeitos da confusão 278
96 Cessação da confusão 281

§ 21 — *Do perdão e da renúncia*

97. Noção de perdão 282
98. Noção de renuncia 286
99 Prova do perdão e da renúncia. 288
100 Efeitos do perdão e da renúncia 290

CAPITULO VI

GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

§ 22 — *Noções geraes*

101. Utilidade das garantias das obrigações 293
102 Especies de garantias 294
103. Garantias admitidas pelo nosso direito. 295
104. Caução. 295

§ 23 — *Da fiança*

105. Noção de fiança, seus caracteres 296
106. Abonação 299
107. Quem pode afiançar 299
108. Condições de validade do contrato de fiança 304
109. Requisitos que devem dar-se no fiador e casos em que o credor pode pedir a sua substituição 307
110. Relações que se estabelecem pela fiança 308
111. Beneficio da excussão 309
112. Responsabilidade dos fiadores da mesma obrigação, beneficio da divisão. 311
113. Direitos do fiador contra o devedor no caso de pagamento . . 314
114 Direitos do fiador contra o devedor antes do pagamento . . 317
115 Dos efeitos do pagamento realizado por um dos fiadores em relação aos outros 318
116 Da extinção da fiança 319

§ 24 — *Do penhor*

117. Noção de penhor 324
118. Cousas que podem ser dadas em penhor 327
119. Por quem pode ser constituido o penhor 328
120. Constituição do penhor 328
121. Direitos que o credor adquire pelo penhor 332
122. Obrigações que resultam para o credor do contrato de penhor 335
123. Execução do penhor 336
124. Excepções que podem ser alegadas por terceiro que preste o penhor 338
125. Extinção do penhor 338
126 Subrogação do objecto do penhor pela indemnização devida no caso de perda 339

§ 25 — *Da consignação e adjudicação de rendimentos*

127. Caracter da consignação e adjudicação de rendimentos. . . 340
128. Quem pode dar rendimentos em consignação 344
129. Constituição da consignação de rendimentos. 344
130. Quando termina a consignação de rendimentos. 346

§ 26 — *Dos privilegios creditórios*

131. Conceito de privilegios creditorios 347
132. Especies de privilegios 353
133. Dos privilegios mobiliarios especiais da primeira classe . . . 354
134. Privilegios mobiliarios especiais da segunda classe 362
135. Privilegios mobiliários especiais da terceira classe 362

136. Privilegios mobiliarios especiais da quarta classe. 372
137. Privilegios mobiliarios gerais 374
138. Privilegios por impostos 379
139. Privilegios mobiliarios não especificados no código civil . . . 381
140 Dos privilegios imobiliarios 384
141. Extinção dos privilegios 389
142 Transmissão de creditos privilegiados 396

§ 27 — *Das hipotecas*

143. Conceito de hipoteca 397
144. Caracteres da hipoteca. 401
145. Obrigações que podem ser asseguradas pela hipoteca e o que esta abrange. 404
146. Bens sôbre que pode recaír a hipoteca 411
147. Extenção da hipoteca 420
148. Reforço da hipoteca. 426
149. Especies de hipoteca 427
150. Bases do regimen hipotecario 428
151 Vantagens da hipoteca 429
152 Das hipotecas legais, noções gerais. 430
153. Hipoteca legal a favor do Estado, dos municipios e estabelecimentos públicos, dos menores, ausentes e interditos e da mulher casada 431
154. Hipoteca legal a favor do conjuge sobrevivo 437
155 Hipoteca legal para garantia de obrigações alimenticias . . . 440
156. Hipotece legal a favor de coerdeiros e legatarios 442
157. Hipoteca legal a favor de creditos privilegiados 443
158. Hipoteca a favor dos estabelecimentos de credito predial . . 446
159. Hipotecas legais estabelecidas por leis especiais 446
160 Redução das hipotecas legais 447
161. Das hipotecas voluntarias, actos por que se podem constituir 449
162. Capacidade para hipotecar 452
163. Hipotecas de bens alheios. 457
164. Constituição das hipotecas voluntarias, hipoteca geral e especial 459
165. Condições com que pode ser estabelecido o direito hipotecario 461
166. Forma das hipotecas voluntarias 462
167. Inscrição e averbamentos das hipotecas 465
168. Efeitos da hipoteca em relação á terceiros possuidores de bens hipotecados, expurgação 470
169. Da extinção das hipotecas 478

§ 28 — *Da penhora e do arresto*

170. Razão por que tratamos da penhora e do arresto. 485
171. Noção de penhora, seus efeitos. 486

172. As penhoras dão preferência pela ordem da sua prioridade . . 488
173. Arresto: noção e efeitos. 493
174. Reformas propostas quanto as preferências resultantes da penhora e do arresto 495

§ 29—*Direito de retenção*

175. O direito de retenção e uma garantia das obrigações . . . 496
176. O direito de retenção e um direito absoluto, resultando dele o direito de preferência. 497
177. Extinção do direito de retenção 503

§ 30—*Separação de patrimonios*

178 No patrimonio do devedor pode haver massas de bens que, pelos fins a que se destinam, se relacionam directamente com determinadas obrigações 504
179. Patrimonios autonomos no matrimonio. 506
180. Patrimónios autonomos nas sociedades civis e comerciais. . 507
181. O patrimonio do herdeiro e o do autor da herança 509

§ 31 — *Preferências no concurso de credores*

182. Casos em que tem lugar o concurso de credores e bens sôbre que recai 511
183. Do concurso dos creditos sôbre bens mobiliarios 516
184. Do concurso dos creditos sôbre bens imobiliarios. 521
185. Valor dos bens a que os credores têm direito caducidade dos onus reais. 532

CAPITULO VII

DAS FONTES DAS OBRIGAÇÕES

§ 32—*Classificação das fontes das obrigações*

186. Importância da classificação das fontes das obrigações . . 539
187. Classificação das fontes das obrigações no direito romano e nos códigos modernos. 540
188. Classificações doutrinais das fontes das obrigações 542
189. Critica 545
190. Classificação que adoptamos. 551

§ 33—*Obrigações contratuais*

191. O contrato como fonte de obrigações 552
192. Quando se constitue o vinculo obrigatorio contratual, responsabilidade do proponente 557

193. Obrigações contratuais de contrato futuro 560
194 Efeitos das obrigações contratuais; como se determinam . . . 564
195. Contratos bilaterais 566
196. Contratos unilaterais e gratuitos 577
197. Doações onerosas. 579
198. Garantia da evicção. 588
199. Garantia dos vicios ocultos, denominados redibitorios . . . 607
200. Efeitos acessorios dos contratos 614
201. Dissolução dos contratos, seus efeitos 621
202. A culpa *in contrahendo* 625

§ 34—*Os contratos em relação a terceiros*

203 Os contratos produzem excepcionalmente efeitos em relação a terceiros, sendo esses efeitos diversos conforme a natureza do contrato e as relações entre os estipulantes e terceiros. . . 636
204. Contratos em proveito de terceiros, sua validade 642
205. Fundamento e natureza dos direitos do terceiro 650
206. Direitos do promissario 655
207. Relações entre o terceiro e o promitente 657
208. Contratos para pessoa que haja de nomear-se 657

§ 35—*Negocios juridicos unilaterais*

209. Ha obrigações que se constituem por negocios juridicos unilaterais. 659
210. Fundações 665
211. Obrigações para com pessoas indeterminadas 666
212 A vontade de quem se obriga unilateralmente só se torna irrevogavel nas condições estabelecidas por lei 666

§ 36— *Factos voluntários*

213. Os factos voluntarios nas obrigações, idéas gerais 667
214. O não locupletamento a custa alheia na teoria das obrigações . 673
215 Teorias sôbre o locupletamente a custa alheia 676
216. Critica das teorias sôbre o locupletamente a custa alheia . . 679

Aditamentos 683
Erratas 685