

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

I

Apreciação geral da proposta

SUMARIO — 1. Inconveniencia da proposta, nos termos em que está formulada — 2. Artigos que a proposta diz que interpreta, mas que modifica e altera — 3. Inadmissibilidade do artigo 3.º da proposta. — 4. Sendo reconhecida a necessidade de interpretar algumas disposições do Código civil, devem incluir-se na proposta outros artigos a que se não faz referencia. — 5. Inconvenientes da publicação de um novo Código civil, nos termos em que é auctorizada pelo artigo 2.º da proposta.

1. Foi apresentada pelo ministro da justiça á camara dos deputados, e publicada no *Diario do governo*, n.º 53, de 9 do corrente mês, uma proposta de lei em que são interpretados alguns artigos do Código civil, se determina o modo por que devem ser applicados quanto ao tempo os artigos interpretados, e se providencia sobre a sua inserção no Código civil.

Convictos, como estamos, de que da conversão dessa proposta em lei, pelo menos nos termos em que está formulada, derivarão gravissimos inconvenientes, resolvemos dedicar-lhe todo o espaço de que

neste semanario possamos dispôr, criticando-a o mais succintamente que nos seja possivel, e indicando, para a hypothese de que se persista no proposito de a fazer approvar pelo parlamento, as modificações e addicionamentos que nella se devem introduzir.

A proposta já teve parecer unanime favoravel da commissão de legislação civil da camara dos deputados, o que nos leva a presumir que será por esta camara approvada dentro de curto praso e sem as alterações necessarias. Pela nossa parte cumprimos um dever publicando estas *Observações*, e muito desejaríamos que não se introduzissem quaesquer modificações ou alterações no Código civil sem a devida reflexão e madureza.

O Código civil, que representa nos tempos modernos o mais glorioso testemunho do nosso genio juridico, ainda não foi devidamente analysado em todas as suas partes e não ha sobre elle trabalho algum systematico, em que tenham sido combinadas, de forma que bem se vejam, todas as suas imperfeições, defeitos e incoherencias.

Suscitou a applicação do Código, attenta a sua complexidade, gravissimas difficuldades, em cuja resolução tem hesitado os nossos tribunaes, ha-

vendo não raro decisões encontradas. Foi este facto que especialmente motivou a portaria de 27 de outubro de 1898, em que se ordenou que o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações, em sessões plenas, indicassem as duvidas que se tem levantado na interpretação e applicação das leis, devendo relacionar-se os julgados encontrados de que tivessem conhecimento; o decreto de 13 de junho de 1890, que nomeou uma comissão de juristas incumbida de colligir as duvidas que tenha havido na interpretação e applicação das leis; e, sem que esta comissão haja feito, que saibamos, trabalho algum, a recente proposta do ministro da justiça.

Para conhecer e examinar todas as duvidas que na sua applicação tem suscitado o Código civil e resolvê-las pelo modo mais adequado, exíguo foi o tempo, e d'ahi resultou o não haverem sido incluídos na proposta alguns artigos do Código sobre que tem havido decisões encontradas dos tribunaes, e relativamente aos quaes ainda se não firmou, ao contrario do que se dá com alguns que a proposta abrange, a uniformidade da nossa jurisprudencia.

A proposta é a este respeito deficientissima; e, se pode pôr-se em duvida a legitimidade, ou, antes, a conveniencia da intervenção do poder legislativo na interpretação das leis, em virtude de ter, como demonstraremos, immediata applicação a lei interpretativa, de modo algum se nos afigura defensavel, por ser inopportuna, uma lei em que se interpretem algumas disposições do Código civil, deixando no olvido outras que estão nas mesmas condições. Amanhã será apresentada nova proposta de lei para que estas sejam tambem interpretadas, e assim se irá emendando, aos retalhos, o Código civil, com resultados faceis de prever, attenta a irreflexão que ultimamente se tem accentuado na feitura das leis.

E não é só sob este aspecto que julgamos inconveniente a proposta de lei a que nos estamos referindo. Outro inconveniente tem ella, e que se nos afigura ainda mais grave.

Declara o auctor da proposta, no relatório que a precede, que ella «tem apenas «por fim interpretar pontos duvidosos. «assentar jurisprudencia nos casos em «que os arestos dos tribunaes se dividem «por decisões encontradas e aclarar pontos obscuros, evitando assim o prejuizo «dos interessados e o desprestigio das «instituições judiciaes».

Ora a proposta, em vez de attingir este ultimo resultado, produzirá, nos termos em que está formulada, exactamente o contrario.

Concordamos em que as decisões encontradas dos tribunaes, e designadamente do Supremo Tribunal de Justiça, ao qual compete estabelecer, pela uniformidade da jurisprudencia, a unidade da legislação, contribuem para o desprestigio do poder judicial, e admittimos, unicamente neste caso, que o poder legislativo declare qual o sentido da lei, evitando assim o prejuizo das partes, e que se forme ou desenvolva a suspeita de que as sentenças não traduzem a convicção dos juizes, mas dão a medida da importancia social dos interessados.

Uma vez firmada, porem, a uniformidade da jurisprudencia, o poder legislativo deve abster-se cautelosamente de intervir, e, quando o faça, ligando á lei um sentido diverso do que lhe foi dado pelos tribunaes, não o deve fazer sob a forma de lei interpretativa.

Procedendo assim, o legislador declara que os tribunaes erraram, e, não podendo destruir o effeito dos casos julgados, irá reconhecer direitos a quem, em virtude do modo por que os tribunaes interpretaram a lei e portanto lhe déram vida, os não tinha.

É assim que a proposta, pela interpretação que dá ao artigo 1989.º do Código civil, contraria á jurisprudencia que vingou, vem declarar que os tribunaes erraram, decidindo que o tilho perfilhado não succede ao avô e reconhecer aos filhos perfilhados, que ainda não tenham processo pendente em juizo, o direito á herança dos ascendentes do segundo ou do terceiro grau.

É opinião nossa que o poder judicial interpretou devidamente a lei no caso sujeito¹, como também não hesitamos em afirmar que, dada a reciprocidade do direito successorio, era indefensável a doutrina sancionada no Código, como indefensável é a disposição consignada no artigo 174.º, e repetidas vezes declarou o Supremo Tribunal, nos considerando dos accordãos, que, se a lei era injusta, não lhe competia a elle reformal-a. Dado, porém, que o poder judicial houvesse interpretado mal a lei, não é o poder legislativo que o deve declarar. Em casos, como este, reforma-se a lei, e até como innovadora deve considerar-se, em ultima analyse, a interpretação dada pelo poder legislativo que seja contraria á judicial, pois que a lei interpretada tinha, attenta a unidade da jurisprudencia, um sentido definido e diverso do que lhe dá a lei interpretativa.

E não é só relativamente ao artigo 1989.º que, em nosso parecer, se não reconstitue rigorosamente o pensamento do auctor do Código civil, tal como foi traduzido pela letra da lei, que é o primeiro elemento a que o interprete tem de attender, não lhe sendo até permitido pô-lo de lado, quando seja expresso e terminante.

Vamos demonstrar a nossa affirmação, e patentearemos depois a importancia do assumpto, analysando o artigo 3.º da proposta, em que se contem uma disposição transitoria.

2. A interpretação dada aos artigos 1022.º e 1621.º § 1.º do Código civil está em manifesta opposição com a letra expressa da lei. Esses artigos não são interpretados, mas modificados pela proposta, e, se é certo que a jurisprudencia dos tribunaes é a mesma da proposta, deve-se isso ao facto de esses artigos já haverem sido modificados pelo Código de processo civil nos artigos 535.º §§ 2.º e 5.º, 570.º §§ 5.º e 7.º, 721.º §§ 6.º

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 3.º, n.º 152, pagina 771.

e 7.º, 856.º e 947.º E não nos parece accetavel que o legislador venha interpretar, suppondo-os em vigor, artigos de lei que já estavam modificados.

A interpretação dada ao artigo 1869.º é, como tal, inadmissivel. Concordamos em que a lei se modifique nesse sentido, fazendo-se desaparecer do Código civil a distincção entre fiduciario e usufructuario, nos casos em que tal distincção apenas significa uma questão de palavras. Não nos parece, porém, conveniente que se venha dizer que as palavras — *apenas se haverá por não escripta a clausula fideicommissaria* — significam — *simplesmente se considerará o fideicommissario como proprietario e o fiduciario como usufructuario do objecto dessa instituição ou legado*.

Na interpretação authentica das leis devem observar-se as mesmas regras que a lei e a jurisprudencia impõem á doutrinal, tanto privada como judicial, e declarando-se no artigo 1866.º que se considera fideicommisso a disposição testamentaria pela qual algum *herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmittir por morte a um terceiro a herança ou legado*; no artigo 1871.º que serão havidas por fideicommissarias e portanto defesas as disposições com prohibição de alienar e as que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatario; e no artigo 1869.º que a nullidade da substituição fideicommissaria não involverá a nullidade da instituição ou do legado; não se pode completar este artigo como a proposta o faz.

Tem-se discentido na jurisprudencia quando deve considerar-se fideicommissaria uma instituição, mas nunca se pensou, nem isso era dado ao interprete, em que a substituição fideicommissaria significasse que o fideicommissario era proprietario e o fiduciario usufructuario. Havendo substituição fideicommissaria e nos casos em que é prohibida por lei, o fiduciario ficava sendo proprietario. Era este o sentido da lei; não podia ser outro, como ainda o revela o artigo 1870.º nas palavras que grijfamos: não se *reputará*

fideicommisso a disposição pela qual algum testador deixe o usufructo de certa coisa a uma pessoa, e a propriedade a outra, comtanto que o usufructuario ou o proprietario não seja encarregado de transmittir a outrem por sua morte, o dicto usufructo ou a dicta propriedade.

Ora é de notar que a proposta, modificando a ultima parte do artigo 1869.º, deixa intacta a primeira e os artigos 1866.º, 1867.º, 1870.º e 1871.º, cuja redacção, no logar proprio, indicaremos como deve ser alterada, notando desde já que essas disposições são, pelo modo como estão formuladas, inconciliaveis com o systema adoptado na proposta ácerca de substituições fideicommissarias.

É tambem uma innovação o § unico que a proposta addiciona ao artigo 1235.º — «A terça disponivel, neste caso, será a mesma que a terça communicavel».

Em nosso parecer, e em logar opportuno o demonstraremos, a terça disponivel não pode nunca confundir-se com a terça communicavel, nem o Codigo civil a confundiu. Desde que a terça se comunica, o conjuge binubo só pode dispôr de metade della.

E consideramos do mesmo modo uma innovação a interpretação dada aos artigos 1498.º e § 2.º e 1500.º do Codigo civil. Preccitua o Codigo no artigo 1498.º e § 2.º que, consistindo a doação em objectos immobiliarios, será a redução feita em especie, e que o valor dos bens doados será calculado com relação á epoca em que se haja de fazer a redução. Exceptua desta regra, no artigo 1499.º, o immovel que não possa ser dividido sem detrimento, preccituando que, se a importancia da redução exceder metade do valor, haverá o donatario o resto em dinheiro, e, se não a exceder, reporá o donatario a importancia da redução; e no artigo 1500.º determina, tambem para o caso de o immovel não se poder dividir sem detrimento e de o donatario ser tambem coherdeiro, que este só poderá reter o immovel doado, se o valor desse immovel não exceder o da legitima do coherdeiro

accumulado com o da doação reduzida, e que, no caso contrario, entrará com o immovel doado para o casal, e será pago da legitima e da doação reduzida, em conformidade das regras geraes que regulam a partilha. A proposta, declarando que interpreta estes artigos, determina que, consistindo a doação em bens immobiliarios, a redução seja feita pelo valor que os bens doados tinham ao tempo da doação, e que o donatario, se fôr tambem coherdeiro, poderá reter o immovel doado, ainda que o valor desse immovel exceda o da legitima accumulado com o da doação reduzida¹.

Como se vê, o Codigo civil distingue entre *collação* e *redução*; esta tem de ser feita, em regra, em especie ou substancia, e, para esse effeito, attende-se ao valor dos bens, não ao tempo da doação, mas ao da redução, como não podia deixar de ser, porque delles tem de destacar-se a parte correspondente ao valor, se podem dividir-se sem detrimento; no caso contrario e excedendo o immovel o valor da legitima do coherdeiro accumulado com o da doação reduzida, o donatario tem de entregar o immovel á massa.

A proposta, não admittindo a redução em especie, revoga e não interpreta o artigo 1498.º; e, fazendo no artigo 1500.º a modificação correspondente, esqueceu-se do artigo 1499.º. Supprime-se a regra e fica a excepção!

Poderiamos ainda referir-nos aos artigos 1501.º, 1565.º e 1764.º § unico.

Julgamos, porem, ter demonstrado que a proposta não interpreta apenas, mas tambem modifica e altera algumas disposições do Codigo, e de um modo inadmissivel, como demonstraremos; e vamos indicar agora os perigos que ha em se attribuir a uma lei innovadora o character de interpretativa.

3. O artigo 3.º da proposta está assim redigido: «As disposições da presente lei

¹ Na proposta lê-se: *exceda a legitima* — em vez de — *exceda o da legitima*.

«só são applicaveis aos processos instaurados depois da sua publicação.»

É uma disposição transitoria, isto é, que devia ter por fim evitar duvidas quanto á applicação da lei no tempo, mas que, no caso sujeito, só tem o de desviar suspeitas, e que, podendo ser exarada numa lei de processo, é completamente inadmissivel numa lei de character substantivo.

Não conhecemos lei nem trabalho doutrinal algum em que, para leis desta natureza, se estabelecesse como criterio para a sua applicação no tempo o haver ou não processos pendentes. A regra que domina esta materia relativamente ás leis civis, e que se acha consignada no artigo 8.º do Codigo civil, é que a lei não tem effeito retroactivo, isto é, que não se applica immediatamente, quando dessa applicação resulte offensa de direitos adquiridos no dominio de uma lei anterior, e as normas transitorias tem por fim resolver duvidas que podem dar-se na applicação dessa regra e ainda tornal-a equitativa.

A proposta não tem nenhum desses fins em vista. «Não se applicam, diz-se no relatório, aos processos pendentes as disposições da presente proposta, para que ellas não vão influir na decisão de direitos já litigiosos.»

Do artigo 3.º da proposta conclue-se que, não havendo processo instaurado, a lei deve applicar-se immediatamente, embora se tracte de direitos adquiridos. Assim, se um filho perfilhado havia instaurado já processo para ser havido como herdeiro de seu avó, tem de applicar-se o Codigo como estava sendo interpretada pelos tribunaes, depois de o proprio legislador haver declarado que estes reconstituíram erradamente o seu pensamento. Se, pelo contrario, o filho perfilhado, attenta a jurisprudencia dos tribunaes, ainda não propoz a acção, porque sabia que com isso só perderia tempo e dinheiro, e a propozer agora, deve ser applicada a lei interpretativa.

Abstenhamo-nos de mais considerações sobre este ponto, para subirmos mais alto, vendo quaes os principios consigna-

dos no Codigo ácerca da applicação das leis interpretativas. Um succinto estudo desta materia impõe-se, não só para que bem se aprecie o artigo 3.º da proposta, mas porque o artigo 8.º, em que ha uma contradicção flagrante entre a primeira e a segunda parte, devia ter sido interpretado na proposta.

O artigo 8.º acha-se assim redigido: «A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é applicada retroactivamente, salvo havendo offensa de direitos adquiridos.»

Sendo ponto assente que a lei nova se applica immediatamente, sempre que se tracte de simples expectativas ou de faculdades concedidas pela lei que não se concretisaram em factos, ou se subjectivaram, caso em que não ha offensa de direitos adquiridos, e não podendo as leis interpretativas applicar-se retroactivamente com offensa desses direitos, vê-se que a pretendida excepção do artigo 8.º não é mais que a repetição da regra enunciada na primeira parte do artigo, vindo assim a ficar consignada no Codigo a mesma doutrina que no projecto primitivo, cujo artigo 8.º estava assim redigido: «A lei civil, ainda que seja interpretativa, não pode ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos legitimamente adquiridos.»

Sabido é que este artigo provocou larga polemica, e que o visconde de Seabra o defendeu sustentando que todas as leis eram innovadoras, sendo a sua doutrina pertilhada pelo dr. Paiva Pitta no seu importante trabalho sobre as *Questões transitorias do direito civil português*¹.

Esta doutrina não tem actualmente defensores, que conheçamos, entre os mais abalizados tractadistas de direito civil, que unanimemente sustentam que, integrando-se a lei interpretativa na interpretada, ficando ambas a constituir uma só norma, deve ser applicada a

¹ Veja-se: *Observações sobre a primeira parte do Projecto do Codigo civil português* por Alberto Antonio de Moraes Carvalho, pagina 10; *Apostilla n.º 2 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho* por Antonio Luiz de Seabra, pagina 36; dr. Paiva Pitta, *obra citada*, paginas 19 e seguintes.

todos os factos praticados desde que a lei interpretada começou a vigorar. Como excepções a este principio só admittem os casos que tenham sido decididos por sentença que passou em julgado ou por transacção.

Nem pode dizer-se que não ha leis interpretativas propriamente dictas. Sustentando essa doutrina, que o deveria levar, para ser logico, a não fallar em taes leis no projecto, dizia o sr. visconde de Seabra: «Se a lei interpretativa não «faz mais do que repetir o que se acha «disposto claramente, é desnecessaria e «absurda; se ordena cousa que não esteja «claramente na lei anterior, é uma lei nova «e cria um direito novo que não pode ser «applicado aos factos anteriores, queremos «dizer, aos direitos adquiridos.»

Ora a verdade é que, segundo as boas praxes legislativas, a interpretação authentica só deve ter logar quando na applicação de uma lei se hajam pronunciado decisões encontradas, e que haja grave receio de uma longa serie de litigios, até que se estabeleça pela unidade da jurisprudencia a unidade da legislação. Tem, pois, estas leis por fim evitar a diversidade da interpretação judicial, e, sendo assim, desde que o legislador fixe o verdadeiro sentido da lei, o poder judicial deve acatal-o. Ou tem de supprimir-se da Carta o artigo que dá ao poder legislativo a faculdade de interpretar as leis, ou, reconhecendo-se-lhe essa faculdade, a interpretação dada por elle ha de impôr-se ao poder judicial. Este não pode declarar que a lei se interpreta de uma certa forma, quando o proprio legislador declarou por que modo devia ser interpretada.

D'aqui deriva que, embora o artigo 8.º declare que a lei interpretativa não se applica com offensa dos direitos adquiridos, e que o artigo 3.º da proposta consigne a doutrina de que a lei interpretativa não se applica aos processos pendentes, estamos convencidos de que juiz algum quererá assumir a responsabilidade de julgar a sua interpretação melhor que a do proprio poder legislativo.

As leis interpretativas são, portanto, pela propria natureza das cousas, de applicação immediata, não respeitandô os direitos adquiridos que não tenham sido reconhecidos por sentença de que não haja recurso ou por transacção. Não é necessario pôr agora em relevo o perigo que ha em se attribuir a uma lei innovadora o character de interpretativa, como o faz a proposta de lei que estamos apreciando, perigo que se dará, embora expressamente se declare que não terá effeito retroactivo.

E tambem nada mais diremos sobre o artigo 3.º da proposta, que, em nosso parecer, não pode deixar de ser eliminado.

Cumpre-nos todavia accentuar mais uma vez que não traduzem a verdade as seguintes palavras do relatorio que precede a proposta: «interpretar, sim; esclarrecer, por certo; alterar, não».

E o mesmo diremos, já em parte, o deixamos provado e fal-o-emos de forma que a ninguem fiquem duvidas, ácerca das palavras que seguem ás transcritas: «Neste proposito, procurei ainda «surprehender qual a jurisprudencia adoptada no maior numero de casos, qual «a que traduzia melhor as idéas de justiça e de equidade, qual a aconselhada «pelos mais auctorizados commentadores «da materia, e esforcei-me por a seguir «nas modificações que proponho aos diversos artigos, para interpretar pontos «duvidosos.»

4. Notámos já que a proposta era deficientissima, não se interpretando nella muitos artigos do Codice sobre os quaes ha gravissimas duvidas na jurisprudencia e até decisões encontradas dos tribunaes, sem que, ao contrario do que succede com alguns dos que foram incluídos na proposta, se haja estabelecido até hoje a necessaria uniformidade.

Referimo-nos já ao artigo 8.º Citaremos ainda os seguintes:

— O artigo 24.º, em que não se determina a lei reguladora da propriedade mobiliaria em direito internacional, sendo conveniente tambem de-

provar-se, embora seja mais adequado para esse fim o Código de organização judicial ou de processo civil, onde também deveriam ser inseridos os artigos 25.º e 28.º a 31.º, como regra geral de competência, se a dos tribunales portuguezes para conhecer da propriedade immobiliaria situada no reino é exclusiva ou cumulativa. É a proposito deste artigo referir-nos-emos já ao artigo 2430.º, que alguns consideram mera repetição de um principio formulado no artigo 24.º, emquanto outros vêem nelle uma excepção respeitante aos actos que, não podendo provar-se em Portugal, quando nelle effectuados, se não por documento authenticico, também só por este meio podem ser provados quando, realizados no estrangeiro, tenham de produzir effectos no reino.

— O artigo 44.º, que, segundo alguns, se refere á hypothese da mudança de residencia tanto no caso de esta ser temporaria como permanente, e que é applicavel, na opinião de outros, só quando haja mudança de residencia temporaria, havendo julgados num e noutro sentido¹.

— Em materia de ausencia, o artigo 64.º ácerca do qual é conveniente declarar se o facto do ausente haver deixado procuração é de per si sufficiente para que seja de dez annos o praso para a installação da curadoria definitiva, ou se é alem disso necessario que o procurador não renuncie ao mandato ou por qualquer outro motivo deixe de o exercer; o artigo 72.º, em que ha um lapso de redacção, que já motivou questões nos tribunales; o artigo 73.º, cuja redacção é ambigua, pois tanto pode significar que ao curador definitivo pertence, apparecendo o ausente depois do praso de dez ou de vinte annos, metade ou todos os rendimentos dos bens do ausente a contar do momento em que se deu o desaparecimento ou em que foram expedidas as ultimas noticias, como que o curador definitivo faz sua a metade dos rendimentos depois de decorrido o praso de dez annos e a totalidade a contar dos vinte.

¹ No artigo 45.º lê-se a mais a palavra — *permanente*, que deverá ser eliminada, harmonisando-se esse artigo com os artigos 41.º e 43.º

— Os artigos 123.º e 2467.º, relativamente aos quaes é necessario declarar se estão em vigor relativamente ao registo civil parochial.

— O artigo 340.º, declarando se o disposto neste artigo é applicavel aos ascendentes e descendentes illegítimos, o que, sendo a interdicção por prodigalidade baseada no direito á legitima e na obrigação alimenticia, se nos afigura justo, e já por analogia se tem sustentado em face das disposições do Código.

— Os artigos 380.º e 381.º, determinando a quem pertence a propriedade das cousas publicas e das commons, sendo ainda conveniente, sobre este assumpto, harmonisar o artigo 379.º com a epigraphie da respectiva secção e substituir no artigo citado o adverbio — *livremente* — por — *directamente*, estabelecendo-se assim a distincção nitida entre as cousas publicas e commons, e as patrimoniaes.

— Os artigos 486.º e 2354.º, que, apesar de intendermos que estão modificados pela Nova Reforma Penal, se devem harmonisar com os artigos 2367.º e 2370.º, preceituando que nunca é permittido o desforço proprio quando seja possivel o recurso á força publica.

— O artigo 552.º n.º 2.º, em que é preciso determinar o que significam as palavras — *instancia perempta*.

— O artigo 562.º que, contra os principios acceitos sem contestação e consignados nas nossas leis, parece admittir em materia de prescripção um praso legal mais reduzido que o natural.

— Os artigos 659.º a 661.º, determinando se o erro de direito ácerca do objecto do contracto produz nullidade.

— Os artigos 888.º, 911.º e 936.º, harmonisando-os e declarando quaes são os effectos da especificação no titulo constitutivo da hypotheca, quando seja geral e especial, e se aquella pode abranger bens futuros. Já na analyse do artigo 897.º, o primeiro que na proposta se interpreta, veremos a grande importancia que ha em esclarecer este assumpto.

— Os artigos 1057.º, 1058.º n.º 5.º, 1081.º e 1090.º, harmonisando-os de forma que fique claramente assente que

os catholicos podem casar pela forma instituida na lei civil. Attenta a pratica seguida, não podem a este respeito suscitar-se novas questões por motivos de religião, e eliminar-se-ão do Codigo antinomias, que produziram na jurisprudencia profundas divergencias e levantarão sempre difficuldades no ensino do direito.

— Relativamente a convenções antenupciaes, que são, incontestavelmente, uma das materias que na nossa jurisprudencia mais difficuldades tem suscitado e a que a proposta não faz referencia, os artigos 1100.º, 1101.º, 1125.º a 1130.º, 1153.º e 1155.º, determinando nitidamente as disposições applicaveis a cada um dos regimens antenupciaes formulados no Codigo civil, e se no regimen dotal puro ha a communhão dos adquiridos; os artigos 1114.º § unico e 1133.º, harmonisando-os, e os artigos 1116.º, 1189.º e 1190.º, determinando o sentido das palavras *ausente* e *impedido*, e, relativamente ao artigo 1190.º, como deve ser constituido o conselho de familia.

— Em materia de doações os artigos 1166.º, 1170.º, 1175.º, 1453.º e 1457.º, combinando-os e declarando se as doações entre esposados e para casamento podem abranger bens futuros, e o artigo 1470.º, tornando bem explicito que apenas tracta de determinar a responsabilidade directa do donatario pelas dividas do doador, baseando-se, á falta de convenção, na presumida vontade das partes.

— O artigo 1364.º, explicando as palavras — *sem prejuizo de qualquer condição ou convenção em contrario*.

Relativamente a successões carecem de interpretação, alem dos artigos a que se refere a proposta, os seguintes: os artigos 1781.º § unico e 1782.º, definindo-se o que são corporações de instituição ecclesiastica e de mera utilidade publica; o artigo 1969.º n.º 3.º, harmonisando-o com os artigos 1970.º, 1971.º e 1982.º; o artigo 2005.º, determinando o sentido desse artigo, pelo addicionamento á palavra — *transversaes* — da palavra — *legitimos* — e ás palavras — *outros parentes* — das palavras —

legitimos ou *illegitimos*¹, sendo ainda conveniente completar o artigo 2064.º abrangendo nelle os herdeiros nascituros ou por nascer, e determinar a que especie de inventario se refere o artigo 1902.º, se abrange só os bens ou quota parte da herança que o testamenteiro seja obrigado a empregar em alguma fundação ou applicação pia ou de utilidade publica ou toda a herança, e que não são obrigadas a esse inventario as pessoas moraes, quando a applicação da herança ou do legado tenha de ser feita em harmonia com os fins dos seus institutos.

Em materia de responsabilidade civil é necessario harmonisar os artigos 2363.º e 2365.º; ampliar, se não se reconhecer a conveniencia de modificar o principio ácerca da imputabilidade por factos illicitos em virtude de uma obrigação geral, o disposto no artigo 2378.º aos menores sem discernimento, e determinar em que casos ha a responsabilidade civil do Estado e das pessoas moraes pelos factos praticados pelos seus representantes e funcionarios ou empregados.

Quanto a provas, deve-se interpretar o artigo 2411.º n.º 1.º, determinando se o interdito por prodigalidade e o maior de quatorze annos são obrigados a confissão em depoimento de parte; o artigo 2433.º, declarando se o documento tão somente assignado ou firmado pela pessoa em cujo nome é feito, pode, não sendo reconhecido por elle, constituir principio de prova que possa ser completada pela prova testemunhal ou por exame de peritos; o artigo 2468.º, declarando de um modo preciso e categorico que no registo civil, tanto parochial como não parochial, se não admite, seja qual fôr o motivo, que se declare illegitimo o filho nascido ou concebido na constancia do matrimonio, quando não haja separação judicial que

¹ Este artigo representa o complemento dos artigos 2000.º e seguintes relativamente a successão ab-intestato dos parentes legitimos e illegitimos na linha transversal, e, sendo ácerca delle que a interpretação judicial mais se tem afastado, não só do pensamento do legislador, mas até da propria letra da lei, a proposta não o interpreta! Veja-se o artigo — *Da successão ab-intestato dos parentes illegitimos na linha transversal*, nesta Revista, n.º 1525, pagina 35 do corrente anno.

date de tresentos dias, pelo menos, anteriores ao nascimento.

A enumeração, que acabamos de fazer, de alguns artigos do Codigo que devem ser interpretados e todavia não foram incluídos na proposta, é meramente exemplificativa, e, se não apontamos mais, é porque não desejamos alongar demasiadamente este artigo. O nosso intuito foi apenas provar que a proposta é deficientissima, e cremos que ninguem ficará com duvidas a este respeito.

No logar proprio daremos noticia do estado da nossa jurisprudencia ácerca da interpretação dos artigos indicados.

5. No artigo 2.º da proposta dispõe-se: «Uma commissão de cinco juristas será encarregada de inserir no Codigo civil as alterações que constam da presente lei, ficando o governo auctorisado a fazer uma nova publicação official do mesmo Codigo, em que introduza não só essas alterações, mas tambem as existentes á data da publicação desta lei, nos termos do artigo 6.º da carta de lei de 1 de julho de 1867.

«§ unico. O serviço desta commissão será considerado, para todos os effectos, como prestado na magistratura judicial ou do ministerio publico, por aquelles dos seus membros que porventura façam parte de qualquer dessas magistraturas.»

Este artigo, que era escusado, salvo o § unico, em vista do disposto no artigo 6.º da lei de 1 de julho a que se refere, pois o governo não fica com poderes que lhe não estejam conferidos por este artigo, revela a intenção do auctor da proposta de publicar uma nova edição do Codigo civil, em que se introduzam todas as alterações que lhe teem sido feitas, tanto por leis e decretos avulsos, como pelo Codigo de processo civil, Nova Reforma Penal e Codigo commercial.

Pela nossa parte manifestamos, sem hesitações, o desejo de que essa intenção se não torne effectiva, a não ser que se faça uma nova publicação do Codigo, pondo, em nota, as interpretações, modificações, alterações, addicionamentos e suppressões que a elle se hajam feito, o que aliás

se não harmonisa com o systema proposto pelo artigo 6.º da lei de 1 de julho de 1867. E em poucas palavras diremos por que nos pronunciamos desta forma.

O modo pratico, por que devem inserir-se num Codigo as modificações que nelle se introduzam, ainda não está definitivamente assente, tendo mais ou menos inconvenientes os diversos systemas que teem sido propostos; e o sancionado pelo artigo 6.º da lei de 1 de julho de 1867 tem, entre outros, o de difficultar, alterada a numeração dos artigos ou substituindo alguns, a relação delles com os julgados dos tribunaes e os trabalhos juridicos publicados.

Não é esta razão, porem, que mais actua em nós para que opinemos por que se não publique uma nova edição do Codigo: é a de que esse trabalho ha de ficar muito defeituoso e incompleto, por maior que seja a competencia dos juristas a quem o governo incumba esse serviço.

E para isso não contribuirá só a difficultade de apurar todas as modificações que o Codigo civil tem soffrido, algumas das quaes teem sido feitas até em decretos, mas principalmente a de determinar, relativamente a algumas disposições do Codigo, se estão ou não em vigor, e, quanto ás que realmente tenham sido modificadas, como hão de fazer-se as correspondentes alterações.

Para que se não supponha que fallamos de leve, citaremos, para exemplo, o artigo 22.º n.º 3.º, relativamente ao qual ha quem opine que foi revogado pela Nova Reforma Penal (Codigo penal, artigos 57.º e 74.º), emquanto outros sustentam que está em vigor por se tractar de uma disposição especial; a do artigo 22.º n.º 2.º, que parece ter sido revogado pelo novo Codigo penal, artigo 155.º, sendo certo todavia que este é que está revogado pelo Codigo civil, pois que a disposição correspondente do Codigo penal de 1852 foi indevidamente inserida no novo Codigo penal.

Quanto á alteração que deve fazer-se em alguns artigos, em virtude de modificações que nelles se teem introduzido, ninguem, que saiba a intima relação que

ha entre as diversas disposições do Código, desconhecerá a dificuldade dessa materia e a necessidade que terá o interprete de verificar cuidadosamente se o trabalho da comissão corresponde á verdade. É o que se dá em o novo Código penal, em que não só foram inseridas disposições que já estavam revogadas, mas se modificaram outras de forma que não traduzem exactamente o pensamento do legislador. E esse trabalho era bem mais simples que o do Código civil.

Para se vêr até onde poderá ir a falta de exactidão num trabalho dessa natureza, citaremos o caso, que não deixa de ser interessante, de se declarar na lei de 21 de junho de 1889, artigo 2.º, que se alterava o artigo 35.º do Código civil, relativamente a uma parte em que já havia sido revogado pela lei de 12 de outubro de 1871, e o § 1.º do referido artigo, em que todavia se não introduziu modificação alguma.

E deverá fazer-se uma nova publicação do Código deixando nelle lapsos de redacção como os que se leem nos artigos 72.º, 130.º n.º 3.º, 1047.º n.º 3.º, 1974.º, 1975.º, 2469.º n.º 2.º?

E poderá a comissão introduzir essas alterações, sem que para isso tenha sido autorisada pelo poder legislativo?

Pense em tudo isto quem, por dever de officio, mais do que nós tem de pugnar por que se não introduzam na legislação reformas que, em vez de evitarem o prejuizo das partes e o desprestigio dos tribunaes, mais aggravarão a situação actual¹.

(Continúa).

¹ Podemos obter o parecer da comissão de legislação civil da camara dos deputados e as modificações por ella introduzidas na proposta, depois de composto este nosso artigo. Resolvemos não introduzir modificação alguma á doutrina que acima expendemos, porque as considerações que fazemos são igualmente applicaveis á proposta e ao projecto.

Assim, relativamente ao artigo 1869.º, a comissão altera-o desta fórma: «Se a substituição não poder «valer como fideicommissaria, será em todo o caso «considerado o fideicommissario como proprietario e «o fiduciario como usufructuario». A revogação do artigo fica assim mais em evidencia, e, se é certo que desaparece a contradicção entre a primeira e a segunda parte do artigo, persiste a que se dá entre elle e os outros artigos que já referimos.

Quanto ao artigo 3.º da proposta, é substituido no projecto pelo seguinte: «As disposições da presente «lei regem apenas os actos juridicos realizados e as

«successões abertas depois da sua promulgação». Tem esta disposição por fim não dar effeito retroactivo á lei. Sendo inaceitavel pelas razões já adduzidas, quanto á doutrina, em virtude de á lei se imprimir caracter interpretativo e de o terem realmente algumas das suas disposições, a sua redacção é tambem completamente inadmissivel.

Não só a expressão — *actos juridicos* — se toma num sentido improprio, devendo ser substituida por — *factos juridicos* — que comprehenderá a abertura da herança, dá logar á bem fundada supposição de que todos os factos juridicos que se realizam depois da publicação da lei ficam sendo por ella regulados, quando é certo que podem ser consequencia legal e necessaria de factos praticados no dominio de uma lei anterior, caso em que, como direitos adquiridos, devem ser por esta regidos.

Não concordando com a doutrina do artigo, entendemos, todavia, que a sua redacção, no caso de ser perfilhada a doutrina, deve ser assim substituida: Esta lei não terá effeito retroactivo.

Estas palavras tem um sentido definido, não só na nossa legislação e jurisprudencia, mas nas de todos os paizes cultos, e não vemos que necessidade haja de a substituir. E a substituir-se, nunca será permitido fazê-lo como o propõe a comissão.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PRÓPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1555, pagina 522)

II

Critica do artigo 1.º da proposta

SUMMARIO. — 6. Modificações que devem introduzir-se na redacção do artigo 1.º — 7. A interpretação dada ao artigo 897.º é inaceitavel. Modificações que seria conveniente introduzir no Código relativamente á separação do patrimonio do autor da herança do do herdeiro. — 8. É oportuna e razoavel a interpretação dada ao artigo 900.º, salva a redacção. — 9. A interpretação dada ao artigo 952.º está em flagrante contradicção com o que nelle se dispõe. Segundo esse artigo, não pode ser invocada, como prova de propriedade e contra terceiros posse que não esteja registada. — 10. O artigo 1022.º do Código civil está alterado, no mesmo sentido em que é interpretado na proposta, pelo Código de processo civil.

6. O artigo 1.º da proposta está assim formulado :

«São interpretados e esclarecidos os artigos 897.º, 900.º, 952.º, 1022.º, 1235.º, 1236.º, 1472.º, 1498.º, 1500.º, 1501.º, 1565.º, 1566.º, 1621.º, 1694.º, 1764.º, 1785.º, 1814.º, 1869.º, 1871.º, 1922.º, 1923.º, 1989.º, 2000.º, 2001.º, 2002.º, 2003.º, 2087.º, 2098.º, 2145.º,

«2250.º e 2313.º do Código civil, pela «forma seguinte :»

Seguem, em duas columnas, sob as epigraphes *Redacção actual* e *Modificações*, os artigos do Código que são interpretados, e as interpretações, modificações e alterações propostas.

A comissão de legislação civil da camara dos deputados eliminou a palavra — *esclarecidos*, que era uma redundancia, e substituiu, sem duvida por coherencia, a epigrapha da columna dos artigos, que se dizem interpretativos, por *Interpretações*.

Já vimos que a proposta não é meramente interpretativa, introduzindo no Código civil importantes alterações e modificações. Necessario é, pois, modificar a redacção do artigo 1.º de forma que traduza a verdade, quando á proposta se não queira imprimir um caracter meramente interpretativo, supprimindo ou modificando os artigos da proposta, em que se fazem alterações e modificações á doutrina sancionada no Código.

E a este respeito cumpre-nos dizer que um trabalho legislativo, em que se faça uma revisão do Código no intuito de esclarecer pontos duvidosos, não deve ser meramente interpretativo. Algumas das duvidas, que o Código civil suscitou na sua applicação, não são devidas ex-

clusivamente a defeitos de redacção, mas também a incoherencias de doutrina, e, para que estas desapareçam, necessario se torna alterar e modificar varios artigos. Dado mesmo que não houvesse incoherencias, quando se reconheça que são inadmissiveis principios formulados no Codigo, é dever do legislador modificá-los, e não são poucas já as alterações nelle introduzidas.

Os Codigos não representam monumentos legislativos intangiveis. O que se torna necessario, attenta a sua complexidade, designadamente a do Codigo civil, e a intima relação que existe entre as suas partes, que formam um systema, é relacionar devidamente com as disposições do Codigo que ficam em vigor as alterações nelle introduzidas. Quando assim se não proceda, multiplicar-se-ão as incoherencias da lei e portanto as duvidas da jurisprudencia, o que se nos afigura será consecutario fatal de algumas modificações e alterações feitas pela proposta, se não forem modificadas as disposições do Codigo que com ellas estão intimamente relacionadas.

Não se attribuindo á proposta character meramente interpretativo, deve declarar-se no artigo 1.º: «São interpretados, modificados e alterados os seguintes artigos «do Codigo civil:»

A enumeração dos artigos é completamente desnecessaria, como também o seria a transcripção dos artigos do Codigo, se os da proposta tivessem uma numeração seguida e em cada um delles se declarasse qual o artigo do Codigo civil que interpreta, modifica ou altera. É este o systema que se tem seguido, e é o que se nos afigura mais razoavel. Adoptado elle, a parte do artigo 1.º, que atraz fica transcripta, deve ser supprimida.

Tendo demonstrado que é deficientissima a proposta quanto aos artigos que interpreta, modifica ou altera, deveriamos completal-a nestas *Observações*, intercalando no artigo 1.º todos os artigos do Codigo civil que elle omite e devem ser interpretados ou modificados. Não o faze-

mos, porem, attento o facto de a proposta já estar sendo discutida no parlamento, pela simples e concludente razão de que é preferivel que fique incompleta, em relação ao fim que se propõe attingir, a que interprete, modifique ou altere de modo inaceitavel alguns artigos do Codigo.

Se para tanto tivermos tempo, indicaremos, concluida a critica do artigo 1.º da proposta, os artigos do Codigo que por ella deveriam ser interpretados, modificados ou alterados e o não foram, terminando o nosso estudo por uma recapitulação, em que synthetisaremos em forma de projecto as conclusões a que chegarmos.

7. O artigo 897.º do Codigo civil é assim interpretado na proposta:

«Das obrigações proprias do herdeiro «por nenhum caso resulta *hypotheca legal* «sobre os bens da herança em prejuizo «dos credores do autor della, ainda que «sejam credores *communis*.»

Segundo a proposta, a separação entre o patrimonio do herdeiro e o do autor da herança, que este artigo em parte sancionou, apenas se dá, pelo que respeita aos credores do herdeiro, com *hypotheca* nos bens da herança, quando a *hypotheca* seja legal.

Será admissivel, como interpretação do artigo 897.º, a doutrina da proposta, e, quando o não seja, representará uma modificação acceitavel?

Pronunciamos-nos negativamente em relação aos dois pontos formulados na pergunta.

Não é admissivel a interpretação que a proposta dá ao artigo 897.º Está este redigido de forma que não admite a distincção entre *hypotheca legal* e voluntaria, sendo ainda de notar que foi inserido numa sub-secção que tem por epigraphe — *Das hypothecas em geral*.

O Supremo Tribunal de Justiça assim tem interpretado esse artigo, e num dos seus accordãos lèmos o seguinte considerando, cuja doutrina julgamos indiscutivel: «Esta disposição (artigo 897.º) «estabelece um principio generico e absoluto de que os credores, pelas obriga-

«ções proprias do herdeiro, não teem hypotheca nos bens da herança, não podem prejudicar de forma alguma os credores do autor desta, sendo certo que a distincção de hypothecas legaes ou voluntarias não pode alterar o preceito claro e terminante da lei. . . »¹

E que razão haverá para se admitir, contra a disposição clara e terminante da lei, a distincção entre hypothecas legaes e voluntarias? Partir-se-á do principio de que as hypothecas voluntarias só podem recair sobre bens certos e determinados e que as dividas do herdeiro por ella garantidas serão portanto posteriores á abertura da successão, constituindo-se assim depois de se haverem confundido os patrimonios do defuncto e do herdeiro, emquanto que as hypothecas legaes podem ser registadas em bens futuros?

Se o auctor da proposta attendeu a esta razão, não só interpretou indevidamente o artigo 897.º, mas ainda o artigo 911.º do Codigo civil. A disposição consignada neste artigo não se refere ao titulo constitutivo da hypotheca, mas á especialisação no registo, para o effeito de o vinculo hypothecario acompanhar o predio em poder de qualquer possuidor (artigos 888.º e 951.º). Que assim é não só se vê do artigo 936.º, pelo qual os credores de hypothecas voluntarias teem o direito de as registrar, da mesma forma que aquelles a favor de quem haja hypothecas legaes, em quaesquer bens dos devedores, quando estes não sejam designados nos respectivos contractos ou disposições de ultima vontade, mas ainda do artigo 103.º do regulamento de 20 de janeiro de 1898, que, sem fazer distincção entre hypothecas legaes e voluntarias, determina que documentos são necessarios, quando a hypotheca seja geral, para se effectuar o registo.

Sob este aspecto as hypothecas legaes e as voluntarias estão nas mesmas condições¹, e não pode portanto fazer-se distincção entre ellas, dando aos respectivos credores o direito de se pagarem ou não pelos bens da herança, em prejuizo dos credores desta, conforme forem voluntarias ou legaes.

Para que as hypothecas produzam effeito em relação a terceiros, e portanto aos credores do autor da herança, é necessario o registo, mas este só pode fazer-se depois de aberta a successão, tanto nas hypothecas legaes como nas voluntarias, por dividas ou responsabilidades anteriores do herdeiro. Notaremos ainda que, não se fazendo a este respeito distincção alguma entre as hypothecas legaes, dando-se preferencia aos credores da herança, quer as dividas do herdeiro por essas hypothecas garantidas sejam anteriores, quer sejam posteriores á abertura da successão, tambem não se faz relativamente ás voluntarias, o que se nos afigura inadmissivel, pelas razões que vamos adduzir.

O artigo 897.º tem por fim evitar que se dê a confusão entre o patrimonio do herdeiro e o do autor da herança, em prejuizo dos credores deste, os quaes, pelo facto de o herdeiro representar o defuncto na universalidade das suas relações juridico-patrimoniaes, que não sejam de character meramente pessoal, deviam ficar, aberta a successão e acceita a herança, credores do herdeiro e com os mesmos direitos que os deste, da mesma forma que os credores do herdeiro deviam ficar, relativamente aos bens da herança, com os mesmos direitos que os desta.

Admittindo, porem, o legislador que o herdeiro evite os perigos da confusão hereditaria, acceitando a herança a beneficio de inventario (artigo 2044.º), caso em que só responde pelas dividas até onde chegarem os bens inventariados, e não sendo até obrigado, embora accete

¹ Accordão de 16 de maio de 1893, publicado nesta *Revista*, anno 33.º, n.º 1468, pagina 221. No mesmo sentido foi proferido o accordão de 30 de abril de 1902, publicado na *Collecção official dos accordãos doutrinaes do Supremo Tribunal de Justiça*, anno de 1901 a 1902, pagina 232.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 33.º, n.º 1468, pagina 51.

a herança pura e simplesmente, a encargos além das forças da herança (artigo 2019.º), consistindo a única diferença a este respeito entre a acceitação pura e simples e a beneficio de inventario em que, no primeiro caso, incumbe ao herdeiro a prova de que a herança não consta de bens sufficientes para o pagamento dos encargos, e no segundo são os credores que teem de provar que ha outros bens além dos inventariados (artigo 2019.º § unico), não era justo que a confusão se dêsse em prejuizo dos credores do autor da herança, attribuindo-se aos credores do herdeiro o direito de se pagarem pelos bens della. A disposição consignada no artigo 897.º não teve, em nosso parecer, outro fim, devendo até ter-se consignado no Codigo uma disposição correspondente para os bens mobiliarios, e, em face das considerações expostas, vê-se que é completamente inadmissivel a interpretação que a proposta lhe dá.

É necessario, porem, evitar os inconvenientes que resultam, para os credores do herdeiro e até para este, de se não dar, contra os principios que regulam a successão a titulo universal, a confusão entre os dois patrimonios, fixando-se um praso dentro do qual os credores do defuncto fiquem gosando de hypotheca legal nos bens deste, que outra cousa não significa a disposição do artigo 897.º, admittindo-se contra todos os principios, e designadamente contra o disposto no artigo 951.º, uma hypotheca sem registo com effeitos relativamente a terceiros.

A este respeito dispunha o projecto primitivo do Codigo civil o seguinte:

«Art. 1050.º Se entre os bens do devedor se acharem confundidos bens moveis ou immoveis adquiridos por successão, e obrigados por divida do autor da herança a certos credores, poderão estes requerer que os dictos bens sejam separados, e estabelecer sobre elles concurso especial, com exclusão dos credores proprios do devedor, executado por outros credores.

«Art. 1051.º A faculdade indicada no «artigo precedente não terá logar:

«1.º Se a separação não fôr requerida «dentro de seis menses a contar da abertura da herança;

«2.º Se os credores houverem feito «novação da divida, ou, por qualquer «modo, tiverem acceitado a responsabilidade pessoal do herdeiro.

«Art. 1052.º Os credores que obtiverem separação, não poderão entrar no «concurso dos bens proprios do herdeiro, «excepto havendo sobras, feito o pagamento a seus credores.»

Estes artigos deveriam ter sido inseridos, com algumas modificações, e designadamente pelo que respeita ao praso, que se nos afigura demasiadamente longo, no Codigo civil, e, numa revisão que deste se faça, deverá acrescentar-se: ao artigo 2088.º um § unico, em que se determine que os credores do autor da herança poderão, acceita a herança pura e simplesmente, requerer a separação do patrimonio do defuncto; ao artigo 906.º um numero, entre o 6.º e o 7.º, em que se dê hypotheca legal para pagamento das suas dividas, nos bens da herança, aos credores do autor desta, quando hajam requerido a separação; e ao artigo 884.º mais um numero, em que se dê privilegio geral sobre os bens mobiliarios aos credores do fallecido, que hajam requerido a separação.

Completar-se-á assim o disposto no artigo 897.º, que deverá ser supprimido, e ficarão harmonicas as disposições do Codigo pelo que respeita á separação entre o patrimonio do autor da herança e o do herdeiro, que, em seu beneficio, o legislador levou um pouco mais longe do que deveria levar. Em nosso parecer, desde que o herdeiro acceita a herança pura e simplesmente, deveria ficar tambem responsavel pelas dividas della pelos seus proprios bens, se os credores não requeressem a separação.

Nas modificações, porem, a introduzir no Codigo, deve usar-se da maior parcimonia. Uma remodelação completa é prematura, e, não devendo por isso pensar-se nella, é conveniente que o legis-

lador se limite a alterar o que seja absolutamente indispensavel para evitar decisões encontradas ou graves injustiças.

Julgamos ter determinado o alcance do artigo 897.º, e mostrado assim que é inaceitavel a interpretação que lhe foi dada na proposta, pela qual se iria estabelecer, em beneficio dos credores do herdeiro por hypothecas voluntarias e em prejuizo dos credores do autor da herança, uma desigualdade que razão alguma justificã; nẽm tão pouco se pode fundamentar, como já mostrámos, a distincção, que por essa interpretação se estabelece, entre os credores com hypothecas legaes e voluntarias.

Quando não se julgue conveniente introduzir no Codigo civil as disposições que propomos e nos logares por nós indicados, ou noutros, deverá deixar-se o artigo 897.º como está, tanto mais que o Supremo Tribunal de Justiça o interpretou devidamente nos accordãos citados.

8. O artigo 900.º do Codigo civil é assim interpretado na proposta:

«A hypotheca relativa a credito que «vença juros, abrange os vencidos, tanto «no anno anterior à citação para a execução, como durante esta, para o effeito «de terem as vantagens da hypotheca, «independentemente do registo.»

Impõe-se a interpretação deste artigo em virtude das decisões encontradas das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça. É assim que, relativamente ao facto a que se deve attender para a fixação do anno corrente, ora se tem opinado ou decidido que é a citação do devedor para a execução, ora a arrematação do predio hypothecado, ora a instauração do concurso de credores, ora a sentença de gradação, e ainda, finalmente, a conta do juizo em virtude da sentença sobre preferencias¹.

Não nos parece que a redacção do artigo dê margem para tão variadas interpretações, e consideramos inaceitavel a que os nossos tribunaes ultimamente lhe estão dando — que não pode haver as vantagens da hypotheca senão para os juros vencidos em dois annos e não em mais.

Determinando o artigo que gosarão das vantagens da hypotheca os juros *vencidos* no ultimo anno e no corrente, é conclusão logica que esses annos se hão de contar pela data do vencimento dos juros, e como uma das vantagens do registo é a execução hypothecaria, que se dá, relativamente a esses juros, independentemente de registo¹, seguir-se-ia que, fixando-se o anno corrente pela citação para a execução, ficariam os juros, que durante esta se vencessem, gosando de preferencia até que terminasse esse anno, e que deviam considerar-se como credito commum os que se vencessem posteriormente. E assim julgou o citado accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 1889, invocando não só o disposto no artigo 900.º, mas ainda o § unico deste artigo, decidindo que esses juros, para terem as vantagens da hypotheca, devem ser registados como credito distincto.

Ora o citado § unico refere-se aos juros *anteriores ao ultimo anno* de que falla o artigo 900.º, nada dispondo ácerca do registo dos que se vençam posteriormente ao anno corrente, e, não se podendo fazer o registo delles sem estarem vencidos, ficaria uma parte, pelo menos, desses juros considerada como credito commum, quando é certo que, como já havia ponderado o mesmo Supremo Tribunal de Justiça no accordão citado de 15 de junho de 1884, os juros vencidos durante a demanda não carecẽm

¹ Vejam-se os accordãos: do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de junho de 1888, no *Boletim dos tribunaes*, 4.º anno, pagina 120, de 12 de março de 1889 no mesmo *Boletim*, 4.º anno, pagina 422, de 2 de novembro de 1889 na *Gazeta da relação de Lisboa*, 4.º anno, pagina 270, de 26 de abril de 1901 na *Colle-*

ção official, anno de 1900 a 1901, pagina 266; da relação do Porto de 11 de março e 8 de abril de 1881 nesta *Revista*, volume 14.º, n.º 698, paginas 350, e volume 21.º, n.º 1060, pagina 410; e da relação de Lisboa de 23 de abril de 1887 e de 20 de março de 1901 na *Gazeta da relação de Lisboa*, 2.º anno, pagina 555, e 14.º anno, pagina 602.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 16.º, n.º 816, pagina 565.

do registo para gosarem das preferencias da hypotheca em attenção á data do registo da do capital, porque a demora na cobrança delles não se dá por culpa do devedor.

É assim que, em nosso parecer, se devia interpretar o artigo, e, não estando ainda firmada a jurisprudencia, opportuna foi a inclusão d'elle na proposta.

A redacção do artigo ficará mais clara e precisa, abrangendo o caso de o credor hypothecario não mover execução, e apenas entrar no concurso de preferencias, se se disser:

A hypotheca relativa a credito que vença juros abrange os vencidos no ultimo anno e no corrente ao tempo da citação para execução, ou da apresentação de artigos para preferencias, e bem assim os que se vencerem posteriormente até final pagamento, para o effeito de terem as vantagens da hypotheca, independentemente de registo.

9. O artigo 952.º do Codice é assim interpretado na proposta:

«A mera posse não pode ser invocada em juizo para prova da propriedade, emquanto se não mostrar que está registada; mas, depois de registada, o seu começo, para todos os effeitos legais, deve ser contado em conformidade das disposições deste Codice.»

Como se vê, a proposta limitou-se a acrescentar a palavra — *mera*, e a commissão de legislação civil substituiu essa palavra pelas seguintes: «a posse nos termos do artigo 524.º».

Não conseguimos descobrir que vantagens tenha a substituição e julgamos em todo o caso completamente inaceitavel a interpretação dada ao artigo 952.º

Viu a nossa jurisprudencia antinomia e até profunda contradicção entre este artigo e os artigos 528.º e 529.º Sobre este assumpto diz o notavel jurisconsulto conselheiro Joaquim Bernardo Soares, cujas tenções e accordãos são sempre trabalhos de valor e que honram a nossa magistratura judicial: «O artigo 952.º do Codice civil dispondo que a posse não pode ser invocada em juizo para

«prova da propriedade, emquanto se não mostrar que está registada, está em flagrante contradicção com os artigos 528.º e 529.º do mesmo Codice, que para se dar a prescripção, que é titulo legitimo de aquisição, não exigem tal registo. Tem-se na pratica procurado conciliar estes artigos, restringindo o artigo 952.º e applicando-o somente á prescripção nos casos dos artigos 526.º e 527.º E assim o tenho applicado. Mas a disposição do artigo 952.º é generica e absoluta, e mal comporta a restricção, e d'aqui surgem com frequencia as duvidas, que cumpre resolver, eliminando aquelle artigo, que se me antolha ocioso em vista dos artigos 526.º a 529.º».

Quando o artigo 952.º se interprete, de modo absoluto, no sentido de não comprehender a posse logo que tenha decorrido o tempo necessario para a prescripção, e cumpre-nos confessar que lhe demos tambem essa interpretação¹, a contradicção entre esse artigo e os artigos 526.º a 529.º seria um facto incontestavel e a interpretação dada pela proposta de modo algum a faria desaparecer, tornando até absurda a disposição do proprio artigo. O artigo 952.º não se refere á *mera posse*, mas á posse que se invoque para *prova da propriedade* e manda contar, para esse effeito, o começo da posse em harmonia com as regras geraes e portanto com o preceituado nos artigos 526.º a 529.º

Vê-se ainda do § unico do artigo 952.º que, tractando-se de mera posse ou das accções possessorias, não é necessario o registo, como se dá, por exemplo, nos embargos de terceiro que a tenham por fundamento (Codigo de processo civil, artigos 952.º e 957.º).

Reflectindo de novo sobre o assumpto, convencemo-nos de que o artigo 952.º não tem a interpretação que lhe demos e lhe tem sido dada pela nossa jurisprudencia.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 72, pagina 311, e n.º 77, pagina 395, volume 3.º, n.º 117, pagina 204, e volume 30.º, n.º 1379, pagina 420.

A posse não registada, como prova da propriedade, pode ser invocada entre as próprias partes, mas não o pode ser relativamente a terceiros. É isto o que deriva de modo inilludível dos artigos 951.º e 949.º n.º 5.º, sendo de notar que a própria collocação do artigo 952.º já nos mostrava qual o seu alcance.

O possuidor pode, portanto, numa acção de reivindicação intentada pelo proprietário, contra o qual se deu a prescrição, ou pelos seus herdeiros e representantes, invocar a posse independentemente de registo nos termos dos artigos 528.º e 529.º Não o poderá, porem, fazer contra um terceiro a quem o proprietário, contra o qual se deu a prescrição, haja vendido a propriedade. Neste caso, em virtude de não haver cumprido a obrigação de registar a mera posse, soffre a pena de não se admitir em juizo a invocação da posse para prova da propriedade.

Esta doutrina não é mais do que um consectario do disposto no artigo 949.º n.º 5.º, sendo de notar que a interpretação dada ao artigo 952.º não a contraria.

É muito contestavel a doutrina admitida no artigo 949.º n.º 5.º, sujeitando a mera posse a registo, pois que esse facto tem, pela sua propria natureza, a devida publicidade, e até difficilmente se poderá harmonisar essa doutrina com o disposto no artigo 949.º § 1.º Embora, porem, não seja acceitavel, é a doutrina que está sancionada noCodigo, e o artigo 952.º é, repetimos, uma consequencia della.

Não nos pareceria necessario interpretar este artigo, se não se tivessem levantado ácerca delle duvidas na nossa jurisprudencia. Na situação actual limitar-nos-íamos a acrescentar ao artigo as palavras — *relativamente a terceiros*, da seguinte forma: «A posse não pode ser invocada em juizo para prova da propriedade, relativamente a terceiros, emquanto se não mostrar que está registada.»

10. O artigo 1022.º doCodigo civil é assim interpretado na proposta:

«Os onus reaes, com registo anterior ao de qualquer *hypotheca*, *penhora* ou

arresto, ou ao de transmissão mencionada no artigo antecedente, acompanham o predio alienado e do seu valor total é deduzida a importancia dos onus referidos.»

O artigo 856.º doCodigo de processo civil preceitua: «Os bens serão arrematados livres dos onus reaes que não tiverem registo anterior ao de qualquer penhora, arresto ou *hypotheca*, salvo comtudo os onus reaes que, tendo sido constituídos em data anterior, subsistem sem registo.»

Identica disposição se repete nos artigos 535.º §§ 2.º e 5.º, 570.º §§ 5.º e 9.º, 606.º §§ 5.º e 7.º, e 721.º §§ 6.º e 7.º

Do simples confronto destes artigos com o artigo 1022.º doCodigo civil e com o artigo 1621.º, que tambem foi incluído na proposta, se vê que estes foram modificados. As duvidas que a esse respeito se levantaram na jurisprudencia, e que, em nossa opinião, nenhuma justificação tinham, já desappareceram.

Relativamente porem á doutrina consignada noCodigo de processo civil, não nos parece inteiramente acceitavel, como diremos no proximo n.º

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CÓDIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1556, pagina 535)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 11. As disposições do Código de processo civil sobre caducidade dos onus reaes devem ser modificadas no sentido de garantir a prioridade do registo desses onus sobre os creditos hypothecarios registados posteriormente. — 12. Deficiencia das disposições consignadas na proposta sobre segundas nupcias. Principios em que deve assentar uma revisão do Código civil sobre este assumpto. — 13. Inadmissibilidade de algumas disposições especiaes do Código civil relativamente á binuba, e incoherencias que se notam noutras. — 14. Necessidade de harmonisar entre si e com os principios que regulam a successão legitima as disposições communs ao binubo e á binuba para garantir os interesses dos filhos do primeiro matrimonio.

11. O systema seguido pelo Código civil ácerca da caducidade dos onus reaes era, como já demonstrámos nesta *Revista*¹, inaceitavel, porque, sempre que concorressem creditos hypothecarios registados

antes e depois dos onus reaes, e a execução fosse movida por um credor hypothecario com registo posterior, não se garantia devidamente a prioridade da inscripção das primeiras hypothecas. É assim que, subsistindo na hypothese referida os onus reaes registados anteriormente á hypotheca de que resultou a expropriação, os credores por hypothecas registadas anteriormente aos onus reaes, que deviam ter, em virtude da prioridade do registo, direito a pagar-se pelo valor do predio livre desses onus, ficariam com o direito de se pagar pelo valor desfaleado na importancia dos mesmos onus, porque, havendo a expurgação de todas as hypothecas como consequencia da arrematação, seriam obrigados a ir ao concurso de preferencias deduzir o seu direito.

Se o Código civil, porem, não garantia devidamente os credores hypothecarios com registo anterior ao dos onus reaes, o Código de processo civil, desacatando tambem o principio da prioridade do registo, não dá preferencia aos onus reaes sobre as hypothecas, penhoras ou arrestos que hajam sido registados posteriormente, exceptuando só os onus reaes da consignação e da adjudicação de rendimentos.

Relativamente a estes onus, determina o artigo 887.º do Código citado que as pessoas em favor de quem hajam sido

¹ Veja-se o volume 26.º, n.º 1227, pagina 167.

constituídos serão pagas, no caso de os bens serem arrematados livres delles, pelo seu producto, com preferencia a quaesquer credores communs e aos hypothecarios que tenham registo posterior ao da consignação ou adjudicação.

Desapparecem os onus, mas subsiste, como era justo, a garantia especial que a prioridade do registo assegurava.

Ora relativamente aos outros onus reaes, que caducam pela arrematação, não se dá ás pessoas, a favor de quem foram constituídos, direito de serem pagas do seu valor ou indemnizadas pelo producto da arrematação com preferencia sobre os creditos hypothecarios que hajam sido registados posteriormente e sobre os creditos communs. Assim, as pessoas a favor de quem haja sido constituído o onus real do usufructo, do uso ou da habitação, do arrendamento, e o do dominio directo de um predio em virtude de empraçamento posterior ao Codigo civil, ficarão, se houver qualquer hypotheca anterior ao registo desses onus, e por mais insignificante que seja, sem preferencia aos credores hypothecarios com registo posterior, o que contraria o principio consignado no artigo 889.º § unico do Codigo civil, que é fundamental em materia de registo. Por este §, sempre que forem hypothecados predios sujeitos a onus reaes, a hypotheca não abrangerá senão o valor dos mesmos predios, deduzida a importancia dos onus registados anteriormente ao registo da mesma hypotheca, emquanto que, segundo o systema seguido pelo Codigo de processo civil, quando haja alguma hypotheca, penhora ou arresto com registo anterior ao dos onus reaes, a importancia destes nunca é deduzida, e não se dá ás pessoas a favor de quem foram constituídos, para serem indemnizadas pelo producto da arrematação, preferencia sobre os creditos hypothecarios, penhoras ou arrestos que hajam sido registados posteriormente e até sobre os creditos communs, exceptuando os casos já referidos da consignação e da adjudicação de rendimentos.

O principio consignado no § unico do artigo 889.º do Codigo civil deve tornar-se

effectivo, e como, desde que haja um credito hypothecario com registo anterior ao do onus real, este, para se assegurarem os direitos do credor hypothecario, não deve acompanhar o predio, e portanto não é deduzido do valor delle para a arrematação, sobre o producto desta deve dar-se, no concurso de credores, preferencia aos onus reaes sobre os creditos hypothecarios com registo posterior.

Não julgamos necessario insistir sobre a necessidade desta modificação ao principio introduzido pelo Codigo de processo civil sobre a caducidade dos onus reaes, e, como se tracta indubitavelmente de uma materia propria do Codigo civil, intendemos que, em vez da pretendida interpretação do artigo 1022.º, que apenas terá de ser substituido em harmonia com a modificação nelle introduzida pelo Codigo de processo civil, se deverá modificar assim o artigo 1023.º: «Os onus reaes, com registo posterior ao de qualquer hypotheca, penhora ou arresto, ou da transmissão, não acompanham o predio, mas as pessoas a favor de quem esses onus hajam sido constituídos terão o direito de ser indemnizadas pelo producto da arrematação, de preferencia aos credores communs ou aos creditos hypothecarios com registo posterior.»

Na modificação que propomos partimos do principio, que é o admittido pelo Codigo civil no artigo 889.º § unico e pelo Codigo de processo civil, de que o predio deve ser arrematado ou adjudicado sem que o acompanhe o onus real, quando haja uma hypotheca com registo anterior. Esse principio podia, porem, ser modificado, sem prejuizo para o credor hypothecario com registo anterior ao dos onus reaes e com vantagem para as pessoas a favor de quem estes foram constituídos, admittindo-se que o onus real acompanhasse o predio sempre que pela avaliação se verificasse que, deduzida a importancia do onus real, o credito hypothecario ficava assegurado.

É este o systema que julgamos mais equitativo, e, se o indicamos e não propomos, é porque limitamos as modificações

ou alterações do Código ao que consideramos indispensavel para o tornar claro ou coherente.

12. Em materia de segundas nupcias, a proposta limita-se ao seguinte :

«Art. 1235.º Como está.

«Acrescentar o seguinte :

«§ unico. A terça disponivel, neste caso, será a mesma que a terça communicaavel.»

«Art. 1236.º Se ao dicto varão ou mulher ficarem, *depois de contrahidas as segundas nupcias*, de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios bens, que este lillio houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e existirem irmãos germanos daquelle lillio fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pae ou a mãe só terá o usufructo.»

Quem conheça, embora superficialmente, as difficuldades de exegese que teem suscitado as disposições do Código civil relativas a segundas nupcias, nas quaes o nosso legislador ora attendeu, num empirismo completamente desordenado, as tradições juridicas, ora as poz de lado, não leria sem estranheza o que na proposta se consignou a esse respeito, tanto mais quanto é certo ser esse assumpto um dos que mais largamente tem debatido a nossa jurisprudencia e haverem sido systematisadas algumas das questões que ácerca d'elle se teem levantado¹.

Não nos limitaremos, para que estas *Observações* se não tornem merecedoras do mesmo reparo que á proposta fazemos, á critica das disposições que nesta foram exaradas; e, para não complicarmos mais um assumpto, que, prendendo-se com os institutos da familia e da successão, é talvez o mais complexo do direito civil, traçaremos, nos seus lineamentos fundamentaes, o plano em que deve assentar uma revisão das disposições do Código

civil relativas ás segundas nupcias, criticando no lugar proprio as pretendidas interpretações da proposta.

Começaremos por fixar o principio de que, em homenagem á liberdade individual, não deve a lei pôr obstaculo algum ás segundas nupcias por meio de disposições que tenham o character de uma pena. Dê-se aos conjuges o direito de tornarem dependentes as suas liberalidades testamentarias em favor do outro da condição *si non nuberit*, porque essas disposições devem intender-se determinadas pelo affecto e não pelo desejo de limitar a liberdade, e garantam-se os legitimos interesses dos filhos do matrimonio anterior, tomando-se, relativamente ao usufructo e administração dos bens, cuja propriedade lhes pertença, e ao patrimonio do binubo, quanto ao regimen de bens a que no casamento deve ficar sujeito, as providencias que se julguem necessarias. O legislador não pode nem deve ir mais longe.

Ora o nosso Código civil, se em algumas disposições parece haver-se orientado por estes principios, contradil-os em outros abertamente, e d'ahi o verem alguns dos nossos jurisconsultos nas disposições relativas ás segundas nupcias o odio que lhes votava o auctor do Código, emquanto outros apenas nellas descobrem o desejo que elle tinha de proteger a prole das primeiras nupcias. A verdade é que, nas providencias adoptadas ácerca da binuba, se manifesta o odio ás segundas nupcias ao lado do desejo de proteger a prole, e que algumas disposições ha em que se offendem interesses legitimos de pessoas que nenhumaes responsabilidades teem nas segundas nupcias, ao passo que são preteridos os de outras que a lei devia garantir do mesmo modo por que o fez relativamente aos lillios legitimos e seus descendentes e aos irmãos germanos.

Para procedermos com methodo na exposição das incoherencias e antinomias que no nosso Código civil se notam em materia de segundas nupcias, tractaremos, em primeiro lugar, das disposições respeitantes á binuba, e em seguida das rela-

¹ Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial. Communhão geral de bens*, paginas 91 a 110.

tivas tanto a ella como ao binubo, terminando por apresentar as modificações que, em nossa opinião, se devem introduzir no Codigo.

13. A mulher binuba, ao contrario do que se dá com o binubo, perde o usufructo dos bens dos filhos menores e a administração desses bens, se não fór nella mantida por deliberação do conselho de familia (artigos 149.º n.º 3.º e 162.º).

Sendo muito discutivel, attento o caracter que tem nas modernas legislações o poder paternal, se aos paes deve ser attribuido o usufructo dos bens dos filhos menores, de modo algum pode justificar-se a distincção que a lei faz entre o binubo e a binuba, retirandó a esta o usufructo dos bens dos filhos menores e conservando-o ao binubo. É tradição popular, que os factos legitimam, que a madrastra é, para os filhos do primeiro matrimonio, peor que o padrasto, e a lei váe tornal-a participante do usufructo dos bens desses filhos de que exclue este.

Se o interesse pelos filhos do primeiro matrimonio deve levar o legislador, o que se nos afigura justo, a retirar o usufructo dos bens á mãe binuba, o mesmo principio se deve adoptar relativamente ao pae, e tanto a um como a outro exigir-se caução e prestação de contas nos mesmos termos em que se exigem aos tutores, devendo ser-lhes retirada essa administração, quando se reconheça que não zelam convenientemente os interesses dos filhos.

A disposição que confia ao conselho de familia conservar ou não, arbitrariamente, a mãe na administração dos bens dos filhos, e a que sujeita o tutor por ella nomeado, sendo o segundo marido, á confirmação do conselho de familia (artigo 193.º § unico), são vexames a que, sem razão nem proveito algum, se sujeita a mãe, que, apesar de contrahir segundas nupcias, é natural que continue a dedicar aos filhos o mesmo affecto.

As disposições consignadas nos artigos 1233.º e 1234.º, pelas quaes a mulher que contrahir segundas nupcias dentro

de tresentos dias depois da dissolução do matrimonio deve fazer verificar se está ou não grávida, perdendo a que desobedecer a esse preceito todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber do marido anterior, são improprias de um Codigo. Não pode impôr-se por lei a delicadesa de sentimentos, e o exame a que se sujeita a mulher será, em regra, de resultados muito problematicos, tanto para determinar, nos primeiros meses da gestação, se a mulher está ou não grávida, como, em periodo já adiantado da gestação, para verificar o tempo em que se deu a concepção.

E não sendo por outro lado crível que a mulher contrahe segundas nupcias, achando-se grávida do primeiro marido, a unica disposição que a esse respeito se deveria consignar no Codigo era a de que se presume filho do segundo marido o que nascer depois de cento e oitenta dias desde a dissolução do primeiro matrimonio.

A disposição consignada no artigo 1237.º, pela qual a viuva quinquagenaria, que contrahir segundas nupcias, não poderá alhear por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido o segundo matrimonio, a propriedade das duas terças partes dos bens mencionados no artigo 1235.º, emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver, que tem a seu favor uma longa tradição juridica, e se explica pela impossibilidade da procreação, é, attentos os direitos que os filhos perihados tem como herdeiros legitimarios, incompleta.

A lei devia proteger os interesses destes filhos da mesma forma que os dos legitimos, e conveniente era que se determinasse o modo por que praticamente deve garantir-se o direito dos filhos, preceituando a feitura do inventario dos bens antes de effectuado o casamento.

Nas disposições referidas não ha propriamente difficuldades de exegese. Ha, todavia, preceitos que se nos afiguram injustos e vexatorios, uns em si e outros por se applicarem exclusivamente á binuba, e que, apesar de intendermos

que é prematura uma revisão do Código civil, conveniente seria que fossem modificados na proposta que está sendo discutida no parlamento, se lór convertida em lei.

14. Relativamente aos artigos 1109.º n.ºs 3.º e 4.º, 1235.º e 1236.º, em que se tracta do regimen a que ficam sujeitos os bens do binubo e da binuba, tem havido gravissimas difficuldades de exegese, e ácerca de algumas ainda se não fixou a jurisprudencia.

Notaremos, em primeiro logar, a antinomia que existe, proveniente das modificações que a Commissão revisora introduziu no artigo 1286.º do Projecto primitivo, correspondente ao artigo 1236.º do Código, entre este artigo, combinado com o artigo 1235.º, e o artigo 1109.º n.º 3.º Por este numero são incommunicaveis os bens que o pae ou mãe viuvos herdarem por morte de filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, seja qual lór a proveniencia desses bens, emquanto que, segundo o artigo 1236.º, apenas é excluido o binubo ou binuba da propriedade dos bens dos filhos que estes houverem herdado de seu fallecido pae ou mãe.

Dando-se ao artigo 1236.º a interpretação da proposta, isto é, considerando-se applicavel a disposição desse artigo aos bens que forem deixados aos binubos e não aos viuvos, téremos que os bens herdados dos filhos, que tenham irmãos germanos, pelo pae ou mãe binubos, quando esses filhos os não hajam herdado directamente dos paes, ficam pertencendo em propriedade e usufructo ao binubo ou binuba, que, se houverem casado segundo o costume do reino, communicarão immediatamente a terça parte com o outro conjuge ou lh'a poderão doar livremente, conforme o disposto no artigo 1235.º, emquanto que os bens herdados durante a viuvez ficarão, nos termos do artigo 1109.º n.º 3.º, absolutamente incommunicaveis, como claramente se deprehende da combinação desse numero com o n.º 4.º do mesmo artigo. E assim teremos que, sendo o Código mais rigoroso com o bi-

nubo, pois retira-lhe, contra o principio em que assenta a successão legitima, a propriedade dos bens que o filho deixar e haja herdado directamente do pae ou mãe fallecidos, ao passo que conserva essa propriedade ao viuvo, não dá, por outro lado, a este, quando venha a contrahir segundas nupcias, o direito de communicar com o outro conjuge ou de lhe doar a terça parte dos bens que haja herdado do filho, e este não haja herdado do pae ou mãe fallecidos, emquanto que é attribuido esse direito ao binubo.

A jurisprudencia tem procurado conciliar estas disposições, restringindo o disposto no n.º 3.º do artigo 1109.º pelos artigos 1235.º e 1236.º, mas, se é certo que a coherencia leva á admissão dessa doutrina, não o é menos que o artigo 1109.º n.º 3.º contem uma disposição excepcional, e que, segundo as regras da hermeneutica juridica, é por ella que tem de limitar-se o alcance dos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º e não vice-versa.

O que em todo o caso se torna necessario é harmonisar essas disposições, e a proposta não o faz, apesar de tractar de interpretar o artigo 1236.º

Analysemos rapidamente esta interpretação.

Não seguiu a proposta a jurisprudencia adoptada ultimamente pelo Supremo Tribunal de Justiça¹. No mesmo sentido em que o Supremo Tribunal de Justiça interpreta esse artigo fal-o, sem hesitações, o sr. conselheiro Dias Ferreira, que declara ser essa a interpretação dominante dos tribunaes, e que todavia assignou a proposta sem declarações.

Nesta *Revista* foi interpretado o artigo 1236.º da mesma forma que o faz a pro-

¹ Vejam-se os accordãos de 22 de dezembro de 1899 na *Revista dos tribunaes*, volume 18.º, pagina 274, de 15 de maio de 1900 na *Revista dos tribunaes*, volume 19.º, pagina 146, e o de 21 de fevereiro de 1902 na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 15.º, pagina 769. No mesmo sentido decidiram os accordãos da relação do Porto de 6 de dezembro de 1901 na *Revista dos tribunaes*, volume 21.º, pagina 150, e de 9 de outubro de 1900, na *Revista citada*, volume 19.º, pagina 150.

posta¹, e alguns accordãos ha do Supremo Tribunal e das Relações em que se lhe deu essa interpretação².

Não é necessario, para o fim que temos em vista, fazer minuciosa analyse dos argumentos que se teem apresentado a favor de uma e de outra interpretação. Limitar-nos-emos a dizer que a letra do artigo 1236.º tanto comporta uma como outra, mas, sendo declarados incommunicaveis, pelo artigo 1109.º n.º 3.º, os bens herdados durante a viuvez pelo pae ou mãe dos filhos do primeiro matrimonio, sem se fazer distincção alguma pelo que respeita á sua proveniencia, parece-nos que não podem deixar de considerar-se como proprios do binubo e portanto pertencentes a elle em propriedade. Nem pode admitir-se uma condição resolutive pela qual a propriedade desses bens ficaria pertencendo ao viuvo até ao segundo casamento, pois que o artigo 1109.º tracta exactamente da hypothese de irem contrahir-se segundas nupcias.

Em nossa opinião, o artigo 1109.º n.º 3.º tem de applicar-se aos bens herdados durante a viuvez e o artigo 1236.º aos herdados no estado de binubo.

É verdade que o artigo 1235.º se refere tanto aos que foram herdados no estado de viuvo como de binubo, repetindo-se desnecessariamente o preceituado no artigo 1109.º n.º 4.º Naquelle artigo ha, porem, uma referencia expressa aos bens que os binubos tiverem ao tempo do casamento, emquanto que no artigo 1236.º, se é certo que as palavras — *dicto varão ou mulher* — se referem aos que contrahirem segundas nupcias e não aos

que já as tenham contrahido, parece que o verbo — *ficarem* — significa não o passado, mas o futuro, determinando-se essa significação pelo preceituado no artigo 1109.º n.º 3.º

E deve ainda attender-se a que o preceito do artigo 1236.º constitue uma excepção aos principios reguladores da successão legitimaria, devendo portanto intender-se restrictivamente.

A favor da opinião de que o artigo 1236.º se deve applicar aos bens adquiridos durante a viuvez, o argumento mais forte é indubitavelmente o das nossas tradições juridicas, que o legislador não devia alterar sem para isso usar de termos claros e precisos, e o não se poder, em boa razão, distinguir, attento o fim que se propoz o legislador, conservar precipua nos filhos do primeiro matrimonio a propriedade dos bens que houvessem herdado dos paes, entre os bens dessa proveniencia adquiridos pelo pae ou mãe no estado de viuvos ou de binubos.

Em direito constituendo julgamos completamente accetivel esta doutrina, parecendo-nos portanto preferivel que o legislador, em vez de interpretar rigorosamente o artigo 1236.º, applique em termos claros e precisos a sua disposição aos bens herdados pelos paes durante o estado da viuvez, devendo harmonisar-se o disposto neste artigo com o que preceitua o artigo 1109.º n.º 3.º Ficaria assim o binubo só com o usufructo de todos os bens que haja herdado dos filhos do primeiro matrimonio, quando estes os tenham havido directamente do pae ou mãe fallecidos, e tenham irmãos germanos ao tempo em que se contrahem as segundas nupcias, ou se verifique a successão do binubo nos bens do filho, resolvendo-se, em harmonia com os principios do Codigo civil, uma das duvidas mais graves que na nossa jurisprudencia tem suscitado a sua applicação.

Outras incoherencias, porem, e difficuldades de exegese ha que resultam, não só da redacção do artigo 1236.º, mas da sua combinação com outros preceitos do Codigo, algumas das quaes não são menos

¹ Veja-se o volume 3.º, n.º 129, pagina 397, volume 17.º, n.º 864, paginas 504 e seguintes.

² Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1896 e de 21 de maio de 1898 na *Revista dos tribunales*, volume 16.º, pagina 326, e volume 17.º, pagina 52, da relação do Porto de 28 de fevereiro de 1892, de 1 de agosto de 1899 e de 19 de abril de 1901 na *Revista citada*, volume 12.º, pagina 109, volume 18.º, pagina 74, e volume 20.º, pagina 39, e da relação de Lisboa de 7 de agosto de 1901 na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 15.º, pagina 97.

graves que a referida, e de ha muito reclamam solução.

Vamos indical-as o mais succintamente que nos seja possível.

Não havendo duvida de que o artigo 1236.º, pelo que respeita aos bens que os filhos herdarem do pae ou mãe fallecidos, se refere tanto á successão legitima como á testamentaria, pois que não se faz a esse respeito distincção alguma, ficam fóra do disposto nesse artigo, e a nosso ver sem motivo algum plausivel, attento o fim que o legislador teve em vista, os bens que os filhos do primeiro matrimonio hajam adquirido do pae ou mãe fallecidos por doação, e ainda os que lhe hajam sido deixados ou doados directamente pelos avós paternos. A este respeito afigura-se-nos que havia mais logica no direito romano que no Código civil.

E notaremos ainda que a restricção que, em beneficio dos filhos, quando tenham irmãos germanos, se estabelece para a successão do pae ou mãe binubos, deveria applicar-se tambem aos avós, quando os netos tivessem irmãos germanos.

Se pomos em relevo estas incoherencias, é porque uma parte das difficuldades que surgem na interpretação das leis dellas derivam, de modo que, para que estas desapareçam de vez, necessario é eliminar aquellas.

Relativamente á successão do binubo nos bens do filho, não ha só incoherencias, mas gravissimas difficuldades de exegese. Assim tem-se discutido se é só a successão legitima ou se abrange tambem a testamentaria, e qual é a quota disponivel do filho cujo pae ou mãe passam a segundas nupcias, quando tenha irmãos germanos.

Pelo que respeita á primeira questão enunciada, teem alguns entendido que o verbo — *ficarem* — abrange tanto a successão legitima como a testamentaria.

Necessario é, porem, indagar previamente quaes são os direitos que os irmãos germanos teem relativamente á

propriedade dos bens do filho do binubo, para se determinar a significação precisa daquella palavra. A questão reduz-se ao seguinte: Os irmãos germanos serão herdeiros legitimarios da propriedade dos bens que ficaram por morte do filho do primeiro matrimonio, e de que seu pae binubo é usufructuario?

Sustentámos nesta *Revista*¹ a opinião de que o filho de anterior matrimonio pode dispôr em testamento da propriedade de todos os bens e do usufructo da terça delles. O conselheiro Dias Ferreira² afirma que o filho só pode dispôr da propriedade dos bens, e que o usufructo constitue a legitima dos paes. O conselheiro Julio Marques de Vilhena³ intende que o filho não pode dispôr de mais que da terça de seus bens, ficando o usufructo das outras duas terças ao binubo e a propriedade aos irmãos.

É obvio que a questão se limita aos bens que o filho do binubo haja herdado do pae ou mãe fallecidos, tendo de observar-se, quanto aos bens havidos de outra proveniencia, o disposto do artigo 1784.º § unico.

Mas deverá esta disposição applicar-se tambem aos bens herdados do pae ou mãe?

Não entraremos propriamente na questão da exegese, para indicarmos apenas em que sentido deverá ser modificada a doutrina consignada no artigo 1236.º, harmonisando-o com o artigo 1784.º § unico.

No artigo 1236.º deve determinar-se qual é a quota disponivel do filho do binubo que tenha irmãos germanos; apenas se devem restringir os direitos que o binubo tem, como *herdeiro legitimario e legitimo*, relativamente aos bens do filho do primeiro matrimonio. Ora esse direito, que é o de succeder nas duas terças partes dos bens ou em todos elles, se o

¹ Veja-se o volume 3.º, n.º 129, pagina 395.

² *Código civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 346.

³ *As segundas nupcias no direito civil moderno*, pagina 169.

filho morrer intestado, deve ser limitado ao usufructo desses bens. Assim, se o filho morre sem testamento, ao pae binubo pertencerá apenas o usufructo de todos os bens que o filho deixou e a propriedade aos irmãos germanos. Se o filho faz testamento, poderá dispôr neste tanto da propriedade como do usufructo da terça parte dos bens que haja herdado de seu fallecido pae ou mãe.

As seguintes considerações nos mostrarão que é esta a doutrina que se deverá estabelecer claramente no Código.

Segundo as regras da successão, os bens que o pae ou mãe herdaram passam, por morte delles, para os filhos, que são seus *herdeiros legitimarios*. Contrahindo o pae ou a mãe segundas nupcias, se esses bens se communicassem entre os conjuges, ficaria immediatamente o conjuge do binubo com a metade, e, no caso de se não communicarem, os filhos do segundo matrimonio ficariam com direitos eguaes aos do primeiro relativamente a esses bens. Ora é isso o que o legislador deve evitar, determinando que, á morte do filho do binubo, e quando sejam vivos filhos do primeiro matrimonio, a propriedade dos bens que o pae herdar fique pertencendo aos irmãos germanos do fallecido.

A disposição do artigo 1236.º foi estabelecida só em beneficio dos filhos, e, se se adoptasse outra doutrina, reverteria em prejuizo delles. É assim que, pela interpretação que propomos a este artigo, embora o filho disponha em testamento de todos os seus bens a favor do pae ou mãe binubos, estes nunca podem herdar mais do que a propriedade da terça parte dos bens.

Esta, porem, deve pertencer-lhes, pois que a lei permite ao filho dispôr da terça parte dos seus bens e não exclue dessa successão o pae ou mãe pelo facto de contrahirem segundas nupcias.

É esta, em nossa opinião, dado o systema que o Código civil seguiu em materia de successão legitima e o fim das restricções que a esse respeito introduziu relativamente ao binubo, a

doutrina que se nos afigura mais accetavel.

Seja, porem, qual fôr a interpretação rigorosa do artigo 1236.º e o sentido em que este deva ser modificado, quando a interpretação rigorosa não seja doutrinamente accetavel, o que ninguem poderá contestar é a gravidade da duvida a que acabamos de nos referir; e, interpretando-se authenticamente o artigo 1236.º, é conveniente resolvel-a, tanto mais que a jurisprudência se mostra hesitante¹.

E outras difficuldades de exegese suscita, a par de incoherencias que se notam, o artigo 1236.º

Por este artigo parece que a propriedade dos bens, cujo usufructo pertence ao binubo, se radica immediatamente nos filhos do primeiro matrimonio, e que só a elles attendeu o legislador, excluindo os sobrinhos filhos de irmão que tenha fallecido. A letra do artigo é expressa e terminante quando diz: — *e existirem irmãos germanos daquelle filho fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens.*

Fundados na letra do artigo, sustentamos já esta opinião², baseando-nos ainda em que a Ordenação admittia expressamente os filhos do irmão á successão do tio em concorrência com outros tios, pois não é crível que o legislador, que teve no livro 4.º, titulo 91.º, §§ 2.º e 4.º, onde estava sancionada essa doutrina, a principal fonte do artigo 1236.º, não redigisse este de harmonia com ella, se porventura a quizesse perflhar.

Ha, porem, juriconsultos distinctos³ que seguem opinião diversa, não vendo

¹ Veja-se o accordão da relação do Porto de 8 de junho de 1880 no *Direito*, 13.º anno, pagina 270, e o da relação de Ponta Delgada de 15 de dezembro de 1894, na *Revista dos tribunales*, 13.º anno, n.º 312, pagina 375.

² Veja-se o volume 12.º, n.º 581, pagina 180 desta *Revista*.

³ Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, obra citada, pagina 100, nota (1) e os auctores nella citados.

no artigo 1236.º uma limitação ao principio da representação que aos sobrinhos filhos de irmão é attribuido no artigo 1982.º, limitação que não poderia dar-se sem offensa dos principios reguladores da successão legitima, e que nenhum cabimento teria, attento o fim que o legislador se propoz ao consignar noCodigo o artigo 1236.º; e neste sentido se tem publicado alguns accordãos¹.

Taes razões mostram-nos que é esta a doutrina que se deve consignar expressamente noCodigo, fazendo-se desapparecer a antinomia entre esse artigo e o artigo 1982.º

Mais. Pelo artigo 2001.º, se o fallecido deixar ao mesmo tempo irmãos germanos e irmãos consanguineos ou uterinos, haverão os irmãos germanos dobrada parte da herança. Ora pelo disposto no artigo 1236.º os irmãos consanguineos ou uterinos são excluidos da successão, quando o fallecimento do filho tenha acontecido ao tempo em que o pae ou mãe sejam binubos. O mesmo não succede, porem, se o filho fallecer, quando o pae ou mãe hajam enviuvado pela segunda vez, pois que as palavras — *que contrahir segundas nupcias*, que no referido artigo se subintendem, se applicam a todos os matrimonios posteriores ao primeiro, sendo portanto o segundo, terceiro ou quarto matrimonio, que dão logar á applicação do artigo.

Mas qual será a razão por que se excluem da successão do irmão, durante os matrimonios posteriores ao primeiro, os irmãos uterinos ou consanguineos, e são chamados á successão egualmente, por intermedio do pae ou mãe que enviuvaram e não tornaram a contrahir outras nupcias, e a metade da quota hereditaria dos irmãos germanos, quando estes falleçam depois do binubo?

Não nos parece facil harmonisar estas disposições, nem explicar o motivo por que, havendo a proposta interpretado authenticamente os artigos 1236.º e 2001.º, não se referiu a este ponto.

(Continúa).

¹ Vejam-se os accordãos da relação de Lisboa de 2 de junho de 1888 na *Gazeta da relação de Lisboa*, 3.º anno, pagina 339, e o da relação do Porto de 18 de dezembro de 1891 na *Revista dos tribunaes*, 10.º anno, pagina 250.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1558, pagina 569)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMARIO. — 15. Duvidas que tem suscitado o artigo 1235.º A disposição consignada na proposta acerca da quota disponivel do binubo não resolve as difficuldades que da redacção daquelle artigo derivam, nem contem doutrina accetavel. — 16. As restricções impostas ao binubo, em beneficio dos filhos e descendentes successiveis de anterior matrimonio, devem applicar-se ás pessoas que, embora contraiam primeiras nupcias, já tenham filhos perflhados ou outros descendentes successiveis. Logar que no Codigo deveriam occupar as providencias em que se estabelecem essas restricções. — 17. Resumo dos esclarecimentos, modificações e alterações que propomos ás disposições do Codigo sobre segundas nupcias. — 18. Não é necessario interpretar o artigo 1472.º — 19. Disposições da proposta acerca do modo por que deve fazer-se a redução das doações. Distincção entre redução e collação das doações, que o auctor da proposta confundiu.

15. Expostas as principaes difficuldades que na sua applicação teem suscitado os artigos 1109.º n.º 3.º e 1236.º, referir-nos-emos agora aos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º

Estabelece-se nestes artigos, em beneficio dos filhos e outros descendentes

successiveis de matrimonio anterior, que o pae ou a mãe que passem a segundas nupcias não podem communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens que tiverem ao tempo do casamento, ou venham a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

Attento o fim que o legislador se propoz ao consignar no Codigo estas disposições e o seu character excepcional, affirmámos nesta *Revista*¹ que as restricções por ellas impostas á communicabilidade dos bens do binubo e á facultade de dispôr delles por titulo gratuito só subsistiam enquanto houvesse filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, e neste sentido se tem pronunciado a nossa jurisprudencia.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta, porem, que, embora faltem os filhos e descendentes de leito anterior, não se communicam as duas terças partes dos bens especificados nos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º, fundando-se: a) em que essa restricção á communicabilidade dos bens do binubo é dictada,

¹ Veja-se o volume 13.º, n.º 637, pagina 195, e volume 25.º, n.º 1184, pagina 22.

não só no interesse dos descendentes de leito anterior, mas também no odio a quem casa com o binubo; b) na diversidade de redacção que se nota entre os artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º confrontados com o artigo 1237.º Assim, ao passo que neste artigo se diz — «*emquanto* «liver filhos e descendentes que os possam «*haver*», naquelles determina-se — «*tendo* «filhos ou outros descendentes de anterior «matrimonio»; e, affirma o illustre commentador, não é admissivel que o legislador usasse de redacção diversa para exprimir o mesmo pensamento em artigos que ficam tão proximos¹.

Não nos parece defensavel esta doutrina. Sujeita o Codigo a communicabilidade dos bens e a faculdade de dispôr delles a titulo gratuito á mesma condição; e, se é certo que, faltando os descendentes de matrimonio anterior ou outros descendentes ou ascendentes que tenham direito a legitima (artigos 1179.º e 1182.º), não pode contestar-se o direito que o binubo fica tendo de dispôr livremente dos bens em beneficio do conjuge, em odio ao qual não vemos no Codigo disposição alguma, também se nos afigura incontestavel, pois não ha mudança de regimen de bens no matrimonio, ficando apenas sujeitos ao da communhão de bens os que desta eram excluidos só pelo facto de haver descendentes de anterior matrimonio, que, faltando estes, e embora haja filhos perillhados ou ascendentes do binubo, se communicam as duas terças partes dos bens a que se referem os artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º

Não é justificavel, em todo o caso, a diversidade de redacção que se nota entre

esses artigos e o artigo 1237.º, e não só esta circumstancia, mas ainda a da grande auctoridade que, como juriconsulto, tem tido o conselheiro Dias Ferreira, e que ainda agora tanto se poz em relevo na discussão da proposta pelo facto de a haver assignado sem declarações, levam-nos a propôr que a duvida seja esclarecida; notando desde já que, em nossa opinião, só se deve dar a communicabilidade de bens quando não haja descendentes successiveis, quer sejam legitimos, quer perillhados.

A questão, debatida também na jurisprudencia, se no artigo 1235.º se estabelece uma reserva em beneficio dos filhos ou outros descendentes successiveis de matrimonio anterior, isto é, se o binubo pode dispôr a titulo oneroso das duas terças partes dos bens especificados nesse artigo, e se é licito aos filhos, quando o tenha feito, reivindicar-as, prende-se directamente com a questão relativa á quota disponivel do binubo, de que vamos tractar.

A este respeito estabelece-se na proposta, em § additado ao artigo 1235.º, a seguinte disposição: «A terça disponível, neste caso, será a mesma que a «terça communicavel.»

Qual é o alcance desta disposição?

O relatorio que precede a proposta não ministra elucidacção alguma a este respeito, pois limita-se a dizer: «Termina também (a proposta) de uma «forma expressa, com a distincção entre «terça communicavel e terça disponivel «do referido conjuge.»

Percorrendo os documentos que foram publicados junctamente com a proposta e o projecto, encontramos, entre as notas apresentadas pelo juiz Fonseca, da relação de Lisboa, a seguinte, que talvez nos explique a origem do referido §, e por isso a transcrevemos:

«Quaes os bens de que se compõe a «terça disponivel do binubo?

«Ha differença entre terça communicavel e terça disponivel do conjuge «binubo?

«Interpretação do artigo 1235.º

¹ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 349

Cumpre-nos notar que, relativamente a faculdade que o binubo tem de dispôr dos seus bens por titulo gratuito, o conceituado commentador se contradiz, afirmando na mesma pagina e com pequeno intervallo, primeiro, que «não podem os binubos, ainda faltando os descendentes de leito anterior, communicar «nem fazer doação ao conjuge alem da terça parte;» — e dizendo depois: «ficando aliás ao binubo o direito «amplissimo de beneficiar neste caso (o de faltarem «os descendentes de matrimonio anterior) o conjuge «entre vivos ou por morte». Attenta esta contradicção, limitamos no texto a doutrina do illustre commentador á communicabilidade de bens.

«Tem-se julgado em diferentes accordões dos tribunales superiores: Que a terça disponivel do binubo se deve compôr da terça parte da metade da terça dos bens que o binubo tinha ao tempo do seu casamento ou que veiu a adquirir depois por doação ou herança dos seus ascendentes ou de outros parentes, e da terça parte da metade dos adquiridos na constancia do matrimonio. Conforme taes decisões, terça disponivel e terça communicavel são uma e a mesma cousa.

«Tem-se julgado tambem que a terça disponivel do binubo é differente da terça communicavel; e que aquella deve ser extrahida de toda a herança e portanto das duas terças partes que o binubo deixou de communicar com o outro conjuge.

«Carece aquelle artigo de uma interpretação authentica.»

Se bem comprehendemos o pensamento do auctor desta nota, em que parece ter-se baseado o auctor da proposta, o que se pretende significar pelas palavras — *terça disponivel e terça communicavel são uma e a mesma cousa* — é que as duas terças partes dos bens especificados no artigo 1235.º constituem legitima dos filhos e descendentes do binubo, e que portanto não entram na herança deste para o calculo da sua quota disponivel.

Devemos declarar, porem, que, excluindo-se da herança as duas terças ou os bens incommunicaveis para o computo da terça disponivel, esta de modo algum pode confundir-se com a terça communicavel, e que em face da redacção da proposta não se poderá ligar esse sentido ás palavras — *a terça disponivel será a mesma que a terça communicavel*, mas sim o de que a terça disponivel do binubo se deverá calcular em relação aos bens que o viuvo tiver ao tempo em que contrae segundas nupcias e aos que adquirir dos seus ascendentes ou de outros parentes, sendo constituída pela terça parte desses bens, e que, casando segundo o regimen da communhão de bens, só poderá dispôr por morte de metade da terça que como conjuge meeiro lhe ficar pertencendo, não

podendo dispôr da terça parte dos bens que pertençam ao outro conjuge, e em que elle communique e da dos outros bens adquiridos na constancia do matrimonio que tenham proveniencia diversa da dos especificados nos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º Só dando-se esta interpretação ao referido §, é que a terça disponivel será a mesma que a terça communicavel, terminando expressamente, como no relatório se affirma, a distincção entre ellas, e ficariam assim constituindo legitima dos descendentes do binubo não só as duas terças partes dos bens que elle tivesse ao tempo do segundo casamento e dos que posteriormente a elle adquirisse dos seus parentes, mas todos os que tivessem outra proveniencia.

Sendo esta a interpretação grammatical, é para nós ponto assente que não traduz o pensamento do auctor da proposta, e não entraremos na critica de tal doutrina, que se nos afigura contraria aos principios consignados no Codigo ácerca do calculo da quota disponivel e theoreticamente indefensavel, pois restringiria, sem razão alguma plausivel, a capacidade do binubo para dispôr por morte.

Suppondo-se, porem, que ás palavras citadas se podia dar a interpretação de que eram excluidas do computo da terça as duas terças partes dos bens, e que ella era tirada da metade da terça pertencente ao binubo, caso em que, como já notámos e facil é de verificar, a quota disponivel não é a mesma que a terça communicavel, a doutrina que pela proposta se pretende sancionar é tambem inaceitavel.

Vejamos, antes de o demonstrar, as opiniões que ha na nossa jurisprudencia ácerca do calculo da quota disponivel do binubo que tenha descendentes successiveis de matrimonio anterior.

a) Ha quem sustente que deve fazer-se distincção entre a quota disponivel do binubo relativamente ao conjuge e a terceiros, sendo a quota disponivel, relativamente ao conjuge, tirada da terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que depois lhê adviêrem dos ascendentes ou de outros parentes e da

ametade dos adquiridos, e, relativamente a terceiros, tirada dos bens que o binubo tinha quando contrahi segundo matrimonio, dos que adquiriu por doação ou herança de seus parentes ou de qualquer outra proveniência¹.

b) Ha quem affirme que a quota disponivel do binubo deve sair de todos os bens que elle tiver ao tempo da sua morte, sem se attender a que o tercenario seja ou não o conjuge².

c) Tambem se tem sustentado que a quota disponivel do binubo é tirada de metade da terça dos bens que tinha ao tempo em que contrahi segundas nupcias, ou que adquiriu depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes e da meação dos bens de qualquer outra proveniência³; e, finalmente

d) Que deve ser tirada de todos os bens que pertencerem ao binubo ao tempo da sua morte, mas, se a terça assim constituida offender os dois terços dos bens especificados nos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º, deverá ser reduzida de modo que estes passem precipuos para os herdeiros legitimarios⁴.

Criticaremos succintamente estas opiniões, começando por investigar se no artigo 1235.º se estabelece uma quota disponivel especial.

Este artigo, declarando incommunicaveis as duas terças partes dos bens que o conjuge binubo tiver ao tempo do casamento e dos que lhe adviêrem por doação ou herança dos parentes, e que o binubo só pode doar a terça desses bens ao outro

conjuge, parece deixar incolume a sua capacidade testamentaria, podendo portanto dispôr por esta forma da terça parte de todos os bens que constituirem o seu patrimonio ao tempo da morte.

Contra esta doutrina pode dizer-se que as doações em vida são equiparadas, no contracto antenupcial, ás deixas (artigo 1167.º); que, sendo as primeiras consideradas inofficiosas, tambem estas o devem ser, e que a clausula restrictiva da communicabilidade dos bens exarada no artigo 1235.º não pode deixar de limitar, por um modo especial, quando o binubo case segundo o regimen da communhão de bens, a sua capacidade de dispôr por titulo gratuito relativamente aos bens especificados no artigo 1235.º, pois que elle não pode doar ao outro conjuge mais do que a terça parte dos bens, e pelo casamento já lhe fica pertencendo metade desta.

Esta consideração é para nós de tanto peso que não hesitamos em admittir que o artigo 1235.º abre uma excepção aos principios reguladores do computo da quota disponivel, tomando em consideração para este effeito, excepcionalmente, os bens que se communicam pelo matrimonio.

Exemplifiquemos, para que possa comprehender-se bem o nosso pensamento.

Ticio tinha, ao tempo em que, sem escriptura antenupcial, contrahi segundas nupcias com Bertha, tres contos de réis. Se Ticio não fosse viuvo, communicaria com Bertha, embora tivesse herdeiros legitimarios, todos os seus bens, e podia doar ou deixar á sua consorte depois do casamento a terça parte da sua meação, pois que a lei não impõe restricção alguma á communicação dos bens, nem á capacidade de dispôr da terça por titulo gratuito. Sendo, porem, binubo, Ticio só pode communicar com Bertha a terça parte dos seus bens ou um conto de réis, e não pode doar-lhe mais do que a metade dessa terça parte, pois que a outra metade lhe ficou pertencendo pelo casamento, e Ticio não pode doar-lhe mais do que a terça parte dos bens que tiver a esse tempo. E a restricção imposta á

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, obra citada, tomo 2.º, pagina 348.

² Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial. Communhão geral de bens*, pagina 108, e o accordão da relação de Lisboa de 22 de abril de 1893 na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 6.º, pagina 721.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 16.º, n.º 588, pagina 246, e os accordãos da relação de Lisboa de 24 de abril de 1886 e de 3 de maio de 1899 na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 1.º, pagina 709, e volume 12.º, pagina 186, e da relação do Porto de 19 de agosto de 1879 nesta *Revista*, volume 16.º, n.º 796, pagina 248.

⁴ Veja-se esta *Revista*, volume 9.º, n.º 417, pagina 8.

capacidade de doar não pode deixar de applicar-se tambem á de testar, pois que o artigo 1235.º não só abrange as doações por morte, mas estabelece a mesma doutrina para a comunicação de bens e para a sua disposição por titulo gratuito. As duas terças partes especificadas neste artigo não são só incommunicaveis; o binubo não pode dispôr dellas tambem por titulo gratuito.

Se se admittisse outra doutrina, Ticio poderia, na propria escriptura antenupcial, estabelecendo nesta o regimen da communhão e doando por morte a sua mulher a terça parte dos seus bens, tornar letra morta o disposto no artigo 1235.º

Não nos parece, porem, accetavel a opinião de que a quota disponivel deva sair de metade da terça parte dos bens especificados naquelle artigo. O binubo pode dispôr a favor do outro da terça; e como, pelo casamento, lhe ficou pertencendo metade, a quota disponivel deve ser constituida por toda ella, isto é, por um sexto dos bens que tiver ao tempo do casamento e dos que adquirir posteriormente por doação ou herança dos seus parentes.

Do que deixamos dicto conclue-se que, ficando absolutamente incommunicaveis os bens a que acabamos de nos referir, o binubo pode dispôr por titulo gratuito, em acto entrevivos ou por morte, da terça parte delles; communicando-se, no todo ou em parte, o binubo só pode dispôr de um sexto relativamente aos que se communicaram.

Quanto aos bens de outra proveniencia, cuja communicabilidade não se restringe, pode o binubo dispôr livremente da terça parte delles.

A distincção que se faz na quota disponivel conforme é tercenario o conjugue do binubo ou um terceiro, pode defender-se em face do Codigo. A restricção imposta no artigo 1235.º só teve em vista, em nossa opinião, proteger os filhos do primeiro matrimonio, não representa odio á pessoa que casa com o binubo, e deveria por isso considerar-se applicavel a qualquer pessoa a' quem o binubo dei-

xasse a terça. É certo, porem, que o artigo 1235.º só faz a restricção para o binubo, e que relativamente a qualquer outra pessoa a terça deve ser calculada em harmonia com as regras geraes consignadas no artigo 1790.º, pois é certo que, embora os bens fiquem incommunicaveis, não deixam de pertencer em propriedade ao binubo e de fazerem portanto parte da sua herança.

Nem pode dizer-se que as duas terças incommunicaveis constituem uma reserva dos lillos do primeiro matrimonio, pois que os descendentes do segundo tem eguaes direitos hereditarios a esses bens, e o binubo pode dispôr livremente delles por titulo oneroso.

As difficuldades de exegese que se dão na determinação da quota disponivel em face do disposto no artigo 1235.º bem revelam que esse artigo deve ser interpretado, ou, antes, alterado, e, em nossa opinião, deve-o-ia ser eliminando-se as palavras — *nem por nenhum titulo doar-lhe*, admittindo-se assim, relativamente ao binubo, o principio de que não se considera disposição a titulo gratuito a comunicação de bens em virtude do matrimonio. Não vemos por que motivo se deva a este respeito estabelecer uma excepção para o binubo, tanto mais que o outro conjugue communica com elle todos os seus bens (artigo 1238.º).

Quando se julgue, porem, accetavel a doutrina consignada no artigo 1235.º; deve estabelecer-se expressamente a reserva em beneficio dos filhos e descendentes successiveis do primeiro matrimonio relativamente á disposição a titulo gratuito, não se admittindo que a quota disponivel seja computada de modo diverso conforme o tercenario é o binubo ou um terceiro, distincção que principio algum justifica.

A disposição consignada na proposta julgamol-a completamente inadmissivel; pois não resolve, antes aggravará, as difficuldades de exegese, e restringe, sem motivo plausivel, a capacidade testamentaria do binubo, seja qual fór a interpretação que se lhe venha a dar na jurisprudencia.

16. Em materia de segundas nupcias, e como o indica a propria epigrapha da secção respectiva, só attendeu o Codigo aos filhos e descendentes successiveis de anterior matrimonio, não tendo em consideração os filhos perfilhados, que teem todavia, como os legitimos, direito a quota legitimaria, salvo o seu quantitativo quando concorram com estes. Já fizemos esta observação a proposito da binuba quinquagenaria, e aqui a reproduzimos, pois estamos convictos de que deve desaparecer do Codigo uma excepção que, não sendo exigida pelos interesses da familia legitimamente constituida, não é de modo algum defensavel.

Parece-nos que, se o auctor do Codigo, em vez de abrir uma secção para expôr, de um modo aliás incompleto, as disposições relativas a segundas nupcias, as tivesse exarado nos logares proprios, isto é, ao lado dos principios de que constituem excepções, como faz nos artigos 149.º n.º 3.º, 162.º, 163.º, 164.º, 193.º § unico, 1109.º n.ºs 3.º e 4.º, 1969.º n.º 2.º e 1993.º § unico, não teria sido tão incoherente e não haveria formulado essas disposições de um modo tão obscuro. Quem tenha lido com attenção o que deixamos dicto ácerca das segundas nupcias terá sem duvida feito já a mesma observação, para o que basta attender a que as maiores difficuldades que os artigos 1235.º e 1236.º suscitam teem a sua origem na combinação desses artigos com os principios reguladores do direito de successão.

A epigrapha da secção é tambem impropria e não traduz rigorosamente o assumpto que nella é regulado. Não se tracta ali só das segundas nupcias, mas de todas as que forem posteriores ás primeiras, e, se é certo que a expressão — *segundas nupcias* — se toma juridicamente nesta accepção, não o é menos que não é propriamente o facto das segundas nupcias, mas o de haver descendentes successiveis das primeiras, que inspirou o legislador nas medidas que adoptou. E como, em harmonia com os principios que regulam a successão legitimaria, as restricções impostas ao binubo

em beneficio da prole do primeiro matrimonio devem ser ampliadas aos filhos perfilhados, intendemos que, mantendo-se a secção, deve ser assim epigraphada. *Das nupcias havendo descendentes successiveis.*

No proposito de limitar as alterações do Codigo ao que julgamos absolutamente indispensavel, não propomos que essa secção seja eliminada. Devem sê-lo, porém, algumas disposições, já por serem improprias do Codigo, já por envolverem uma repetição desnecessaria.

17. Em harmonia com as considerações que temos feito, as disposições do Codigo relativas a segundas nupcias deveriam ser assim interpretadas, modificadas e alteradas:

Art. 101.º § unico. Contrahindo a viuva segundas nupcias dentro de trezentos dias depois de dissolvido o matrimonio, considerar-se-ha filho do segundo marido o que nascer decorridos cento e oitenta dias depois da dissolução do matrimonio.

Art. 149.º n.º 3.º Se passarem a segundas nupcias.

Art. 162.º Os paes que passarem a segundas nupcias são obrigados, como administradores dos bens dos filhos, a dar caução, quando o conselho de familia a julgue necessaria e a prestar contas nos termos do artigo 152.º § unico.

§ unico. Os paes que procederem mal na sua gerencia em relação aos bens dos filhos poderão ser removidos da sua administração pelo conselho de familia a requerimento do curador dos orphãos ou de qualquer parente.

Art. 163.º O marido da mãe binuba será solidariamente responsavel com ella pelos prejuizos que por culpa ou negligencia resultarem da sua gerencia.

§ unico. Se os paes forem privados da administração dos bens dos filhos, nomeará o conselho de familia pessoa que se encarrêgue dessa administração, com os mesmos direitos e obrigações que teem os tutores relativamente aos bens dos menores.

Art. 193.º § unico. Supprimir as palavras: «mas, se nomear seu segundo marido, ficará a nomeação dependente da aprovação do conselho de familia.»

Art. 1109.º n.º 3.º Deve supprimir-se.

Art. 1109.º n.º 4.º As duas terças partes dos bens que o conjuge possuir e dos que adquirir por titulo gratuito dos seus ascendentes ou de outros parentes, nos termos do artigo 1235.º

Art. 1233.º e 1234.º Devem supprimir-se.

Art. 1235.º O varão ou a mulher, que contrahir nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não poderá, enquanto estes forem vivos, communicar com o outro conjuge mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança dos seus ascendentes e de outros parentes.

Art. 1236.º Os bens, que o dicto varão ou mulher haja adquirido ou venha a adquirir, como herdeiro legituario, dos filhos e seus descendentes, e que a estes tenham sido doados ou deixados por seu fallecido pae ou mãe ou respectivos ascendentes destes, pertencerão em propriedade aos irmãos germanos do lillo fallecido e aos seus descendentes nos termos do artigo 1982.º, e o pae ou a mãe só terá o usufructo.

Art. 1237.º A mulher, que contrahir nupcias depois de completar cincoenta annos, não poderá alhear por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido matrimonio, a propriedade das duas terças partes dos bens mencionados no artigo 1235.º, enquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver.

§ unico. Os filhos poderão requerer que os bens sejam inventariados, e que a mãe preste caução, e, sendo menores, não poderá effectuar-se o casamento sem que tenha sido feito o inventario e prestada caução.

Art. 1238.º O varão, ou a mulher, com filhos ou descendentes successiveis, que casar com pessoa que os não tenha, communicará em todos os bens desta, não havendo convenção em contrario.

Art. 1784.º Legitima é a porção de bens, de que o testador não pode dispôr, por ser applicada aos herdeiros em linha recta ascendente, ou descendente, ou aos irmãos, no caso do artigo 1236.º¹

18. Em materia de doações, interpreta a proposta, em primeiro lugar, o artigo 1472.º da seguinte forma:

«A doação legitimamente feita, seja de que valia fôr, e embora celebrada antes da promulgação deste *Codigo*, produzirá todos os seus effectos juridicos, independentemente de insinuação ou de qualquer outra formalidade posterior á mesma doação, salvo o que fica disposto no § unico do artigo 1459.º».

Decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em alguns accordãos que o disposto no artigo 1472.º não era applicavel ás doações feitas anteriormente á promulgação do *Codigo*, quando houvesse até á data desta decorrido o praso de quatro menses, dentro do qual devia fazer-se a insinuação das doações que a ella estavam sujeitas. Em outros, e até em maior numero, seguiu, porem, doutrina contraria.

A prescripção, pois o *Codigo* civil já foi promulgado ha mais de trinta annos, evitará que haja mais decisões em sentido encontrado. Não se explica, pois, que na proposta fosse interpretado aquelle artigo, tanto mais que essa interpretação não devia, conforme o disposto no artigo 3.º, applicar-se aos processos já instaurados.

E o que é mais de estranhar ainda é que a Commissão de legislação civil da camara dos deputados, declarando no artigo 3.º que as suas disposições não são applicaveis aos actos juridicos realizados antes da promulgação da lei, não eliminasse tal interpretação do projecto.

Não criticaremos, pois, mostrando quanto é inadmissivel perante os principios reguladores da applicação das leis

¹ Não formulamos aqui a alteração que deve fazer-se no artigo 2001.º, para o harmonisar com o artigo 1236.º Como a proposta tracta daquelle artigo, no lugar proprio indicaremos essa alteração.

no tempo, a interpretação dada na proposta ao artigo 1472.º Limitar-nos-emos a notar que é doutrina corrente, e que não tem soffrido a minima contestação, que a forma externa dos actos é sempre regida pela lei em vigor ao tempo em que se effectuam¹.

19. Sobre redução de doações, foram consignadas na proposta as seguintes disposições:

«Art. 1498.º Consistindo a doação em bens immobiliarios, será a redução feita pelo valor que os bens doados tinham ao tempo da doação, ainda que então não fossem estimados, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que a redução se faça em substancia.

«§ 2.º Para o calculo do valor não se attenderá nem ao augmento proveniente de bemfeitorias feitas pelo donatario, nem por outra parte á diminuição procedida de deteriorações imputaveis ao mesmo donatario.

«Art. 1500.º Se o donatario for tambem coherdeiro poderá reter o immovel doado, ainda que o valor desse immovel exceda a legitima do coherdeiro accumulada com o da doação reduzida, dando tomas em dinheiro aos outros coherdeiros por esse excesso, os quaes vencerão o juro estabelecido por lei a contar da data da sentença que julgar a partilha.»

São importantissimas as alterações que pelas palavras que grifamos se introduzem no Codigo civil, substituindo-se a redução em especie ou substancia que este, em regra, preceituava, pela redução em valor.

Relativamente aos motivos destas alterações, diz o relatorio que precede a proposta:

«Sobre doações ainda concilia os preceitos tão antagonicos entre os artigos 1498.º, 1500.º e 2107.º, que regem as collações, propondo que estas se façam sempre em valor e não em substancia,

«adoptando assim para todos os casos o disposto neste ultimo artigo. E o regime seguido pelo Codigo hespanhol, aquelle para que a jurisprudencia ultimamente mais se tem inclinado, o que satisfaz melhor ás condições da propriedade entre nós, o que mais se harmonisa com a liberdade de testar e que menos inconvenientes e difficuldades acarreta na pratica.»

Das passagens do relatorio que acabamos de transcrever vê-se que o auctor da proposta confunde a collação das doações com a sua redução, quando são institutos de natureza muito diversa. Como este ponto é fundamental para a critica das disposições do Codigo civil e das alterações que nellas introduziu a proposta, referir-nos-emos a elle em primeiro lugar.

Collação é a restituição que o descendente que concorre á herança do ascendente commum ou pretende entrar na successão com outros herdeiros igualmente descendentes, deve fazer á massa da herança dos valores que lhe hajam sido doados pelo autor della para a egualação da partilha (artigos 2098.º e 2100.º a 2102.º).

O fundamento da collação, que não é instituição de ordem publica, podendo ser dispensada della os descendentes pelos doadores, tem por fundamento a presumpção de que os ascendentes desejam que os descendentes tenham eguaes direitos successiveis e por fim manter essa egualdade:

A collação só se dá quando o descendente é herdeiro e donatario conjuntamente e concorre á successão (artigo 2099.º)¹, intendendo-se, sempre que não seja dispensado da collação, que a doação não representa mais do que uma antecipaçoão sobre a sua quota hereditaria.

A redução tem por fim evitar que sejam offendidos os direitos á legitima, e,

¹ Nesta Revista sustentámos que o artigo 1472.º não devia applicar-se ás doações feitas anteriormente á promulgação do Codigo civil. Veja-se o volume 6.º, n.º 291, pagina 492, e o volume 7.º, n.º 337, pagina 385.

¹ O artigo 2099.º diz: «A collação poderá escusar-se se... o donatario repudiar a herança.» Esta linguagem é pouco rigorosa, pois que neste caso não pode haver collação, visto que o donatario não entra na partilha.

sendo esta de ordem publica, a redução tambem o é.

Os ascendentes, que podem dispensar os descendentes da collação, não podem de forma alguma dispensal-os da redução, no caso de inofficiosidade da doação (artigo 2099.º).

Do que deixamos dicto conclue-se que ha collação de doações sem redução e redução sem collação, sendo aquella restricta aos descendentes donatarios que concorram com outros á successão do áscendente commum, por direito proprio ou pelo de representação, e dando-se esta sempre que o autor da herança tenha herdeiros legitimarios e haja feito doações que excedam a sua quota disponivel.

No artigo 2098.º diz-se que a collação tem por fim não só a egualação da partilha, mas o *calculo da terça*. Na noção que démos excluimos o calculo da terça, o qual, sendo necessario, quando haja herdeiros legitimarios, e o autor da herança tenha feito doações ou deixado legados, para se verificar se as doações ou legados excedem a quota disponivel, não representa o fim da collação, e nem esse calculo se torna necessario, quando a doação represente uma antecipação por conta da legitima e o autor da herança não haja disposto da terça.

Sendo de natureza diversa, deverão todavia a collação e a redução ficar sujeitas aos mesmos principios relativamente ao modo por que devem effectuar-se?

Tractaremos deste assumpto no proximo numero.

(Continúa).

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1559, pagina 585)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARIO. — 20. O Codigo civil admitte, em regra, a redução das doações de bens immobiliarios em substancia, e é essa a doutrina que, em harmonia com os principios nelle consignados, julgamos mais acceptavel — 21. No caso de se admitir a redução em valor, como gñera proposta, deverão supprimir-se, por serem superfluos ou estarem em contradicção com o principio nella formulado, alguns artigos do Codigo e entre elles o artigo 1500.º modificado pela proposta — 22. Numa revisão do Codigo civil devem preencher-se algumas lacunas sobre a redução das doações, e consignar-se expressamente que o donatario não coherdeiro, cuja doação possa ser reduzida, deve ser citado para o inventario.

20. As disposições do Codigo civil, relativas ao modo por que deve effectuar-se a redução e collação das doa-

ções, tem sido diversamente interpretadas, sendo causa dessa divergencia o antagonismo que, segundo o auctor da proposta e a maioria dos jurisconsultos, existe entre os artigos 1498.º a 1500.º e 2107.º Para alguns é esse antagonismo de tal ordem, que se torna impossivel a conciliação entre elles, e designadamente entre os artigos 1500.º e 2107.º Assim, devendo pelo artigo 2107.º o coherdeiro legituario conferir em valor os bens doados, sem distincção entre mobiliarios e immobiliarios, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que a collação se faça em substancia, pelo artigo 1498.º, que, como se vê do artigo 1492.º, é applicavel a qualquer donatario, tem de ser feita em substancia, excepto se o immovel doado fôr indivisivel ou não poder dividir-se sem detrimento, caso em que, como preceitua o artigo 1500.º, se o donatario fôr coherdeiro, tem de ser feita em valor, quando a importancia do immovel doado não exceda o valor da legitima do coherdeiro accumulado com o da doação reduzida.

Para se vêr que consequencias derivaram do pretendido antagonismo entre as disposições referidas, indicaremos os meios de conciliação propostos:

a) Deve fazer-se em valor a collação de todos os bens doados, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que se faça em substancia, ficando somente sujeito á redução em especie o donatario que não seja coherdeiro¹;

b) Deve fazer-se em substancia a collação da cousa doada, sempre que a doação tenha de ser reduzida e o valor dos immoveis doados seja superior ao da legitima do donatario e da terça do doador²;

c) Relativamente ao coherdeiro legitímario, a collação deve fazer-se em valor, excepto se o immovel doado fôr indivisível, ou não poder dividir-se sem detrimento, e o valor d'elle exceder o da legitima accumulado com o da doação reduzida³;

d) A collação deve, ainda neste caso, ser em valor, se o coherdeiro donatario fôr descendente do doador⁴.

É convicção nossa que entre os artigos 1498.º a 1500.º e 2107.º não existe antagonismo algum, nem sequer apparente antinomia, pois nelles se prevêem e regulam assumptos diversos. Pelo artigo 2107.º a collação tem de ser feita em valor; pelos artigos 1498.º a 1500.º a redução tem de ser feita em substan-

cia, quando o immovel doado seja divisível, e, não o sendo, se a importancia da redução exceder metade do valor do immovel, relativamente ao donatario que não seja coherdeiro, e, relativamente ao que o seja, se o valor d'elle exceder o da legitima accumulado com o da doação reduzida.

Assim, foi feita uma doação a Pedro pelo pae de um immovel cujo valor, ao tempo da doação, era de tres contos de réis. São tres os herdeiros legitímarios e o valor dos bens da herança é de quinze contos. Neste caso, em que se tracta de collação e não de redução, applica-se o artigo 2107.º, conferindo Pedro o immovel doado em valor.

Supponhamos que o immovel doado vale dez contos. Sendo o mesmo o valor da herança e o numero dos herdeiros legitímarios, a doação tem de ser reduzida, ou, como preceitua o artigo 2111.º, o donatario é obrigado a repôr o excesso que ha sobre a sua legitima e a terça do doador. Como deve fazer-se esta reposição, em valor ou em substancia?

Não o declara o artigo 2111.º, sendo nesse caso applicavel o artigo 1498.º ou o artigo 1500.º, conforme se tracte de um immovel divisível ou indivisível, ou que não possa dividir-se sem detrimento.

Assim, se o immovel se pode dividir, a redução faz-se em substancia, sendo para este effeito avaliado de novo o predio conforme o estado em que se encontrar, isto é, sem ter em consideração quaesquer bemfeitorias ou deteriorações que nelle tenha havido posteriormente á doação (artigo 1498.º § 2.º)¹, e destacando-se d'elle a parte correspondente ao excesso que o herdeiro legitímario tem a repôr, a qual entra na partilha, ficando sujeita ás regras geraes que a regulam. Se o immovel é indivisível ou não pode dividir-se sem detrimento, a reposição tem de fazer-se, entrando o immovel doado

¹ Veja-se a *Revista do fóro português*, volume 1.º, pagina 171, o *Direito*, volume 5.º, pagina 497, e os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de julho de 1876 nesta *Revista*, volume 13.º, n.º 641, pagina 271, de 15 de junho de 1883 na *Revista dos tribunales*, volume 2.º, pagina 245, e de 8 de maio de 1885 no *Boletim dos tribunaes*, volume 1.º, pagina 314.

² Veja-se esta *Revista*, volume 6.º, n.º 284, pagina 374, volume 10.º, n.º 498, pagina 474, e volume 31.º, n.º 1394, pagina 114, a *Revista do fóro português*, volume 3.º, pagina 266, e o conselheiro Dias Ferreira, *Código civil português annotado*, 3.ª edição, tomo 3.º, paginas 123 a 125. É esta a doutrina que ultimamente tem sido seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça. Vejam-se os accordãos citados nesta *Revista*, volume 34.º, n.º 1497, pagina 134, nota 2.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 34.º, n.º 1497, pagina 134.

⁴ Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, *Valor ou substancia?*

¹ A redacção deste artigo é equivooca, mas a doutrina que se deve admittir é, como adiante se verá, a que expomos no texto.

para a herança e pagando-se o donatario da legitima e da doação reduzida em conformidade das regras geraes que regulam as partilhas.

Pela collação, que se fez em valor, verificou-se que a doação foi inofficiosa, e, sendo consequencia desse facto a redução da doação ou a reposição do excesso que nesta houve sobre a legitima do donatario e a terça do doador, parte do immovel doado ou todo elle tem de entrar para a herança nas condições referidas.

É esta a doutrina que está sancionada no Codigo.

O artigo 1498.º não distingue entre o donatario que seja coherdeiro e o que o não seja, e nem tal distincção pode fazer-se, já porque os artigos 1499.º e 1500.º, que não são mais do que uma excepção ao principio nelle consignado, referem-se exactamente á hypothese de o donatario ser ou não coherdeiro, já porque o artigo 1492.º expressamente declara que as disposições que regulam a redução das doações são applicaveis a qualquer donatario. E o artigo 1500.º não distingue tambem entre coherdeiros legitimarios ascendentes e descendentes, nem tal distincção é auctorizada pelo artigo 2111.º, porque as palavras — «será «o donatario obrigado a repôr esse excesso» — não significam que a redução se fará em valor, pois esta e a consequente reposição tanto pode fazer-se por uma forma como por outra; nem seria admissivel em face dos principios consignados no Codigo, como vamos vêr, que se admittisse para o coherdeiro, que tem obrigação de conferir, a reposição em valor, e em substancia para o coherdeiro não conferente.

A collação tem, como vimos, por fim a egualação da partilha, e esta deve fazer-se, nos termos do artigo 2109.º, sendo os coherdeiros do donatario inteirados em bens da mesma especie e natureza, sempre que isso seja possivel. A redução em substancia, quando a doação feita ao coherdeiro exceda o valor da legitima e da terça, deve fazer-se portanto de preferencia quando haja her-

deiros legitimarios descendentes, para que se torne effectiva a egualdade da partilha.

Sob o ponto de vista exegetico é esta a unica doutrina que se nos afigura admissivel. Sel-o-á, porem, em direito constituendo?

Tem-se argumentado contra a disposição dos artigos 1498.º a 1500.º, 2109.º e 2142.º, dizendo que tem como consequencia fatal a pulverisação da propriedade e a consequente decadencia da nossa agricultura. Diz-se contra o disposto nos artigos 1498.º e 1500.º que, pela redução ou reposição em especie, se não respeita o direito de propriedade adquirido pela doação, tornando-se assim instavel a situação do donatario, que de um momento para o outro pode vêr-se privado desse direito, soffrendo com isso graves prejuizos; que não se acata a liberdade de testar, pois não são attendidos os desejos do testador, e que a redução ou reposição em substancia offerece graves dificuldades na sua applicação pratica.

Ponhamos a questão nos seus verdadeiros termos.

A pulverisação da propriedade nada tem com os artigos 1499.º e 1500.º Na hypothese destes artigos, quer o donatario fique com o predio e reponha o excesso em dinheiro, quer tenha de restituir o predio, sendo-lhe paga a doação reduzida em dinheiro, se não é coherdeiro, ou, sendo pago da legitima e da doação reduzida em conformidade das regras geraes da partilha, se o é, o immovel doado não se divide, não havendo portanto fraccionamento da propriedade.

Pode havel-o, porem, quando o predio seja divisivel e se dê a inofficiosidade da doação, pois a redução tem de fazer-se destacando do predio doado, se for um só, a parte correspondente ao excesso que o donatario tem de repôr. Esse fraccionamento, porem, que no norte do paiz é inconveniente, por já se achar muito fraccionada a propriedade, terá vantagens nas provincias do sul, em que a existencia

dos latifúndios tanto tem obstado até hoje á cultura intensiva.

Sendo diversas as condições da propriedade territorial nas diferentes provincias, terá sempre inconvenientes a lei que estabeleça a respeito della as mesmas normas, tanto em materia contractual, como já succedeu com o decreto que permitia a constituição da subemphyteuse como em materia de successões, o que succederá agora com as alterações relativas á redução das doações.

E não deixaremos de notar a este respeito que, sendo o fraccionamento de propriedade devido principalmente ás disposições consignadas nos artigos 2109.º e 2142.º sobre a egualação da partilha, é de estranhar que a proposta as deixe intactas, attribuindo todavia ao autor da herança o direito de, pela doação de todos os bens immobiliários em vida, annullar completamente as disposições daquelles artigos.

Fazendo-se uma reforma da legislação civil no sentido de evitar a pulverisação da propriedade, é necessario ir mais longe, harmonizando as suas disposições, e o que sobretudo se torna necessario é fixar um limite alem do qual não seja permitido o fraccionamento da propriedade, o qual tenha de ser respeitado tanto nos actos entre vivos como nas disposições de ultima vontade. Emquanto a esse respeito houver como lei suprema a vontade dos interessados, dar-se-ão os mesmos inconvenientes que hoje se notam.

A liberdade de testar, se pode ser invocada para o augmento da quota disponível, parece-nos que o não deve ser para que se tornem effectivas as doações feitas em vida, em que não foram respeitados os direitos dos herdeiros legitimarios, nem os donatarios podem invocar para conservarem os bens um titulo, que a inofficiosidade fez caducar no todo ou em parte.

Não vemos, pois, motivos ponderosos para introduzir no Codigo uma reforma tão profunda na materia da redução das doações, como quer a proposta, tanto mais que ella deixa intacto o artigo 2109.º, e que o seu auctor declara no relatório que

a precede que não teve o intuito de alterar o Codigo, mas só de o interpretar e esclarecer.

E para se cortarem todas as duvidas que ácerca da redução das doações, no caso de collação, se teem suscitado na jurisprudencia, bastaria redigir assim o artigo 2111.º: «Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitimaria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e se, ainda assim, «houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repôr esse excesso nos termos dos artigos 1498.º e 1500.º».

Assim, interpretava-se o Codigo. A proposta altera-o, e, como vamos vêr, é impossivel harmonisar as suas disposições com alguns artigos a que se não propõe modificação alguma, havendo outros que essas disposições tornam superfluos.

21. Fazendo-se em valor a redução das doações, em harmonia com as disposições consignadas na proposta, o valor da doação para o calculo da quota disponível tem de ser o que os bens doados tinham ao tempo da doação. É o que dispõe expressamente o artigo 1790.º § 2.º, e se reproduz em outros artigos do Codigo, entre os quaes mencionaremos o artigo 1497.º

Tendo os bens doados de ser avaliados em relação á epoca da doação, é obvio que se não pode tomar em consideração no calculo nem o augmento de valor prôveniente de bemfeitorias feitas pelo donatario, nem, por outra parte, a diminuição desse valor proveniente de deteriorações imputaveis ao mesmo donatario. O § 2.º do artigo 1498.º, que, dado o systema da redução em especie, já não era necessario, representa, no systema da proposta, uma superfluidade, tanto mais que, em virtude do disposto no § 1.º do referido artigo, só não são imputaveis ao donatario a perda ou deterioração que a coisa doada haja soffrido por causa fortuita ou força maior.

De passagem notaremos que o § 2.º do artigo 1498.º, se fôr acatado o prin-

cipio da redução em especie, deve ser modificado de forma que traduza fielmente o pensamento do legislador. As palavras que nelle se lêem — *não se incluindo no calculo* — parece significarem que deve fazer-se a avaliação pondo de lado as bemfeitorias e deteriorações a que o § se refere. Sendo certo, porem, que a avaliação tem de fazer-se em relação á epoca da redução, para se determinar qual a parte dos bens doados que corresponde ao excesso que se deve repór, seria um verdadeiro contrasenso pôr de lado as bemfeitorias feitas pelo donatario e as deteriorações a elle imputaveis, pois, attento o que no § 1.º se dispõe, daria isso em resultado serem os bens avaliados em relação á epoca da doação, salvo qualquer augmento de valor devido a causas estranhas, e teria que fazer-se novo calculo para indemnizar o donatario no caso de bemfeitorias, ou os coherdeiros quando houvesse deteriorações.

Em nosso parecer, é já o expozemos nesta *Revista*¹, aquellas palavras significam que os bens devem avaliar-se em relação á epoca em que tiver de fazer-se a redução, taes como se acharem, isto é, com bemfeitorias ou sem ellas e com ou sem deteriorações imputaveis ao donatario, e, para traduzir esta idéa, deveria o § referido ser assim redigido: «O valor dos bens doados será calculado em relação á epoca, em que se houver de fazer a redução, *não se calculando separadamente* nem o augmento . . . ».

Já notámos, e reproduzimos aqui a observação feita, que a proposta, admitindo o principio da redução em valor, deixou, incoherentemente, e sem modificação alguma, o artigo 1499.º, que, tractando da hypothese de não se poderem dividir os immoveis doados sem detrimento e de o donatario não ser coherdeiro, preceitua que, se a importancia da doação exceder metade do valor, haverá o donatario o resto em dinheiro, e que,

se a redução não exceder a dicta metade, reporá o donatario a importancia da redução. Fazendo-se, como a proposta estabelece, a redução sempre em valor, é obvio que este artigo não tem explicação alguma, ficando até em contradicção com o principio que se pretende consignar no Codigo.

E tambem se nos afigura que a primeira parte do artigo 1500.º é, na proposta, uma perfeita redundancia.

O Codigo, que admite, relativamente aos bens mobiliarios, a redução em valor, não faz distincção entre donatarios coherdeiros e os que o não são, pois tanto uns como outros tem de repór ou restituir á massa da herança o excesso do valor dos bens doados sobre o da legitima e da doação reduzida ou só sobre o desta, conformem-se coherdeiros ou não.

Pelo que respeita á ultima parte do artigo 1500.º da proposta, em que se determina que as tornas vencerão o juro estabelecido por lei a contar da data da sentença que julgar as partilhas, cumpre-nos notar que fica em contradicção com o disposto no artigo 1505.º Por este artigo, esses juros são devidos desde que ha a obrigação de conferir, isto é, desde a abertura da herança, e escusado é demonstrar que esta doutrina é preferivel á da proposta.

O artigo 1502.º constitue tambem, no systema da proposta, uma verdadeira excrecencia. Quer o donatario tenha quer não alienado os bens doados, é sempre pelo valor delles ao tempo da doação que fica responsavel.

Devendo ser supprimidos, no caso de se admittir a redução das doações em valor, os artigos 1499.º, 1500.º e 1502.º, algumas lacunas se notam no Codigo em materia de redução de doações que conveniente era preencher e duvidas de interpretação que deveriam ser esclarecidas.

Referir-nos-emos a algumas.

22. A avaliação dos bens doados é feita pelo valor que tinham ao tempo da doação, no systema do Codigo, para o calculo

¹ Veja-se o volume 16.º, n.º 817, pagina 587.

da terça e para a redução, ou só para aquelle, e, no da proposta, tanto para o calculo da terça como para a redução.

Ora podendo mediar um longo lapso de tempo entre a epoca da doação e a da abertura da herança do doador, difficilissimo se torna por vezes determinar de modo exacto e rigoroso qual fôra o valor dos bens doados ao tempo da doação, sobretudo quando o donatario nelles haja feito bemfeitorias ou causado deteriorações.

Conveniente era, pois, que o Codigo facultasse aos interessados a avaliação judicial desses bens, estabelecendo-se no Codigo de processo civil, de cuja revisão se está tractando, o processo adequado.

Tambem se torna necessario, para evitar que os herdeiros legitimarios do doador sejam lesados, como já tem succedido, pelo donatario, alienando os bens doados, que se reconheça a esses herdeiros o direito de exigirem caução ao donatario, quando provem que a doação tem de ser reduzida por inofficiosidade, e que ha justo receio de insolvencia do donatario.

Não julgamos necessario fundamentar, em mais largas considerações, os addicionamentos que propomos ao Codigo civil, que poderiam ser assim redigidos: «Qualquer interessado pode requerer judicialmente, com assistencia do ministerio publico e citação dos interessados, o arbitramento dos bens doados. — Os herdeiros legitimarios do doador podem, quando a doação tenha de ser reduzida por inofficiosidade e haja justo receio de insolvencia do donatario, requerer que este «preste caução.»

O logar em que estes addicionamentos devem ser inseridos ha de ser diverso, conforme se acceitem ou não as alterações da proposta. Se não forem acceitas, intendemos que o respeitante á avaliação deve ser additado em § ao artigo 1497.º, fazendo-se a elle referencia no § 1.º do artigo 1498.º, e que o relativo á caução deve substituir a disposição consignada no artigo 1501.º

Relativamente a doações feitas a quem não seja coherdeiro, é conveniente estabelecer de um modo claro que essas doações podem ser reduzidas no inventario, pois a jurisprudencia dos tribunaes tem-se pronunciado a esse respeito no sentido de que a redução de doações, não sendo o donatario coherdeiro, legatario ou credor, tem de ser pedida em acção ordinaria, doutrina que se nos afigura não só contraria aos principios consignados nos Codigos civil e de processo civil, mas de gravissimos inconvenientes na pratica.

Baseia-se essa jurisprudencia em que, pelo disposto nos artigos 2048.º do Codigo civil e 696.º do Codigo de processo civil, devem ser citados para o inventario os herdeiros, os legatarios e os credores, e não os donatarios *inter-vivos*, e em que, pelo artigo 2073.º do Codigo civil e 695.º § unico do Codigo de processo civil só incumbe ao cabeça de casal descobrir os bens da herança e declarar se ha valores a conferir. Ora os bens doados não fazem parte da herança, e os donatarios que não sejam coherdeiros descendentes não são obrigados a conferir¹.

Estas razões não são procedentes, como já demonstrámos nesta *Revista*².

Em primeiro logar, os artigos 2048.º do Codigo civil e 696.º do Codigo de processo civil não preceituam que sejam excluidos do processo de inventario quaesquer interessados que não sejam os herdeiros, os legatarios e os credores, referindo-se só a estes expressamente, por serem os unicos que tem direito aos bens da herança. E tanto assim é que os nossos tribunaes tem admittido, no inventario que comprehenda bens immobiliarios, como legitima a intervenção do conjuge do herdeiro, embora delle esteja separado judicialmente de pessoas e bens

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 1887 nesta *Revista*, n.º 1320, pagina 18 do 29.º anno, e de 2 de abril de 1889 no *Boletim dos tribunaes*, volume 4.º, pagina 454, e o da relação de Lisboa de 11 de dezembro de 1889 na *Gazeta da relação de Lisboa*, 4.º anno, pagina 62.

² Veja-se o volume 35.º, n.º 1541, pagina 295.

e do com-proprietario dos bens da herança.

Por outro lado, o donatario de bens certos e determinados deve ser equiparado ao legatario, pois que a doação, da mesma forma que o legado, está sujeita á redução por inofficiosidade; e, se essa redução pode ser pedida e decretada no inventario (Codigo civil, artigo 1789.º e Codigo de processo civil, artigo 724.º § 1.º), certo é que o donatario deve ser citado para nelle intervir, pois não só é interessado na descripção e avaliação dos bens doados, mas ainda na dos bens da herança, visto o quantitativo da redução ficar dependente do calculo da quota disponivel, e escusado será pôr em relevo a influencia que nesse calculo tem a descripção e avaliação dos bens da herança e dos doados.

Acresce que, não podendo deixar de se attender, para o calculo da quota disponivel (artigo 1790.º § 2.º), ao valor dos bens doados, é conseqüentario que se nos afigura indiscutivel, que esses bens devem ser descriptos e avaliados no inventario, sempre que haja herdeiros legitimarios e a doação seja inofficiosa, ou o testador haja disposto da terça. Se assim não fór, não será nestes casos possivel determinar, de modo definitivo, no inventario qual seja a quota disponivel.

Não julgamos necessario accentuar os inconvenientes praticos que da admissão desta doutrina derivam e portanto a necessidade que ha, attenta a jurisprudencia que está sendo seguida, de esclarecer as disposições do Codigo civil e do Codigo de processo civil relativas ao assumpto de que vimos tractando.

Pelo que respeita ao Codigo civil, bastaria para esse fim incluir no artigo 2048.º os donatarios, e acrescentar o seguinte § ao artigo 2073.º: «O cabeça de casal de-
«clarará se ha valores que tenham sido
«doados e os nomes dos donatarios, sejam
«ou não conferentes, e indicará a natureza
«de todos os bens de que tiver conheci-
«mento e as comarcas em que estiverem
«situados.»

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1560, pagina 8)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 23. A interpretação que a proposta da ao artigo 1501.º é incompatível com a doutrina nella formulada ácerca do modo por que deve effectuar-se a redução das doações. Esse artigo deve ser suprimido. — 24. A disposição do artigo 1565.º relativa ás vendas feitas por ascendentes a descendentes não deve ampliar-se ás hypothecas. Dúvidas que o artigo 1565.º tem suscitado, e que a proposta não esclarece. — 25. A interpretação dada ao artigo 1566.º é acceitavel, mas este artigo deve completar-se, comprehendendo as vendas feitas a um proprietário. — 26. O § 1.º do artigo 1621.º está modificado pelo Código de processo civil

23. Pela proposta fica assim o artigo 1501.º:

«É applicavel á revogação ou redução «por inofficiosidade o que fica disposto «no artigo 1484.º»

Como se vê pelo simples confronto dos dois artigos, não se tracta de uma interpretação, mas de uma mutilação, que

servirá para novos exercicios de exegese juridica, destino que parece haver tido tambem o artigo 1501.º, pois, se este estava em aberta contradicção com as disposições que regulam a legitima, pela alteração que a proposta nelle introduz ficará em desharmonia com as disposições do Código, respeitantes ás pessoas que podem requerer a revogação ou redução das doações por inofficiosidade e á epoca em que podem ser requeridas, e incompatível com as disposições da propria proposta relativas ao modo por que deve effectuar-se a redução.

Não opinou assim a Commissão de legislação civil da camara dos deputados, que diz no seu parecer:

«A proposta resolve por uma forma «segura as debatidas questões . . . do artigo 1501.º, sobre que tem havido oito «opinões e tambem oito typos de accordãos.»

Confessamos a nossa ignorancia, declarando francamente que não conhecemos oito typos de accordãos sobre o artigo 1501.º

Quanto a opiniões de jurisconsultos, conhecemos mais, mas que se podem reduzir ás seguintes:

a) O artigo 1501.º é completamente incompatível com os principios sancionados no Código civil ácerca da legitima;

e deve ser, em homenagem a esses principios, posto de lado¹;

b) Esse artigo declara irrevogaveis ou irreductiveis por inofficiosidade, sem excepção. as doações para casamento, representando um favor concedido ás familias que por elle se constituam²;

c) Pelo artigo 1501.º as doações para casamento, que podem ser, quando excedam a quota disponivel, revogadas ou reduzidas por inofficiosas, são as ultimas que, na hypothese de haver mais de uma doação, ficam sujeitas á revogação ou reducção, concedendo-se assim por esse artigo garantias especiaes á doação que seja feita para casamento³;

d) O artigo 1501.º declara que não podem ser revogadas por inofficiosidade as doações para casamento, mandando applicar neste caso o artigo 1483.º n.º 2.º, e que são reductiveis por inofficiosidade nos termos do artigo 1484.º⁴;

e) As doações para casamento, feitas entre esposados, não podem ser revogadas nem reduzidas por inofficiosidade, quando esta tiver como unico fundamento a superveniencia de filhos⁵;

f) A doação, embora seja inofficiosa, não será revogada nem reduzida por superveniencia de filhos, tendo sido feita para casamento, e não havendo, ao tempo em que o foi, herdeiros legitimarios do doador⁶.

Exceptuadas as duas primeiras opiniões, que são radicaes, uma considerando letra morta o artigo 1501.º, e a outra abrindo, em favor de todas as doações para casamento, uma excepção ás disposições que regulam a legitima, as quaes, como se vê dos artigos 1147.º, 1149.º n.º 4.º, 1167.º, 1174.º, 1175.º

e 1492.º, são applicaveis tambem ás doações para casamento, em todas as outras se limita o alcance que ao artigo referido deve attribuir-se em face da sua letra, sendo mais ou menos arbitrarías.

Só pela reconhecida necessidade de manter intacta a legitima, em virtude dos principios consignados no Codigo e das nossas tradições juridicas, se poderia considerar applicavel o artigo 1501.º á hypothese de haver mais do que uma doação. Por essa interpretação introduzir-se-ia nos artigos 1495.º e 1496.º uma distincção que elles não admittem, e que o texto do artigo 1501.º não auctorisa.

Este artigo tambem exclue, pelo modo por que está redigido, a distincção entre a revogação e a reducção das doações, e as interpretações que o limitam ás doações entre esposados e para casamento, no caso de a inofficiosidade ser determinada unicamente pela superveniencia de filhos, sendo ainda de notar que não fica assim intacta a legitima, que tem de ser determinada, em harmonia com as disposições consignadas no Codigo, relativamente aos bens que o doador possuir ao tempo em que fôr aberta a herança e aos herdeiros legitimarios que então tiver.

Inacceitaveis, como são, todas as interpretações propostas, e sendo certo que não ha meio de conciliar o artigo 1501.º com as disposições do Codigo relativas á legitima, afigura-se-nos que a solução mais razoavel era considerar como não existente a disposição nelle consignada, e que na proposta deveria ser supprimida, substituindo-a por outra em harmonia com o que dissemos no numero antecedente.

A alteração que nesse artigo introduz a proposta é, em nosso parecer, completamente inaceitavel.

Vejamos.

Por essa alteração fica sendo applicavel á revogação ou reducção por inofficiosidade o que no artigo 1484.º se dispõe acerca da revogação por superveniencia de filhos. Ora a acção para esta revogação pode ser proposta pelo proprio doador, a quem não é licito renunciar a

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 76, pagina 341

² Veja-se o *Direito*, 1.º anno, pagina 249.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 76, pagina 342

⁴ Veja-se o *Direito*, 2.º anno, pagina 18

⁵ Veja-se a *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4213, pagina 492, n.º 4230, pagina 559, e n.º 4231, pagina 563.

⁶ Veja-se o *Jornal de jurisprudencia*, 4.º volume, pagina 821, o *Direito*, 1.º anno, pagina 498, e conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, 1.ª edição, tomo 3.º, pagina 202, e 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 107.

tal direito, e este só se transmite aos lillos e seus descendentes legitimos. (artigos 1484.º a 1486.º), emquanto que a revogação ou reducção das doações por inofficiosidade não pode ser requerida pelo proprio doador, pois que só á morte delle é que pode verificar-se se ella existe ou não (artigos 1789.º e 1790.º § 1.º), mas só pelos herdeiros legitimarios, e, relativamente a estes, sem distincção entre ascendentes e descendentes.

Por outro lado, a reducção por inofficiosidade tem, segundo quer a proposta, de se effectuar pelo valor que os bens doados tinham ao tempo da doação, emquanto que, nos termos do artigo 1484.º e § 2.º, sendo revogada a doação por superveniencia de filhos teem de ser restituídos os proprios bens doados, e só quando o donatario os haja alienado é que tem de ser restituído o seu valor, sendo este calculado em relação á epoca da doação.

Como se conciliará o disposto neste artigo, que pela proposta se manda applicar a todas as doações inofficiosas, com os artigos 1498.º e 1500.º, taes como se encontram formulados na mesma proposta?

Parece-nos difficil a resposta, e pre vemos que, se fór approvada a alteração que se introduz no artigo 1501.º, hão de surgir novas duvidas e ao lado dellas decisões encontradas dos tribunaes relativamente ao modo por que deve effectuar-se a reducção das doações.

E escusado será notar que a referencia feita pelo artigo 1501.º ao artigo 1484.º não vem preencher lacuna alguma nas disposições respeitantes á revogação ou reducção das doações por inofficiosidade, pois que se acha claramente determinado o modo por que deve effectuar-se, e nenhuma duvida haveria de que, sendo restituídos os proprios bens doados, a herança ou o herdeiro a quem ficassem pertencendo tinha o direito de expurgar a hypotheca. E no systema da proposta nem esta applicação se pode dar ao artigo 1484.º, sendo a reducção determinada por inofficiosidade, pois que a restituição se faz em valor.

24. O artigo 1565.º é assim interpretado na proposta:

«Não podem vender *nem hypothecar*, «a lillos ou netos, os paes ou avós, se «os outros lillos ou netos não consentirem «na venda.»

A interpretação da proposta é contraria á que tem sido seguida pela nossa jurisprudencia¹, e afigura-se-nos inacceitavel.

O proprio conselheiro Dias Ferreira, que na 1.ª edição do seu *Codigo civil portuguezs annotado* admittiu a interpretação que a proposta dá ao artigo, considerando-a evidente em face do disposto no artigo 894.º², diz na 2.ª edição: «O Codigo, porem, «não impedê os ascendentes de constituir «hypothecas a favor dos descendentes, «nem de lhes confessar dividas, decerto «por não vêr tantos perigos na hypotheca «e no emprestimo como na venda, que é «ordinariamente feita para dar a algum «lillo certos e determinados predios; nem «obsta á hypotheca o artigo 894.º, que «se limita a exigir a mesma capacidade «juridica para a hypotheca que para a «alienação. Nem a Ordenação nem o Codigo civil cogitaram destes casos. A lei «preveni os casos de abuso mais graves, «os quaes se verificam na compra e venda. «Para remediar os males dos emprestimos «ou de quaesquer outros actos simulados «teem os lesados o direito reconhecido no «artigo 1031.º e seguintes; e frequente «é impugnarem os herdeiros legitimarios «as dividas confessadas pelo ascendente «em testamento, mesmo quando a favor «de estranho.»³

Transcrevemos integralmente o que o illustre commentador diz ácerca da duvida que a este respeito suscitava o artigo 1565.º, attentas as responsabilidades muito especiaes que elle tem na proposta. A nossa opinião, que é exactamente a que foi seguida

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de novembro de 1890 no *Boletim dos tribunaes*, 6.º anno, pagina 227, de 7 de janeiro de 1898 na *Gazeta da relação de Lisboa*, 11.º anno, pagina 417, e de 10 de junho de 1902 na *Collecção official*, anno de 1901 a 1902, pagina 314.

² Veja-se o tomo 4.º, pagina 25.

³ Tomo 3.º, pagina 167.

pelo illustre commentador na edição citada do seu *Codigo civil annotado*, acha-se desenvolvidamente exposta nesta *Revista*¹, em que demonstrámos que, tanto sob o ponto de vista exegetico como doutrinal, e ainda em face das nossas tradições juridicas, se não devia ampliar a disposição do artigo 1565.º, que é excepcional e só tracta da compra e venda, á hypotheca que os paes constituam para garantia de emprestimos que os lill-os lhes façam.

O artigo 894.º respeita, como notámos, á capacidade da pessoa que pode constituir hypotheca e á qualidade dos bens que podem ser hypothecados, não prohibindo que a hypotheca possa ser constituida *em favor de pessoas a quem se não possa fazer a venda*, e não são applicaveis ás hypothecas as razões que determinaram o auctor das Ordenações e do Codigo civil a prohibir as vendas dos ascendentes aos descendentes sem o consentimento dos outros descendentes, porque pela hypotheca não se opera a transmissão, e, tendo os bens de ser arrematados ou adjudicados judicialmente, são impossiveis as fraudes ou conluios.

Estes, se se podem dar, é na confissão da divida, mas a lei não prohibe nem podia prohibir que um filho faça um emprestimo aos paes sem consentimento dos irmãos, tendo de applicar-se, em caso de simulação, as disposições relativas aos actos que se pratiquem em prejuizo de terceiros.

Não julgamos, pois, accetavel a doutrina da proposta ácerca do artigo 1565.º, e nem sequer reconhecemos a necessidade de modificar a sua redacção, para excluir da sua prohibição a constituição das hypothecas, attenta a jurisprudencia que está sendo seguida nos nossos tribunaes.

Sendo esta a nossa opinião, diremos todavia que, a accetar-se a modificação que a proposta faz ao Codigo civil, deverá ser inserida no logar proprio, que

não é a secção em que o Codigo tracta *das pessoas que podem comprar e das que podem vender*, mas a sub-secção que tem por objecto as *hypothecas em geral*.

Outras duvidas tem suscitado, porem, o artigo 1565.º, que deveriam ser resolvidas na proposta, e a que nos vamos referir.

Há quem sustente que o artigo 1565.º é applicavel á dação em pagamento e ás doações onerosas, na parte em que como taes se devam considerar, visto que a dação em pagamento e as doações onerosas, na parte correspondente aos encargos, se consideram como contractos de compra e venda, em virtude do disposto no artigo 1455.º¹.

Outros juriconsultos teem seguido opinião contraria, dizendo que a cessão ou dação em pagamento não é, como se vê do disposto no artigo 1564.º e § unico, equiparada á compra e venda, pois que os casados, que não podem comprar nem vender reciprocamente, excepto achando-se judicialmente separados de pessoas e bens, podem fazer cessões ou dações em pagamento, e, pelo que respeita á doação onerosa, tem se affirmado que ella não equivale a uma venda ou troca, pois que os encargos que a acompanham nem são o preço da cousa doada, elemento constitutivo do contracto de compra e venda, nem uma cousa dada por outra, que é o elemento especifico da troca. Acresce que, sendo exceptionaes as disposições respeitantes ás vendas e trocas de ascendentes a descendentes, não podem ampliar-se a casos que não estejam especificados na lei².

É esta, pelo que respeita á doação onerosa, a doutrina que nos parece mais razoavel, tanto sob o ponto de vista exegetico como doutrinal, visto que, tendo os bens doados de ir á collação, e podendo ser reduzido por inofficiosidade o valor da doação, esta não representa uma si-

¹ Veja-se o volume 20.º, n.º 4018, pagina 466, e volume 22.º, n.º 1082, pagina 103.

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, obra citada, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 22.

² Veja-se esta *Revista*, volume 18.º, n.º 901, pagina 262, e volume 35.º, n.º 1530, pagina 262.

tuação jurídica definida como a que é creada pela venda.

Quanto á cessão ou dação em pagamento, não pode deixar de ser equiparada á compra e venda, representando a coisa dada ou vendida o objecto da venda e a divida o preço da compra.

Outra duvida que o artigo 1565.º suscita. Será supprível o consentimento dos descendentes no caso de estes por impossibilidade physica ou legal o não poderem prestar pessoalmente?

O artigo citado, referindo-se ao supprimento no caso de *recusa*, parece não o admitir, sempre que elles não possam prestar o consentimento, e portanto recusal-o, e, se é verdade que os menores e pessoas a elles equiparadas são representados, em todos os actos que não tenham caracter pessoal, pelo poder paternal e pela tutela, e que, contra os principios em que assenta essa representação, não se pode admitir o argumento *a contrario sensu* deduzido do texto do artigo 1565.º, não q é menos que a applicação dos principios geraes relativos á representação dos menores offerece difficuldades que devem ser resolvidas e inconvenientes que devem ser remediados pelo legislador.

Em nossa opinião, e partindo do principio, por se nos afigurar indiscutível, de que deve ser supprível o consentimento dos descendentes que por ausencia ou qualquer impedimento o não possam prestar, parecia-nos conveniente que no § unico do artigo 1565.º se declarasse expressamente que esse consentimento será supprido pelo conselho de familia.

Em harmonia com a doutrina exposta, redigiríamos o artigo 1565.º desta forma:

«Não podem vender nem dar em pagamento a lillos, ou netos, os paes ou avós, «se os outros filhos ou netos não consentirem na venda ou dação em pagamento.

«§ 1.º Se algum delles recusar o seu «consentimento ou não o poder prestar «por estar ausente ou impedido, poderá «este ser supprido por um conselho de «familia, que para esse fim será convocado.

«§ 2.º O que se dispõe neste artigo «não é applicavel ás doações onerosas.»

25. O artigo 1566.º é assim interpretado na proposta:

«Não podem os comproprietarios de «coisa indivisivel ou *indivisa* vender a «estranhos a sua respectiva parte, se o «consorte a quizer tanto por tanto. O com- «proprietario, a quem não se dér conhe- «cimento da venda, pode, depositando o «preço, haver para si a parte vendida «a estranho, comtanto que o requeira no «praso de seis menses, *a contar do dia em «que teve conhecimento da venda.*»

A doutrina da proposta está em harmonia com as decisões dos tribunaes, que, após algumas hesitações, fixaram a jurisprudencia, unica admissivel em face do disposto no artigo 848.º n.º 7.º do Codigão de processo civil, de que o comproprietario de coisa indivisa ou *pro indiviso* tem o mesmo direito de preferencia que o de coisa indivisivel¹. Relativamente ao facto desde o qual se conta o praso para usar do direito de preferencia, não havia duvidas, mas conveniente é que a proposta o determine precisamente.

Acceitando a interpretação da proposta, parecia-nos todavia conveniente que se ampliasse o disposto no artigo 1566.º á venda feita a alguns coherdeiros ou comproprietarios com exclusão dos outros, quando estes não tenham sido notificados, ou não lhes haja sido dado conhecimento da venda.

Em face do disposto no artigo 642.º do Codigo de processo civil, que regula o direito de preferencia relativamente aos bens de uma herança indivisa, deve ser notificado o cabeça de casal, e, se elle não preferir para a herança, poderá qualquer dos herdeiros usar de igual direito, e no § unico desse artigo determina-se que, se pretender preferir mais de um herdeiro, os bens ficarão pertencendo áquelle que tiver maior quinhão na herança, ou áquelle que, por meio de licitação, offerecer maior lanço, se os quinhões forem eguaes. A mesma doutrina se acha sancionada no Codigo de processo civil relativamente ao direito de preferencia nas arrematações e adjudica-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 27.º, n.º 1269, pagina 290, e os accordãos ahi citados.

ções, determinando os artigos 848.º § 3.º e 870.º § 1.º que, apresentando-se a preferir mais de uma pessoa que tenha igual direito, haverá licitação entre os preferentes.

O artigo 642.º refere-se á hypothese de ter havido notificação previa, regulando os direitos dos coherdeiros ou comproprietarios como preferentes; o Codigo civil refere-se unicamente á venda feita a um estranho, quando os comproprietarios não hajam tido conhecimento da venda, e regula os direitos delles de modo diverso do Codigo de processo civil.

Ora no caso de a venda haver sido feita, sem notificação previa, não a um estranho, mas a um coherdeiro ou comproprietario, com offensa do direito de preferencia dos outros, deverá applicar-se o disposto no Codigo civil ou no de processo civil?

Já nesta *Revista*¹ sustentámos que se deve applicar, por analogia, o disposto no § unico do artigo 1566.º Conveniente era, porem, que a proposta resolvesse as duvidas que a este respeito se podem suscitar.

Não sendo nulla a venda feita por um comproprietario a um estranho, pois que, se o fosse, o comproprietario não poderia pedir que lhe fosse entregue, pelo preço da venda, a coisa vendida, ou, por outras palavras, usar do direito de preferencia; tambem não se deve considerar nulla a venda feita por um coherdeiro ou comproprietario a outro, sem que os outros coherdeiros ou comproprietarios disso tivessem conhecimento².

A licitação não é, portanto, admissivel neste caso, e os coherdeiros ou comproprietarios, que tenham igual quinhão na coisa vendida, devem, depositando o preço correspondente a esse quinhão, havel-o para si.

Para abranger esta hypothese, acrescentariamos ao § unico do artigo 1566.º o seguinte periodo: «Se a venda tiver «sido feita a um comproprietario, terá o «direito de haver para si a coisa vendida «o que nella tiver a maior parte; se todos os

«comproprietarios tiverem partes eguaes, «poderá cada um delles haver a sua parte, «feito previamente o correspondente de- «posito do preço.»

No corpo do artigo substituiriamos a redacção, usando da expressão — *cousa commum* — em vez das palavras — *cousa indivisivel* ou *indivisa*; e referir-nos-iamos expressamente á *dação em pagamento*, que deve ficar sujeita aos mesmos principios que a venda.

26. O § 1.º do artigo 1621.º é assim interpretado na proposta:

«Os arrendamentos sujeitos a registo «subsistirão, se estiverem registados ante- «riormente ao registo de qualquer hypo- «theca, penhora ou arresto.»

Veja-se o que dissemos ácerca do artigo 1022.º

As considerações que a proposito deste artigo fizemos são igualmente applicaveis ao § 1.º do artigo 1621.º, que está modificado pelo Codigo de processo civil.

Tem-se affirmado, para provar a conveniencia da interpretação dada aos artigos 1022.º e 1621.º do Codigo civil, que ha motivo para duvidar se uma lei de character adjectivo, como o Codigo de processo civil, pode revogar uma lei de character substantivo. Se para tal duvida houvesse fundamento, não se deveriam interpretar só os artigos 1022.º e 1621.º do Codigo civil, mas muitos outros, tambem de character substantivo, que foram alterados pelo Codigo de processo civil.

(Continúa).

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1408, pagina 345, e volume 35.º, n.º 1530, pagina 116.

² Veja-se esta *Revista*, n.º 1560, paginas 14 e seguintes do 36.º anno.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS,
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1561, pagina 22)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARIO. — 27. A disposição que a proposta addita em § unico ao artigo 1694.º offende o principio da não retroactividade das leis — 28. É admissivel o additamento ao artigo 1794.º § unico, salva a redacção. — 29. É contraria aos principios consignados no Codigo civil a disposição exarada no n.º 3.º que a proposta addita ao artigo 1785.º — 30. A modificação da proposta ao artigo 1814.º é, salva a redacção, admissivel, mas consideramos insustentavel a emenda que nella se fez.

27. Ao artigo 1694.º é additado na proposta o seguinte:

«§ unico. Considera-se extincto o encargo de cabecel estabelecido nos referidos emprazamentos.»

Esta disposição é, attento o seu caracter, não só de applicação immediata, mas de effeito retroactivo propriamente dicto, não respeitando os direitos legitimamente adquiridos. Relativamente a ella não tem, pois, que observar-se o disposto no artigo 3.º do projecto, quer seja quer não seja interpretativa.

Não tendo o poder legislativo ordinario, em face do disposto nos artigos 144.º e 145.º § 2.º da Carta constitucional, competencia para attribuir ás leis effeito retroactivo, o que só as côrtes com poderes constituintes podem fazer, é opinião nossa que o parlamento exorbita da sua legitima esphera de acção, considerando extincto o encargo de cabecel, relativamente aos emprazamentos de preterito que já estivessem divididos com esse encargo ao tempo do Codigo civil, sem attribuir ao senhorio directo direito a indemnisação alguma. Não foi devidamente ponderada sob este aspecto a questão que na nossa jurisprudencia se levantou ácerca do artigo 1694.º, e a que a proposta pretende pôr termo, e talvez que, se o tivera sido, não houvesse divergencias, pois era dever seu interpretar aquelle artigo de forma que da sua applicação não resultasse offensa dos direitos adquiridos. Dever igual tem o parlamento, pois cumpre-lhe, como a qualquer cidadão, acatar as nossas leis fundamentaes. E no cumprimento desse dever só praticaria um acto de justiça, como vamos vêr.

A emphyteuse, que é considerada como um onus real pelo nosso Codigo, tem caracter complexo, tornando-se neces-

sario, para a rigorosa applicação dos principios reguladores da efficacia das leis no tempo, distinguir cuidadosamente os direitos reaes, que directamente resultam da emphyteuse, dos que tem natureza contractual.

Assim, os direitos do emphyteuta sobre o predio devem ser, como os do proprietario, regulados pela lei em vigor ao tempo em que esses direitos se individualisam. Outro tanto se não dá com os do senhorio directo, ainda mesmo quando incidam sobre o predio, pois que a esses direitos correspondem obrigações da parte do foreiro, tendo portanto character contractual, e devendo applicar-se, em principio, a lei em vigor ao tempo em que a emphyteuse é constituída ou se adquirem esses direitos.

É certo que, nas proprias relações desta natureza, se tem attribuido ás leis effeito retroactivo, designadamente na emphyteuse de character perpetuo, para o que os legisladores não só tiveram em vista o desenvolvimento da agricultura, facilitando o commercio dos immoveis e o credito predial, pela destruição dos vinculos que prendiam a propriedade immobiliaria, mas tambem o odio aos direitos senhoriaes, entre os quaes tem sido incluídos os do senhorio directo, e portanto intuitos politicos, melhorando a situação dos foreiros. A historia da nossa legislação e das estrangeiras dão-nos a este respeito preciosos ensinamentos, sendo que nem sempre tem sido respeitados nas reformas introduzidas os direitos legitimamente adquiridos.

Para nós a emphyteuse foi, e ainda é actualmente, um meio de desenvolver a agricultura e de fomentar portanto a riqueza nacional nos paizes em que existem terras incultas. Evidencia a sua necessidade entre nós o decreto dictatorial de 10 de janeiro de 1895, confirmado por lei de 14 de fevereiro de 1896, e que está em vigor. Isto basta para mostrar que deve haver a maior prudencia em qualquer innovação legislativa sobre emphyteuse, tendo na devida consideração os direitos legitimamente adquiridos.

Não contestamos que, sendo a emphyteuse perpetua, o legislador deva, sempre

que o bem publico o exija, sujeital-a a novas normas. É necessario, porem, que estas se inspirem sempre numa necessidade ou utilidade social devidamente reconhecida, e que se dê uma compensação equivalente á diminuição que haja, em virtude das reformas promulgadas, no patrimonio das pessoas cujos direitos adquiridos sejam offendidos pelas innovações que se fizerem nas leis.

A justiça assim o impõe.

Serão acatados os seus dictames na interpretação que a proposta dá ao artigo 1694.º, declarando extinto o encargo de cabecel nos empraçamentos de preterito?

Ninguém poderá sustentar a affirmativa.

Veamos qual a origem e a natureza deste encargo.

Tanto pela legislação anterior ao Código civil, como por este, os prazos são indivisiveis, representando essa indivisibilidade uma garantia para o senhorio, que podia consentir na divisão, como ainda hoje o pode fazer, quando os prazos separados constituirem uma unidade cultivavel não inferior a vinte hectares, e, sendo o predio urbano, se da divisão não resultar detrimento no predio conjuncto (decreto de 10 de janeiro de 1895, artigo 4.º).

Ora pela legislação antiga, se o senhorio directo consentia na divisão do prazo, mas não na do fóro, ou se o foreiro dividia o predio sem previo consentimento e o senhorio não queria usar do seu direito, fazendo annullar essa divisão, podia obrigar os consortes a elegerem de entre si um que ficava obrigado ao pagamento do fóro por inteiro, cobrando dos outros a sua respectiva quota, ou fazer recair esse encargo sobre um dos consortes. O consorte obrigado ao pagamento do fóro por inteiro tinha o nome de *cabecel*.

Pelo Código civil não é permittido o encargo de cabecel. Consentindo o senhorio na divisão do prazo em glebas, cada uma dellas ficará constituindo um prazo diverso e só poderá exigir o fóro respectivo de cada um dos foreiros, conforme a destrinça que se fizer, podendo

o fóro, que tocar a cada consorte, ser augmentado com a quota que o senhorio deva receber pelo incommodo da cobrança dividida (artigo 1662.º §§ 4.º e 6.º).

Este preceito é applicavel, por força do disposto no artigo 1694.º, aos empraçamentos de preterito. Representará, porem, este preceito uma modificação que se deve considerar introduzida no titulo respectivo do empraçamento ou em qualquer acto posterior a elle respeitante, de forma que, se o predio emphyteutico se dividir posteriormente á promulgação do Codigo civil, tem de ser applicado aquelle artigo e não a clausula contractual, ou extinguir-se-iam por meio della os encargos de cabecel já existentes nos prazos divididos?

Considerando-se, como faz a proposta, extincto o encargo de cabecel, é evidente que ha offensa de um direito adquirido, e que o senhorio fica sem o direito de ser indemnizado, nos termos do § 6.º do artigo 1662.º, do incommodo resultante da cobrança dividida, augmentando a quota que cada um dos consortes pagava. Não se considerando extincto o encargo de cabecel, mas apenas caduca qualquer clausula contractual em virtude da qual se podêsse estabelecer, ou revogado o direito que, em virtude da anterior legislação, os senhorios tinham a esse respeito, estes não só ficam com o direito de ser indemnizados, pois o § 6.º do artigo 1662.º é applicavel aos empraçamentos de preterito que ainda não tenham sido divididos por força do disposto no artigo 1694.º, mas de modo algum pode dizer-se que haja offensa de direitos adquiridos, pois que não só não tinham usado da faculdade que por lei ou pelo contracto lhes era attribuida, mas até podem oppôr-se á divisão do prazo.

Considerando-se o artigo 1694.º subordinado ao preceito geral estabelecido no artigo 1689.º, era esta a interpretação que deveria dar-se áquelle artigo, sobretudo quando se attendesse a que o parlamento que approvou o Codigo civil não tinha poderes constituintes, e que a interpretação das leis com efficacia retroactiva é de natureza restricta.

Cumpre-nos reconhecer que a proposta, não seguindo esta interpretação, tem a seu lado auctoridades de valor, e que nesta *Revista* nos pronunciámos no mesmo sentido¹.

Francamente o confessamos, e nunca tivemos duvida em declarar os nossos erros, quando delles nos convencem ou pelo proprio estudo reconhecemos que nos afastamos da verdade. O unico desejo que temos é o de acertar; nenhum outro nos anima. A vida deste semanario, que já é longa, não deixa duvidas a este respeito, e bom seria que todos, designadamente os que tem responsabilidades maiores do que nós, se inspirassem nos mesmos sentimentos.

Mas voltemos ao assumpto, apreciando as razões que determinaram o auctor da proposta a additar ao artigo 1694.º o referido § unico.

No parecer sobre as emendas, diz a comissão de legislação civil: «Á face do Codigo deve considerar-se extincto o encargo de cabecel. O Codigo civil no artigo 1694.º applica *expressamente* aos prazos de preterito a disposição do artigo 1662.º, sendo a conclusão a tirar que acabou com a cobrança por cabecel. O Codigo de processo civil partiu deste principio, pois regulando nos artigos 559.º a 563.º a destriça dos fóros, não fez a mais leve referencia ao encargo de cabecel nos prazos, quer de presente quer de preterito.»

Pelo que respeita á applicação que o artigo 1694.º faz do artigo 1662.º aos empraçamentos de preterito, dissemos já que devia fazer-se nos precisos termos do artigo 1689.º, intendendo-se modificados os titulos constitutivos dos contractos relativamente a quaesquer factos futuros mas não aos passados, e que representam direitos adquiridos. Quanto ao Codigo de processo civil, é evidente que não podia tractar, no processo de destriça de fóros, do encargo de cabecel, visto que não é permitido pelo Codigo,

¹ Veja-se o volume 9.º, n.º 437, pagina 325.

nem quanto aos empraçamentos constituídos antes da sua promulgação, nem relativamente aos posteriores, estipular que, dividido o prazo, um dos consortes fique com o encargo do pagamento dos fóros de todas as glebas em que o prazo se divida, cobrando dos outros consortes a parte do fóro que lhes toque pela destriça.

Não tractaremos aqui da debatida questão se o encargo de cabecel se devia considerar um serviço pessoal ou direito banal e portanto extinto já ao tempo em que o Código civil foi promulgado. Este deu nos artigos 1662.º e 1694.º razão á maioria dos juriconsultos que opinava em sentido contrario, e havia sido reconhecido o cargo de cabecel na lei de 22 de junho de 1866, artigo 1.º § 5.º E o decreto de 25 de novembro de 1869, reconhecendo no artigo 9.º aos consortes o direito de preferencia, no caso de haver cabecel, com relação á sua gleba, partiu sem duvida do principio de que o Código civil não extinguiu os encargos de cabecel já existentes.

A verdade é que o encargo de cabecel, attenta a sua origem e character, não pode considerar-se da natureza dos direitos pessoaes ou banaes que foram extintos. Se, ainda assim, se reconhecer a utilidade de extinguir o encargo de cabecel, dever-se-ia reconhecer ao senhorio o direito de ser indemnizado do incommodo que resulta da cobrança dividida. Tem esse direito o senhorio que, depois de promulgado o Código civil, consinta na divisão, e não se reconhece ao que nella consentiu anteriormente pela estipulação do encargo de cabecel que a legislação anterior facultava, quando é certo que os direitos deste, sendo legitimamente adquiridos, merecem maior consideração.

Em harmonia com a doutrina exposta, e que é a que tem sido seguida pelos tribunaes¹, julgariamos subsistente o en-

cargo de cabecel já existente ao tempo em que foi promulgado o Código civil, dando ao cabecel o direito de requerer a sua extincção nos termos seguintes:

«Subsiste o encargo de cabecel estabelecido anteriormente á promulgação deste Código, podendo o cabecel exigir que cada um dos foreiros fique obrigado a pagar directamente ao senhorio o fóro respectivo, sendo este augmentado da quantia que por accôrdo se estabelecer entre elles ou fór arbitrada judicialmente.»

28. No artigo 1764.º supprime a proposta o n.º 2.º, que foi revogado pela Nova reforma penal; colloca, respectivamente, os n.ºs 3.º e 4.º do artigo sob os n.ºs 2.º e 3.º, e addita pela seguinte forma o

«§ unico. Os cegos, e os que não podem ou não sabem lêr, não podem testar em testamento cerrado; *consideram-se, porem, validos os testamentos cerrados feitos por estas pessoas antes da promulgação deste Código que forem abertos depois.*»

Não concordamos com as alterações feitas na numeração do artigo. Em nossa opinião, apenas se devia declarar adiante do n.º 2.º: (está revogado). E desde que na proposta se não seguiu o principio de supprimir os artigos que estão revogados, não deveria abrir-se esta excepção, tanto mais que nos não parece accéitavel o systema que, relativamente aos artigos revogados e não substituidos, a proposta indica para a revisão do Código.

Quanto ao additamento introduzido no § unico, diz a commissão de legislação civil no seu parecer, que elle representa «a opinião mais equitativa e mais em harmonia com o principio da liberdade de testar.»

Não é propriamente esse o criterio por que devia apreciar-se o additamento.

¹ Vejam-se os accordos da relação do Porto de 16 de fevereiro, de 19 de abril, de 12 de novembro e de 25 de outubro de 1872, e de 28 de agosto de 1881 nesta *Revista*, volume 5.º, n.º 246, pagina 603, volume 6.º, n.º 270 e 283, paginas 157 e 365, e volume 21.º,

n.º 1065, pagina 397, de 1 de julho de 1890, de 15 de novembro de 1892, de 10 de junho de 1894, e de 6 de março de 1900 na *Revista dos tribunaes*, volume 9.º, pagina 185, volume 12.º, pagina 359, volume 13.º, pagina 169, e volume 19.º, pagina 116.

Tractando-se de uma disposição transitoria, era aos principios reguladores da applicação das leis no tempo, que em materia de testamentos offerece graves difficuldades, que devia attender-se.

Não desenvolvemos este assumpto, attenta a pouca importancia pratica que o additamento poderá ter, e ainda pela consideração de que, tendo-se suscitado divergencias ácerca da validade dos testamentos a que o § se refere, julgamos defensavel o additamento.

Do modo, porem, por que foi redigido, parece deprehender-se que pelo nosso antigo direito tambem os cegos podiam testar em testamento cerrado, quando é certo que elles só podiam testar nuncupativamente ou em testamento aberto.

O referido additamento deveria pois ser assim redigido: «consideram-se, porem, validos os testamentos feitos ao tempo da promulgação deste Codigo pelas pessoas que não podem ou não sabem lêr.»

Redigido como está na proposta, poderia esse additamento ser inserido no artigo 1923.º, a que a proposta escusadamente addiciona um § unico, de referencia ao artigo 1764.º § unico.

29. O artigo 1785.º é assim alterado na proposta:

«Art. 1785.º Como está. Acrescentar: «3.º Na hypothese do numero antecedente ficarão subsistindo quaesquer doações feitas pelos paes perillhantes anteriormente á perfillhação, mas não poderão elles prejudicar a porção legitima dos filhos perillhados, por quaesquer doações posteriores ou disposições testamentarias.»

Por proposta do deputado Ovidio d'Alpoim, que foi approvada, esse numero ficou assim redigido:

«Na hypothese do numero antecedente ficarão subsistindo quaesquer doações feitas anteriormente á perfillhação, não podendo, porem, ser prejudicada a porção legitima dos lillos perfillhados por quaesquer doações posteriores ou disposições testamentarias.»

O deputado João Pinto dos Santos apresentou a seguinte proposta:

«Art. 1785.º Deve eliminar-se o n.º 3.º «acrescentado, redigindo assim o n.º 2.º: «e sairá só da terça da herança que «constitue sempre a quota hereditaria «destes filhos, não podendo ser prejudicada por doações ou disposições testamentarias, quer anteriores ou posteriores «á perfillhação.»

No seu parecer diz ácerca desta proposta a respectiva commissão que não concorda com ella, «porque, por essa forma, poderia ser sempre contrariado «o principio da irrevogabilidade das doações, visto que o doador, querendo utilizar doações feitas, á sombra das quaes se haviam creado interesses legitimos e constituido familias, encontrava, «perfillhando quaesquer individuos, meio «facil de tal conseguir.»

A razão que se adduz de forma alguma nos convence de que seja accetavel a doutrina da proposta, e muito menos de que por ella se interprete rigorosamente o Codigo.

Não é crível que o doador perfillhe, para prejudicar o donatario. qualquer individuo que não seja seu lillo, e, se se levasse tal razão ás suas ultimas consequencias, deveriam declarar-se tambem irrevogaveis, embora houvesse inofficiosidade, as doações feitas por um individuo que, não estando casado ao tempo da doação, casasse posteriormente e tivesse filhos do matrimonio, e ainda as doações que fossem feitas por um individuo solteiro, e que, posteriormente a ellas, tivesse filhos illegitimos e os perfillhasse. Em qualquer destes casos inutilizam-se pela redução, no todo ou em parte, as doações feitas, á sombra das quaes se haviam creado interesses legitimos e constituido familias.

O assumpto é da maior gravidade, e necessario se torna por isso ponderal-o cuidadosamente, não attendendo só aos interesses dos donatarios e dos lillos perfillhados, mas determinando rigorosamente quaes os principios formulados no Codigo ácerca dos effeitos da perillhação em geral e em especial da que seja feita

depois do casamento, havendo filhos deste relativamente á successão dos filhos perfilhados nos bens dos paes.

Vejam as opiniões que a este respeito tem emitido a nossa jurisprudencia.

Baseando-nos na disposição do artigo 1784.º § unico, em que se declara que a legitima consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a excepção consignada no artigo 1784.º, e nas palavras — *terça disponivel da herança* — do n.º 2.º do artigo 1785.º, as quaes parece significarem *terça de que o testador podia dispôr mas não dispoz effectivamente*, sustentámos que os filhos perfilhados depois do casamento só tinham direito a legitima, se os paes perfilhantes não houvessem disposto della por acto entre vivos ou em testamento¹. Reconhecemos todavia a difficuldade da questão, declarando que de algumas disposições do Codigo e da propria epigraphie da secção em que foi collocado o artigo 1785.º n.º 2.º, parecia inferir-se que os filhos perfilhados posteriormente ao matrimonio não podem ser privados da legitima na proporção estabelecida na lei, e, logo que a jurisprudencia dos tribunaes se manifestou contraria á opinião que haviamos seguido, disso prevenimos os nossos leitores².

Outros juriconsultos seguem doutrina diametralmente opposta, affirmando que a porção de bens assignada aos filhos perfilhados depois do matrimonio tem o caracter de legitima, não podendo por isso o pae dispôr a titulo gratuito, tanto por acto entre vivos como por testamento, da parte da terça destinada para o seu preenchimento, mas não invocam as mesmas razões. Assim, uns sustentam essa doutrina em face do n.º 2.º do artigo 1785.º, cujo sentido é esclarecido pelas suas fontes proximas e determinado pelos artigos 1492.º, 1174.º, 1789.º, 1760.º

¹ Veja-se esta *Revista*, 3.º anno, n.º 141, pagina 595, 4.º anno, n.º 170, pagina 217, 5.º anno, n.º 211, pagina 43, e 9.º anno, n.º 426, pagina 148; o accordão da relação do Porto de 21 de julho de 1882, nesta *Revista*, volume 16.º, n.º 797, pagina 265.

² Veja-se o volume 9.º, n.º 439, pagina 365.

e 1814.º §§ 1.º e 2.º¹; e outros fundam-se no artigo 129.º n.º 3.º que reconhece aos filhos perfilhados o direito á successão, — no artigo 1991.º que declara, de forma imperativa, que o filho perfilhado *herdará* do pae, — e na reciprocidade dos direitos de successão, sendo que os artigos 1994.º e 1995.º attribuem aos paes a qualidade de herdeiros legitimarios dos filhos².

O conselheiro Dias Ferreira faz distincção entre liberalidades testamentarias e doações entre vivos. Estas, sendo feitas antes da perfilhação, ficam irrevogaveis, «porque os direitos dos perfilhados começam na data da perfilhação, ao contrario dos efeitos da legitimação que começam na data do casamento». O pae que perfilhou depois do matrimonio fica porem inhibido de dispôr por testamento da quota disponivel, até onde esta seja necessaria para preencher a quota legitima dos filhos perfilhados.

«Pela superveniencia de filhos, acrescenta o conceituado commentador, só podem ser revogadas as doações consummadas, se estes forem legitimos, sendo «o doador casado ao tempo da doação (artigo 1482.º).

«A perfilhação superveniente, ainda que judicial, não invalida as doações, porque «a perfilhação judicial não pode ter mais «effeitos que a voluntaria.»³

Critiquemos succintamente as opiniões expostas.

Admittindo que só por equivoco se pode confundir a revogação das doações

¹ Veja-se o dr. João Arroyo, *Estudo segundo sobre a successão legitima*, paginas 30 a 79.

² Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de maio de 1886, e de 1 de dezembro de 1881, nesta *Revista*, volume 28.º, n.º 1316, pagina 508, e volume 31.º, n.º 1437, pagina 264, e de 1 de dezembro de 1891, na *Revista dos tribunaes*, volume 11.º, pagina 278, os accordãos da relação do Porto de 20 de março de 1874, de 2 de julho de 1875, e de 14 de setembro de 1881, nesta *Revista*, volume 9.º, n.º 439, paginas 365 a 367, e volume 21.º, n.º 1075, pagina 553, e o da relação de Lisboa de 7 de dezembro de 1892, na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 6.º, pagina 404.

³ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.º edição, tomo 3.º, pagina 336. Creemos que, por lapso, ha no logar citado algumas inexactidões, que não reproduzimos no resumo que fica no texto.

por superveniencia de lillos (artigo 1482.º) com a revogação ou redução por inofficiosidade (artigo 1492.º), vejamos se será exacta a affirmativa do illustre commentador do Codigo civil de que os effeitos da perfilhação, relativamente a direitos successorios, só se contam desde que esta se realisa, e os da legitimação desde o matrimonio.

Resolvida esta questão, ficará assente, no caso affirmativo, que as doações feitas anteriormente á perfilhação ou á legitimação não podem ser reduzidas por inofficiosidade, quer os lillos tenham sido perfilhados antes, quer depois do matrimonio; e no caso negativo, sendo-lhes attribuido direito á legitima, que todas as doações que a offendam, quer hajam sido feitas antes quer depois, teem de ser revogadas ou reduzidas por inofficiosidade.

Dos effeitos da perfilhação em geral tractámos nós nesta *Revista*¹, sustentando que elles, em regra, começam desde que a perfilhação se effectua, retrotrahindo-se todavia nos casos em que a lei o declara, e, relativamente a estes, especificavamos a successão, dizendo: «devemos admittir egual retroacção de effeitos á perfilhação para «poder fazer rescindir o testamento do «pae, feito antes da perfilhação, e embora «o pae já tenha fallecido ao tempo desta, «nos termos dos artigos 130.º a 133.º e «1814.º § 1.º do Codigo». Mais tarde generalisámos esta doutrina, applicando os artigos 129.º n.º 3.º, 1784.º, 1785.º, e 1989.º a 1992.º².

Vê-se destes artigos que os filhos perfilhados são, como os legitimos e legitimados, herdeiros legitimarios dos paes. Todos elles teem, portanto, direito a requerer a redução das doações por inofficiosidade (artigo 1492.º); só depois da morte do testador pode verificar-se, se a houve ou não (artigo 1790.º § 1.º); e que não deve attender-se para esse effeito ao tempo em que se fizeram as doações e a perfilhação ou legitimação, expressamente

o dispõe o artigo 1789.º, que é a este respeito muito terminante: «Se o testador «*hower doado* ou disposto de mais bens «do que daquelles de que lhe é permitido dispôr, poderão os herdeiros legitimarios requerer na abertura da herança, «que a *doação* ou deixa seja reduzida, «nos termos declarados nos artigos 1493.º «e 1494.º»

Este artigo não faz distincção entre os herdeiros legitimarios, nem determina que se attenda á epoca em que se fez a doação.

Em face das disposições consignadas no Codigo é para nós ponto assente que o filho perfilhado e o legitimado teem, pelo que respeita á redução das doações, os mesmos direitos que o legitimo, e, sendo assim, é consectario inilludivel que, sendo elles perfilhados depois do matrimonio, e tendo de sair a sua quota legitimaria da terça, as doações feitas pelas forças desta hão de ser reduzidas, seja qual fôr o donatario, até que se preencha a sua legitima.

E a esta illação não obsta o disposto no artigo 1785.º, que se deve harmonisar com as referidas disposições.

As palavras — *a sua porção* — do n.º 2.º do artigo 1785.º significam o mesmo que a expressão — *a porção daquelles* — do n.º 1.º do mesmo artigo, isto é, a legitima do filho perfilhado, como se vê da epigraphe da secção, e é confirmado pelas considerações que ácerca do artigo correspondente do projecto primitivo fez o visconde de Seabra¹.

A expressão — *quota disponivel* — tem, como é sabido, e escusado é demonstrar aqui, a mesma significação que a palavra — *terça*, de que o legislador usa no artigo 1992.º, tomando-se no sentido de — *quota de que o testador pode dispôr*, a qual só no momento da morte se pode

¹ Veja-se o volume 7.º, n.º 339, pagina 420.

² Veja-se o volume 21.º, n.º 1074, pagina 532.

¹ Respondendo ás *Observações* que o dr. Paes da Silva fez ao n.º 2.º do artigo 1917.º do Projecto, desenvolve o visconde de Seabra a theoria da legitima dos filhos perfilhados, e diz «que concede ao filho perfilhado (posteriormente ao matrimonio) a sua legitima, mas sem prejuizo dos filhos legitimos, fazendo-a «sair da terça.»

determinar. E se outra fôra a significação daquellas palavras, não deveria a proposta, quando quizesse interpretar rigorosamente o n.º 2.º do artigo 1785.º, limitar a liberdade testamentaria, quanto á terça, dos paes que perfilhassem os lillos posteriormente ao matrimonio, reconhecendo a estes simplesmente o direito de herdarem da terça, quando os paes della não houvessem disposto em acto entre vivos ou em testamento.

Considerada sob o ponto de vista exegético, não julgamos pois accetavel a doutrina da proposta, e tambem não nos parece theoreticamente defensavel.

Não vemos por que motivo se hão de respeitar as doações feitas antes da perillhação, realisando-se esta depois do matrimonio, e se admitta a reducção das que tenham sido feitas tambem antes da perillhação, realisando-se esta antes do matrimonio. Os interesses da familia legitimamente constituida, que levaram o auctor do Codigo civil a preceituar que a quota legitima dos filhos perfilhados depois do matrimonio só saisse da terça, não podem invocar-se para justificar similhante distincção; os direitos dos donatarios são em ambos os casos os mesmos, e parece-nos que não deve ser acatada a vontade do doador que, para prejudicar um lillo que contra elle proponha a acção de investigação de paternidade, disponha da terça em beneficio de outros filhos ou de terceiros.

Parecendo-nos que deve manter-se a doutrina sancionada a este respeito no Codigo civil, quando se não estabelecessem outros principios para a determinação da quota legitima dos filhos perfilhados depois do matrimonio, sendo que a applicação da doutrina consignada no Codigo dá logar a verdadeiros absurdos¹, apenas acrescentariamos, para o esclarecer, as seguintes palavras ao § unico do artigo 1784.º: «e do n.º 2.º do artigo 1785.º».

É de todos conhecida a duvida que á palavra — *outros* — deste numero suscita pelo que respeita á determinação da legitima dos filhos perfilhados depois do matrimonio, pois tanto pode referir-se aos lillos legitimos ou legitimados, como aos perillhados, de que tracta o numero antecedente. Embora essa duvida tenha sido resolvida, referindo-se a palavra — *outros* — aos filhos legitimos, conveniente era que se modificasse a redacção do artigo, substituindo as palavras — *dos outros* — por — *destes*.

30. - O artigo 1814.º era assim interpretado na proposta :

«A instituição de herdeiro, feita por «pessoa que não tinha lillos legitimos «ao tempo do testamento ou ignorasse «tel-os, caduca de direito pela super-«veniencia de lillos ou outros descen-«dentes legitimos, ainda que posthumos, «ou pela legitimação dos illegitimos em «virtude de subsequente matrimonio, *va²* «lendo apenas quanto á terça.»

Por proposta do deputado João Pinto dos Santos, com a qual concordou a comissão, e que foi approvada pela camara dos deputados, o artigo 1814.º foi assim modificado: «... subsequente matrimo-«nio, *mas a disposição testamentaria ficará «valendo apenas emquanto á terça, como «legado. § 2.º O legado e a herança da «terça não caducam . . . ».*

Justificando esta proposta, diz a comissão no parecer: «O individuo insti-«tuido ficará sempre com a terça, ainda «que sobrevenham lillos legitimos, ou se «legitemem ou se perillhem os illegitimos, «só com a differença de que, sobrevindo «os legitimos ou legitimando-se os illegi-«timos, fica com a terça a titulo de lega-«tario, e perillhando-se os illegitimos fica «com a terça a titulo de herdeiro. Esta «distincção entre os filhos legitimos e «legitimados e os lillos perillhados está «de harmonia com o systema do Codigo, «e não é indifferente, com effeito, receber «a terça a titulo de herdeiro ou a titulo «de legatario, visto que aquelle tem mais «direitos do que este.»

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 3.º, n.º 144, pagina 596, e dr. João Arroyo, obra citada, pagina 69.

As duvidas que o artigo 1814.º suscitou, e que a proposta pretendeu resolver, não resultam deste artigo considerado isoladamente, mas da sua combinação com o artigo 1760.º A conciliação que a proposta aceita é a que o conselheiro Dias Ferreira apresenta no seu commentario: caduca a instituição de herdeiro na hypothese do artigo 1814.º e por força do que neste se dispõe, mas vale a disposição da terça, por força do disposto no artigo 1760.º, como legado.

Reconhecemos a dificuldade de conciliar os artigos referidos e não analysaremos, porque já vái longo este artigo, todas as opiniões que sobre o assumpto teem sido apresentadas, limitando-nos a criticar a doutrina aceita na proposta.

Vem ella suscitar de novo a questão, já posta de lado por todos os que não pretendam apenas alardear erudição, se o individuo instituido na terça é herdeiro ou legatario.

Define o Codigo *herdeiro* o «que succede na totalidade da herança ou em «parte della, sem determinação de valor «ou de objecto», e *legatario* «aquelle, em «cujo favor o testador dispõe de valor ou «objecto determinados, ou de certa parte «delles». É o que diz o artigo 1736.º, e em face desta disposição, que é clara e está em harmonia com a noção de herdeiro e de legatario accita por todos os Codigos e jurisconsultos, o tercenario não pode deixar de considerar-se herdeiro, visto que succede em uma quota da herança sem valor ou objecto determinado. Succede portanto a titulo universal e não a titulo singular.

A esta distincção, que é objectiva, correspondem differenças na condicionalidade juridica dos herdeiros e legatarios, que se podem fundamentalmente reduzir ás seguintes: o herdeiro tem direito a todo o patrimonio do defuncto ou a uma quota parte delle, e responde por todas as dividas e encargos da herança na proporção da sua quota hereditaria (artigos 1792.º e 1793.º); o legatario está isento dessa responsabilidade e tem direito só a bens certos e determinados; o primeiro

tem-o direito de crescer e o segundo não (artigos 1852.º e 1854.º).

Note-se, porem, que o herdeiro nunca responde pelas dividas do autor da herança alem das forças desta (artigo 2019.º), e, se respondesse, o tercenario herdeiro ficaria em peor situação juridica que o tercenario legatario.

A distincção entre o tercenario herdeiro e legatario, que pela proposta se pretende estabelecer, teria, pois, como unica consequencia ficar o legatario sem o direito de crescer. Mas, privando-se desse direito, poderá elle ficar sem a terça da herança, visto que os bens acrescidos a ella pertencem.

Não nos parece, pois, que possa sustentar-se a distincção que se pretende introduzir, e que não é por esta forma que deve harmonisar-se o artigo 1814.º com o artigo 1760.º

Por aquelle artigo devia considerar-se *caduca* e não *limitada à terça* a instituição de herdeiro nos casos nelle referidos. A este respeito nada temos que acrescentar ao que dissemos nesta *Revista*¹, estando ainda convictos de que a doutrina que nella sustentámos é a unica admissivel em face do Codigo. A restricção que o artigo 1814.º fez ao artigo 1760.º mal se compadece, porem, com os termos em que este está formulado e parece-nos que esses artigos se deveriam harmonisar, redigindo assim o artigo 1814.º: «A instituição de herdeiro, feita «por pessoa que não tinha filhos ao tempo «do testamento, ou que ignorava tel-os, «ficará *reduzida à terça* pela superveniencia de lilhos. . . ».

É, a nosso vêr, a mesma doutrina da proposta, quando se admitta, o que se nos afigura incontestavel, que o tercenario é herdeiro e não legatario, e apenas

¹ Veja-se o volume 5.º, n.º 212, pagina 63. No mesmo sentido foram proferidos os seguintes accordãos: da relação de Lisboa de 4 de outubro de 1871, nesta *Revista*, volume 5.º, n.º 212, pagina 59, e de 14 de janeiro de 1891, na *Revista dos tribunaes*, volume 10.º, pagina 135, e de 7 de dezembro de 1892, na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 6.º, pagina 404.

propomos a modificação na redacção em virtude de ficarem antinomicas as disposições de que *a instituição de herdeiro caduca* e *de que vale quanto á terça*. *Instituição caduca* é, e não pode deixar de ser, grammatical e juridicamente, a que não produz effeito algum.

Quando, o que se nos afigura fóra de todo o proposito, se insista em que seja approvada a emenda em virtude da qual se fez a distincção entre tercenario herdeiro e legatario, será conveniente que se resolva se deve haver inventario judicial sempre que o tercenario legatario seja menor ou a elle equiparado, e se tem ou não o direito de licitar como os herdeiros. Sabido é que, no systema dos Codigos civil e de processo civil, não tem de haver inventario orphanologico, quando os menores ou pessoas a elles equiparadas sejam legatarios, e que estes não podem licitar. A applicação, porem, desta doutrina ao tercenario legatario, sendo certo que não são determinados os bens que lhe pertencem, parece-nos completamente inadmissivel.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Jnnior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Mannel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Mannel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI

DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1563, pagina 55)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 32. É aceitavel a modificação introduzida pela proposta no artigo 1922.º n.º 2.º, e deveria ser tambem modificada a redacção do n.º 4.º do mesmo artigo e do § unico do artigo 1920.º — 33. A doutrina admittida na proposta ácerca da successão dos filhos perfilhados aos avós não está em harmonia com o systema do Codigo ácerca da successão dos descendentes illegitimos, quando concorram com descendentes legitimos á herança do ascendente commum. A proposta que a este respeito foi apresentada na camara dos pares pelo digno par conselheiro Telles de Vasconcellos representa uma verdadeira iniquidade. Conveniencia de se esclarecerem algumas duvidas que o artigo 1994.º suscita.

32. O artigo 1922.º n.º 2.º do Codigo civil é assim additado pela proposta:

«O numero de paginas que contem, *excepto quando o testamento se achar escripto em uma só folha de duas ou de quatro paginas.*»

Nos documentos que foram publicados junctamente com a proposta e projecto, e em que se encontram as duvidas de

interpretação que os juizes do Supremo Tribunal e das relações intendiam que deviam ser resolvidas, nenhuma foi formulada ácerca do numero referido. Certo é, porem, que, embora não haja perigo de substituição de folhas no testamento cerrado, quando este esteja escripto só numa, e já se tenha por esse factio julgado¹ que, sendo o testamento escripto numa só folha de duas ou de quatro paginas, não constitue motivo de nullidade o não declarar o notario no auto de approvação o numero de paginas que o testamento contem, o numero citado do artigo 1922.º exige, sem distincção alguma, esta declaração, sob a pena de nullidade fulminada no artigo 1925.º, e que podem portanto ser annullados testamentos por uma verdadeira futilidade.

Por não haver sido rubricado pelo testador um testamento cerrado, escripto e assignado por elle numa só pagina, foi esse testamento annullado², e ninguem contestará que esta irregularidade, se como tal

¹ Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de março de 1896, na *Gazeta da relação de Lisboa*, 9.º anno, pagina 580.

² Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de maio de 1881, nesta *Revista*, volume 21.º, n.º 1062, pagina 350, e o que a respeito delle diz o conselheiro Dias Ferreira, *obra citada*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 442.

deve considerar-se, é ainda menos importante.

A annullação desse testamento é de per si sufficiente para mostrar que se deve modificar também a redacção do § unico do artigo 1920.º, e cumpre-nos ainda chamar a attenção para o n.º 4.º do artigo 1922.º

Tem-se julgado que, apesar de neste numero se exigir a declaração expressa no auto de approvação de que o testamento *não contem borrão, entrelinha, emenda ou nota marginal*, é valido o testamento em que o tabellião declara que elle *não contem borrão, entrelinha, nem cousa que duvida faça*; — que não importa nullidade a falta de declaração de que o testamento contem emendas, quando as não haja; — e que a formula — *nem cousa que duvida faça* — equivale á de que — *não contem borrão, entrelinha, emenda ou nota marginal*¹.

Achamos razoavel esta jurisprudencia², mas não podemos deixar de declarar que a letra da lei parece contrarial-a, e conveniente seria por isso que no n.º 4.º do artigo 1922.º se eliminassem as palavras — *ou não*, tanto mais que em alguns accordãos se tem applicado rigorosamente o que naquelle numero se dispõe³.

33. O artigo 1989.º é assim modificado na proposta:

«Para os filhos illegitimos succederem *ab intestato* a seus paes, e demais ascendentes, devem ser perfilhados ou reconhecidos legalmente.»

Pretende a proposta, introduzindo esta modificação no artigo 1989.º, resolver

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1897, na *Gazeta da relação de Lisboa*, tomo 12.º, pagina 122, o da relação do Porto de 30 de abril de 1887, nesta *Revista*, volume 21.º, n.º 1054, pagina 215, e de 9 de fevereiro de 1897, na *Revista dos tribunaes*, volume 15.º, pagina 277, e o da relação de Lisboa de 29 de agosto de 1888, no *Direito*, volume 22.º, pagina 30.

² Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1408, pagina 344.

³ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de março de 1881 e de 17 de janeiro de 1893, nesta *Revista*, volume 21.º, n.º 1062, pagina 350, e volume 33.º, n.º 1465, pagina 166.

uma das questões mais largamente debalidas na nossa jurisprudencia e sobre a qual os nossos tribunaes, durante alguns annos, tantas vezes se pronunciaram em sentido encontrado. Tractando-se exclusivamente de uma questão de direito e recaindo as decisões proferidas sobre interesses importantissimos, esta falta de uniformidade não podia deixar de abalar o prestigio do poder judicial, tornando-se por isso necessario que o poder legislativo interviésse, interpretando authenticamente as disposições do Codigo ou alterando-as, e pondo assim termo á questão. Tardia foi essa intervenção, e, se a proposta fôr approvada nos termos em que está formulada, é inconveniente quanto á forma por que se realisa e inaceitavel relativamente á doutrina que por ella se sanciona.

Afirmámos que se havia firmado a jurisprudencia de que o lillo perfilhado não succede ao avô, e que o poder judicial, pronunciando-se nesse sentido, havia interpretado a lei devidamente¹. A nossa affirmativa baseava-se em que o Supremo Tribunal de Justiça ha muitos annos seguia nos seus accordãos, sem excepção alguma que conhecessemos, essa doutrina, e, para se vêr que correspondia á verdade, reproduziremos as seguintes palavras do conselheiro Dias Ferreira, que ninguem considerará hostil á proposta.

«Hoje é tão constante a jurisprudencia «do Supremo Tribunal de Justiça e dos «tribunaes de 2.ª instancia no sentido de «não reconhecer ao lillo perfilhado direito «á successão dos avós, nem por direito «proprio nem por direito de representacção, que não vale a pena estar a citar «accordãos neste sentido, devendo apenas «notar-se que rara será a decisão em que «são excluidos os perfilhados da successão «legal aos avós, que não contenha alguma «ou algumas assignaturas — *vencido* — em «favor da successão do lillo illegitimo

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 35.º, n.º 1555, pagina 514.

«aos demais ascendentes illegítimos, alem «do pae.»¹

E o que no parecer sobre as emendas diz a commissão de legislação civil da camara dos deputados, de que o conselheiro Dias Ferreira é presidente, confirma tambem o que dissemos. Defendendo a doutrina do projecto, que é a mesma da proposta, diz essa commissão: «A solução «que o projecto dá a este assumpto *auctorisa-se em numerosos accordãos antigos e modernos como o de 17 de março de 1903.*»

Quem, para afirmar que ha accordãos *modernos* com que o projecto *se auctorisa*, cita o accordão de 17 de março de 1903, é porque não encontrou outro que podesse citar. E temos disso a mais firme convicção, porque, sendo a proposta de 7 de fevereiro e o projecto de 9 de março, não podiam auctorisar-se com um accordão proferido no dia 17 deste mês. O auctor da proposta não procurou, pois, neste caso, «*surprender qual fosse a jurisprudencia adoptada*»; fez uma surpresa á jurisprudencia, e que parece ter produzido resultado, pois é de suppôr que o accordão citado se auctorisaria com a proposta e o projecto, visto estes imprimirem character interpretativo á modificação introduzida no artigo 1989.º, e vamos tendo assim a confirmação de que, embora se não attribua á proposta effeito retroactivo, os tribunaes não deixarão de lh'o attribuir.

O accordão citado do Supremo Tribunal de Justiça causou um certo abalo, como não podia deixar de succeder, em todas as pessoas que veem no prestigio do poder judicial a melhor garantia dos direitos individuaes, e sem hesitação affirmamos que, se foi devido á proposta que estamos apreciando, começaram já a produzir-se, antes de ser convertida em lei, os máus resultados que della derivarão. Fixando o Supremo Tribunal de Justiça a jurisprudencia de que o filho perfilhado não succede ao avô, mantendo essa juris-

prudencia inalteravelmente ha mais de vinte annos, o poder legislativo não devia vir declarar que elle havia errado, nem o Supremo Tribunal devia reconhecer o proprio erro. Neste caso, se é verdadeiro, e cremos que ninguem o tem posto em duvida, o principio de que pela uniformidade da jurisprudencia se firma a unidade da legislação, não deve a opinião de tres juizes sobrepôr-se á doutrina seguida pelo tribunal de que são membros.

Ainda não lemos o accordão citado. Cremos, todavia, que não se adduzirão nelle, em favor da doutrina que seguiu, novos argumentos, pois, se ha questões que nos dominios da exegese devam considerar-se exgotadas, aquella a que nos estamos referindo sem duvida pertence a esse numero.

Leva-nos esta consideração, e o fim destas *Observações*, a não tractarmos do assumpto, sob esse ponto de vista, com largo desenvolvimento. Necessario é, porem, que succintamente analysemos a doutrina do Codigo, pois que é nos principios que elle assenta ácerca da successão dos ascendentes e descendentes que deve inspirar-se a sua projectada reforma, attento o fim que por ella se teve em vista attingir.

Temos sustentado nesta *Revista* que o neto perfilhado não succede ao avô, mantendo sempre a mesma doutrina¹. Alguns jurisconsultos abalizados, influenciados talvez pelas hesitações que houve a principio nas decisões dos tribunaes, mudaram de parecer, tendo emittido primeiramente opinião contraria á doutrina que seguimos e perfilhando esta nos seus ultimos trabalhos².

Derivando da lei o direito de successão legitima (artigo 1735.º), e tendo os

¹ Veja-se o volume 3.º, n.º 152, pagina 769, volume 4.º, n.º 194, pagina 597, volume 8.º, n.º 383, pagina 298, volume 14.º, n.º 712, pagina 573.

² Veja-se Delfim d'Oliveira Maia, *Collecção de escriptos juridicos*, paginas 241, 269 e 289, conselheiro Dias Ferreira, *Direito successorio dos filhos perfilhados á herança do avô*, e a obra citada, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 495.

¹ Veja-se a obra citada, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 497.

filhos perfilhados apenas reconhecido nesta o direito de successão relativamente aos paes (artigos 129.º n.º 3.º, 1785.º, e 1989.º a 1992.º), não pode deixar de concluir-se que não são chamados *ab intestato* á successão dos avós. E mais se fortalecerá essa convicção em quem attender ao disposto nos artigos 1988.º e 1999.º, e fizer o confronto entre os artigos 1985.º e 1989.º e entre as epigraphes das respectivas sub-seccões, pois desse confronto resulta que a exclusão do filho perfilhado da successão dos avós foi intencional¹.

Os mais ponderosos argumentos com que se tem pretendido combater esta doutrina são deduzidos — do artigo 1999.º, pelo qual teem o direito de succeder ao filho perfilhado os ascendentes do segundo grau, o que, sendo o direito de successão reciproco, não pode deixar de levar á conclusão de que os filhos perfilhados tambem succedem aos ascendentes do segundo grau, — do artigo 2005.º, pelo qual, na linha transversal, os parentes illegítimos succedem de preferencia aos legitimos, e succedem tambem a estes, quando não tenham parentes legitimos dentro do decimo grau, — e dos artigos 1969.º n.º 1.º e 1981.º, pelos quaes é deferida a successão e reconhecido o direito de representação na linha descendente, sem excepção ou restricção alguma².

Pelo que respeita ao direito de representação, vê-se, approximando os artigos 1981.º, 1986.º e 1987.º, que só foi estabelecido para os descendentes legitimos, pois só relativamente a estes foi regulado, e necessario é limitar a disposição do artigo 1969.º n.º 1.º ao primeiro grau da linha descendente pelo que respeita aos parentes illegítimos, em virtude do que expressamente se dispõe no artigo 1989.º e nos outros artigos já citados.

Quanto aos argumentos deduzidos dos artigos 1999.º e 2005.º, apenas traduzem

uma lastimavel incoherencia da parte do legislador, que bem revela a necessidade de alterar as disposições do Codigo relativamente á successão dos filhos perfilhados. Nesta parte estamos plenamente de accôrdo com o notavel jurisconsulto conselheiro Joaquim Bernardo Soares, que diz que o artigo 1999.º representa, «negando-se a successão dos netos illegítimos, uma affronta, um insulto á logica e ao bom senso e o mais revoltante «menosprezo dos eternos principios da «justiça e da egualdade perante a lei.»

Não discutiremos aqui qual é preferivel, se o systema que admite os filhos illegítimos á successão havendo lillios legitimos, se o que os exclue da successão em concorrência com estes. Admittida pelo nosso Codigo nestas condições a successão do filho illegítimo ao pae e deste e dos outros ascendentes ao lillho illegítimo, não pode deixar de admittir-se, como consecario, a successão do filho perfilhado ao avô.

Em que bases deve assentar, porem, a successão dos filhos perfilhados ao avô, quando concorram com outros descendentes legitimos?

A proposta limita-se a enunciar o principio de que os lillhos perfilhados succedem aos paes e demais ascendentes, e, succedendo elles por direito de representação, não poderá deixar de ser seguida pela jurisprudencia a doutrina de que ficam com os mesmos direitos que seus paes teriam se fossem vivos.

Assim, se o pae é lillho legitimo, os seus descendentes perfilhados terão, concorrendo á herança do avô, os mesmos direitos que os filhos legitimos deste ou os descendentes legitimos desses lillhos. A limitação da quota hereditaria dos filhos perfilhados só se verificará relativamente aos irmãos, se concorrerem com elles e estes forem filhos legitimos.

Sendo o pae lillho illegítimo, os seus descendentes, quer sejam legitimos quer illegítimos, terão os mesmos direitos á successão do avô que seu pae teria, e a sua quota hereditaria sairá do cumulo da herança ou da quota disponivel, conforme

¹ Veja-se o dr. Paiva Pitta, *A successão dos filhos illegítimos*.

² Veja-se o *Direito*, volume 7.º, pagina 273, e volume 8.º, pagina 161.

a perfilhação do pae se tenha dado antes ou depois de realizado o matrimonio.

É esta doutrina que, como dissemos, deriva do principio da representação definida no artigo 1980.º, applicada sempre na linha recta descendente pelo artigo 1981.º e regulada no artigo 1987.º, em que, ao contrario do que se dá com os lillos de irmãos do fallecido e sem plausivel justificação para tal differença, os descendentes, embora concorram todos representativamente, succederão por estirpes ou formando ramos e não por cabeça ou em partes eguaes.

Será accetavel?

Na camara dos pares foi o artigo 1989.º da proposta muito impugnado como attentatorio dos direitos dos descendentes legitimos.

Mais do que um orador se referiu a este ponto, e temos motivos para conjecturar que o citado artigo da proposta seja modificado, sendo excluidos os lillos perfilhados da successão dos avós, quando concorram com descendentes legitimos.

O digno par conselheiro Telles de Vasconcellos formulou pelo menos essa doutrina na seguinte proposta: «Os filhos illegitimos quando tenham sido perfilhados ou reconhecidos legalmente succedem *ab intestato* a seus paes, e tambem «aos mais ascendentes, quando estes não «tenham descendentes legitimos.»

Afigurando-se-nos que não é accetavel a doutrina da proposta, pois reconhece nos descendentes illegitimos os mesmos direitos que aos legitimos, não se harmonisando assim com os principios consignados no Codigo que, em homenagem á familia legitimamente constituida, attribue mais direitos aos parentes legitimos, a proposta que transcrevemos é ainda mais inaccetavel; chega a ser iniqua.

Em poucas palavras o demonstraremos.

Por essa proposta são excluidos da successão do avô os netos que sejam lillos illegitimos, sendo todavia chamados os avós á successão desses netos como herdeiros legitimarios, e ficando portanto,

sempre que haja descendentes legitimos, excluidos os irmãos dos netos e os descendentes desses irmãos não só da successão reciproca entre elles, mas tambem da successão no patrimonio dos avós.

Sendo muito contestavel a preferencia que na successão legitima se dá aos ascendentes do segundo gráu, para os quaes todavia se estabeleceu legitima, relativamente aos irmãos do fallecido, no caso sujeito essa preferencia representa uma revoltante iniquidade, pois que por ella e em virtude dos laços de sangue, que a lei, para defender a instituição da familia legitima, admite para esta e desconhece para a illegitima, se attribuem direitos aos descendentes legitimos dos avós, excluindo-se os illegitimos, havendo todavia entre elles os mesmos laços de sangue.

Se pela successão dos descendentes illegitimos não deve prejudicar-se a familia legitimamente constituida, é revoltante que esta se locuplete á custa da illegitima. Nenhuma responsabilidade tem os filhos de haverem sido procreados fóra do matrimonio, sendo certo todavia que este facto os colloca no meio social em caracteristica inferioridade e, em regra, numa lastimavel situação relativamente á familia legitima. E a lei civil, que não exclue nem devia excluir o pae dos filhos perfilhados da successão aos seus ascendentes, vem aggravar a situação desses lillos, excluindo-os da successão nos bens dos ascendentes do pae, e, não satisfeita com isso, não só attribue aos parentes legitimos o direito exclusivo á successão dos bens que pertenceriam ao pae do lillo perfilhado, se sobrevivesse ao avô, mas nos proprios bens do lillo perfilhado, se fallecer antes do avô.

Nem sequer se deixa na familia illegitima o que della é, indo privar os irmãos do lillo perfilhado, que com este viveram supportando as agruras da vida que para elles tão difficil se torna, da successão nos seus bens, para com elles enriquecerem o patrimonio de quem talvez sempre os desprezasse!

Para honra do parlamento portuguez cremos que a proposta do conselheiro

Telles de Vasconcellos não será aprovada.

Por essa proposta não só se offendem os principios da justiça, mas estabelece-se uma doutrina que está em flagrante contradicção com a consignada no Codigo ácerca da successão *ab intestato* dos parentes illegítimos na linha transversal.

No proximo numero o demonstraremos, e, como esta materia está intimamente relacionada com a da successão dos parentes illegítimos em linha recta, exporemos a nossa opinião ácerca das modificações que no Codigo civil devem ser introduzidas, depois de havermos exposto e criticado o systema que elle adoptou ácerca da successão dos parentes illegítimos na linha transversal.

As considerações que acabamos de fazer são sufficientes para mostrar que, se pelo artigo 1989.º da proposta se não acata o systema do Codigo relativamente aos direitos que attribue á familia legitima, pelas modificações que nessa proposta pretende introduzir o conselheiro Telles de Vasconcellos sancionar-se-á uma verdadeira iniquidade, locupletando-se a familia legitima á custa da illegitima.

Relativamente á successão na linha recta limita-se a proposta a modificar o artigo 1989.º Não podemos, porem, deixar de chamar a attenção para o artigo 1994.º, cuja combinação com os artigos 129.º n.º 3.º, 1785.º, 1988.º a 1992.º, 1999.º, e 2000.º a 2005.º offerece difficuldades.

O artigo 1994.º preceitua que, se o filho illegitimo houver fallecido sem posteridade e sem consorte sobrevivente, devolver-se-á a herança por inteiro *aos paes que o houverem reconhecido*.

Por estas palavras parece estabelecer-se distincção entre perfilhação voluntaria e judicial pelo que respeita á successão, sendo excluidos os paes desta no caso de a perfilhação haver sido feita judicialmente.

É desta opinião o illustre commentador do Codigo civil, que diz que «seria pro-
«fundamente iniquo reconhecer o direito
«successorio bem como o patrio poder

«aos paes que contestaram a paternidade, «permittindo-lhes aproveitar-se de uma «sêntença que os condemnou a reconhecer os laços de sangue.» E acrescenta que da successão do filho perfillado judicialmente são excluidos tambem os avós, pois «a contestação da paternidade torna «a linha do pae inteiramente estranha ao «filho sempre que dos interesses della se «tracte, excluindo da successão do filho «illegitimo não só o pae, senão tambem «os ascendentes do segundo gráu e se- «guintes, que não podem ser chamados «a succeder-lhe, visto não provir a ex- «clusão do pae da incapacidade ou indi- «gnidade nos termos do artigo 1979.º».

Esta doutrina é muito contestavel, e conveniente seria que o legislador esclarecesse as duvidas que a redacção do artigo 1994.º suscita.

Pelo que respeita aos ascendentes do segundo gráu, consideramos esta doutrina completamente arbitraria, em face do disposto no artigo 1999.º, e relativamente aos paes ha motivo para duvidar se por um argumento *a contrario sensu* se poderá firmar, em face dos artigos 175.º, 1785.º, 1988.º a 1992.º, e 2000.º a 2005.º a doutrina de que elles são excluidos da successão dos filhos, havendo estes sido reconhecidos judicialmente, tanto mais que só são excluidos do poder paternal, em virtude do disposto no artigo 166.º, quando hajam contestado a paternidade, e que mesmo neste caso teem direito a pedir alimentos por força do disposto no artigo 175.º

Em todo o caso é da maior conveniencia que se resolvam estas duvidas.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1564, pagina 70)

II

Crítica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 34. Concordamos com a interpretação que a proposta dá aos artigos 2000.º a 2003.º e com a que se dá no parecer da comissão de legislação civil da camara dos deputados ao artigo 2005.º, salva a redacção. — 35. Modificações que devem introduzir-se no Código relativamente á successão legitima na linha recta e na transversal.

34. Os artigos 2000.º a 2003.º do Código civil foram assim interpretados na proposta:

«Artigo 2000.º Se o fallecido não deixar «ascendentes nem descendentes, e não «disporer dos seus bens, herdarão os «irmãos legitimos e os descendentes *legitimos* destes.

«Artigo 2001.º Se o fallecido deixar, ao «mesmo tempo, irmãos germanos e irmãos «consanguineos ou uterinos, haverá cada «um dos irmãos germanos *o dobro da* «parte que pertencer a cada um dos outros «irmãos.

«§ unico. Como está.

«Artigo 2002.º Na falta de irmãos legi-
«timos e de descendentes *legitimos deste*,
«herdarão do mesmo modo os irmãos per-
«fillhados ou reconhecidos.

«Artigo 2003.º Na falta de descenden-
«tes, ascendentes, irmãos legitimos e des-
«cendentes *legitimos destes, e de irmãos*
«*perfillhados ou reconhecidos*, succederá o
«conjuge sobrevivivo, excepto achando-se
«judicialmente separado de pessoas e
«bens por culpa sua.»

Sobre estes artigos da proposta, em que se resolvem algumas duvidas que os artigos correspondentes do Código civil suscitavam, foram apresentadas na camara dos deputados muitas propostas. Reproduzimos a parte do parecer da comissão de legislação civil respeitante a ellas, attenta a importancia do assumpto.

(Artigos 2000.º a 2005.º do Código civil)

«1.ª Proposta do sr. deputado Francisco
«Medeiros:

«Artigo 2000.º Se o fallecido não deixar
«ascendentes nem descendentes, e não
«disporer dos seus bens, herdarão os
«irmão legitimos e illegitimos e os des-
«cendentes delles.

«Artigo 2001.º Se o fallecido deixar ao mesmo tempo irmãos germanos ou legitimos e irmãos consanguineos ou uterinos ou illegitimos, haverá cada um dos irmãos germanos ou legitimos o dobro da parte que pertencer a cada um dos outros irmãos.

«Artigo 2002.º A mesma disposição se observará quando concorrerem descendentes de irmãos germanos ou legitimos com descendentes de irmãos consanguineos ou uterinos ou illegitimos.

«Artigo 2003.º Como está no Codigo e não em o projecto.

«Artigo 2005.º Os transversaes, a que se refere o artigo antecedente, são tanto os legitimos como os illegitimos, observando-se em todo o caso a regra do artigo 2001.º

«Esta proposta representa o desejo de profundas modificações no direito actual, o que se não compadece, de forma alguma, com a indole do projecto.

«Não a pode acceitar a vossa commissão.

«2.ª Proposta do mesmo sr. deputado :

«Artigo 2005.º Para o caso não esperado de não ser acceita a respectiva proposta, que apresentei na sessão de 26 do corrente mês¹, proponho que este artigo seja addicionado com as palavras «legitimos ou illegitimos» em seguida á palavra «transversaes», e com a palavra «legitimos» em seguida ás palavras «outros parentes».

«Não concorda a vossa commissão com esta proposta, que altera a doutrina do Codigo, e é de parecer que o artigo 2005.º fique assim redigido :

«Artigo 2005.º Á herança de transversal legitimo não é chamado filho illegitimo, emquanto houver transversal legitimo dentro do decimo gráu e á herança de filho illegitimo não é chamado transversal legitimo, emquanto houver transversal perfilhado dentro do decimo gráu.

¹ Essa proposta é a que, no parecer da vossa commissão, antecede esta.»

«3.ª Proposta do sr. deputado Vaz «Ferreira :

«Proponho, quanto ao artigo 2000.º, que se substituam as palavras «os irmãos legitimos» pelas «os irmãos que forem filhos legitimos»; e que se lhe acrescente o seguinte :

«§ unico. Se o fallecido fór filho pertillado ou reconhecido, os seus irmãos germanos pertillados ou reconhecidos e os descendentes legitimos destes herdarão junctamente com os irmãos lillos legitimos e nos termos do artigo seguinte.

«A resolução da duvida apresentada tira-se dos artigos 2000.º e 2001.º

«Os irmãos perfilhados não teem irmãos legitimos.

«Para elles, tanto são illegitimos os filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe, como os reconhecidos.

«Não ha, pois, separações entre elles; todos succedem indistinctamente, observando-se a regra do artigo 2001.º, isto é, tendo os germanos o dobro da parte que pertencer aos irmãos consanguineos ou uterinos.

«O artigo 2000.º, usando da phrase «irmãos legitimos», refere-se á successão do irmão legitimo, que deixar irmãos legitimos ou descendentes legitimos destes.

«O artigo 2001.º não emprega palavras de onde se infira que se refere só aos irmãos legitimos, e por isso abrange tanto os legitimos como os pertillados.

«Não acceila a vossa commissão, pelos motivos expostos, a proposta do sr. deputado Vaz Ferreira.

«4.ª Proposta do sr. deputado Almeida «Serra :

«Proponho que o artigo 2000.º seja substituido pela seguinte forma :

«Se o fallecido não deixar descendentes nem ascendentes e não dispozer de seus bens herdarão os seus irmãos legitimos e os pertillados, ou os descendentes destes, tanto legitimos como illegitimos, tendo sido perfilhados, com

«observancia do disposto no artigo seguinte.

«Proponho que seja supprimido o artigo 2002.º

«Não concorda a vossa commissão com esta proposta.

«Precisamente do confronto dos artigos 2000.º e 2002.º é que resulta:

«a) Que só na falta de irmãos legítimos e seus descendentes legítimos, succedem os irmãos perflilhados;

«b) Que os filhos perflilhados não succedem *ab intestato* ao irmão legítimo do pae perflilhante, em concorrência com os filhos legítimos do outro irmão, também legítimo, do tio commum fallecido.

«Esta doutrina, seguida por grande numero de accordãos (como os da relação de Lisboa de 19 de julho de 1893, 31 de janeiro de 1894, etc., etc.), e sustentada por notaveis juriconsultos, como o sr. conselheiro Francisco Antonio da Veiga Beirão (*Direitos successorios dos illegítimos perflilhados*, Lisboa, 1893, paginas 21, 22 e 23) e outros, parece á vossa commissão a unica que pode harmonisar as disposições dos artigos 2000.º e 2002.º

«Cortar este ultimo, como a proposta quer, não é harmonisar.

«5.ª Proposta do sr. deputado Reis Torgal:

«O artigo 2002.º deveria redigir-se assim: entre irmãos legítimos e illegítimos, devidamente reconhecidos, e descendentes destes, o direito de successão é reciproco.

«É contraria á doutrina do Codigo, e por isso a não acceta a vossa commissão.»

Sobre a successão *ab intestato* dos parentes illegítimos na linha transversal escrevemos nesta *Revista*¹ um longo artigo, em que procurámos interpretar os artigos 2000.º a 2005.º A doutrina que expozemos, e que julgamos ser a verda-

deira, resume-se no seguinte: O Codigo defere a successão de um filho legítimo ao irmão filho perflilhado, mas não aos descendentes deste, legítimos ou perflilhados, só na falta de irmãos legítimos do autor da herança ou de descendentes legítimos destes, e defere do mesmo modo a successão do filho perflilhado ao irmão filho legítimo, mas não aos descendentes deste tanto legítimos como illegítimos, na falta de irmãos perflilhados (artigo 2002.º).

Por este artigo, os filhos perflilhados só são chamados á successão dos irmãos que sejam filhos legítimos, quando não haja irmãos legítimos ou descendentes legítimos destes, e, neste caso, os irmãos perflilhados succedem, excluindo o conjuge sobrevivente e os outros transversaes dentro do decimo gráu; e do mesmo modo os filhos legítimos succedem, mas não os seus descendentes legítimos ou perflilhados, aos irmãos que sejam filhos perflilhados, quando não haja irmãos perflilhados, excluindo os descendentes destes, o conjuge sobrevivente e os outros parentes illegítimos dentro do decimo gráu.

Alem do segundo gráu, os filhos illegítimos não succedem aos transversaes legítimos de seus paes e estes aos filhos illegítimos, salvo, no primeiro caso, quando não haja transversaes legítimos dentro do decimo gráu, e, no segundo, transversaes illegítimos dentro do mesmo gráu (artigo 2005.º).

Fundamentámos largamente esta doutrina, criticando a que é seguida pelo conselheiro Dias Ferreira e em alguns accordãos, e cumpre-nos registrar que a interpretação que a proposta dá aos artigos referidos é a mesma que expozemos no logar citado. Sob o ponto de vista exegetico estamos, pois, de accordo com a proposta, e apenas notaremos que na redacção do artigo 2005.º ha um equivoco. Não deve dizer-se: «*A herança do transversal legítimo não é chamado filho illegítimo*», mas: «*A herança do filho legítimo não é chamado transversal illegítimo*».

Para se vêr que houve equivoco, basta notar que o filho legítimo pode ser transversal illegítimo.

¹ Veja-se o volume 35.º, n.º 1525, pagina 35.

Na ultima parte do artigo tambem se deve substituir a expressão — *transversal perfilhado* — por — *transversal illegitimo*. A legitimidade ou illegitimidade não se dá em relação a cada geração, mas em relação ao tronco commum.

Pela interpretação que demos aos artigos 2000.º a 2005.º, e que a proposta, salva a redacção, seguiu, ha perfeita reciprocidade entre parentes legitimos e illegitimos na linha transversal. Não temos, pois, que propôr modificações pelo que respeita á doutrina. Outro tanto se não dá pelo que respeita á redacção.

O artigo 2001.º é applicavel tanto aos irmãos legitimos como aos perfilhados por força do disposto no artigo 2002.º, mas parece-nos conveniente, visto que á successão entre os irmãos perfilhados se applicam os mesmos principios que á successão entre os legitimos, que se faça expressamente essa declaração no artigo 2000.º Ficarão assim mais harmonicas as disposições do Codigo, e não haverá duvidas de interpretação.

Cumpre-nos ainda notar, pelo que respeita á successão legitima na linha transversal, que ha entre o artigo 2001.º e 1236.º uma incoherencia, a que já nos referimos, e uma duvida que o artigo 1969.º n.º 3.º, combinado com os artigos 1970.º e 1982.º, suscita, e conveniente seria que aquella fosse eliminada e esta resolvida.

Pelo artigo 2001.º, se o fallecido deixar ao mesmo tempo irmãos germanos e irmãos consanguineos ou uterinos, haverão os irmãos germanos dobrada parte da herança, mas, pelo artigo 1236.º, os irmãos consanguineos ou uterinos são excluidos da successão, quando o fallecimento do filho tenha acontecido encontrando-se o pae ou a mãe no estado de binubos, o que aliás não succede se os filhos fallecerem depois de o pae ou mãe haverem enviuvado pela segunda vez.

Ora não é facil descobrir a razão por que se excluem da successão do irmão, durante os matrimonios posteriores ao primeiro, os irmãos uterinos ou consanguineos, e são chamados á successão

egualmente, por intermedio do pae ou mãe que enviuvaram e não tornaram a contrahir segundas nupcias e em metade da quota hereditaria dos irmãos germanos, quando estes falleçam depois do binubo.

Para que desapareça esta incoherencia, deve consignar-se no artigo 2001.º a disposição de que os irmãos consanguineos e uterinos não succedem nos bens que os irmãos germanos tenham herdado de seus fallecidos paes ou mães, quando haja irmãos germanos ou descendentes legitimos destes, nos termos do artigo 1236.º

Quanto á duvida suscitada pelo artigo 1969.º n.º 3.º em confronto com os artigos 1970.º e 1982.º, consiste ella em determinar se os descendentes de irmãos do autor da herança em qualquer gráu excluem quaesquer outros parentes transversaes ainda que estejam em gráu mais proximo.

Tractámos já desenvolvidamente deste assumpto, sustentando a affirmativa¹.

Para nós o artigo 1970.º não estabelece uma disposição de character absoluto mas relativo aos herdeiros de cada um dos grupos do artigo 1969.º, applicando-se aos parentes de cada grupo, uns em relação aos outros, e não aos herdeiros que pertençam a grupos diferentes. Notámos, porem, que havia uma certa incongruencia entre o artigo 1969.º n.º 3.º, pelo qual se preferem os descendentes de irmãos a quaesquer outros collateraes, e o artigo 1982.º, pelo qual o direito de representação só se verifica, na linha collateral, relativamente aos descendentes em primeiro gráu de irmãos do testador, quando se devia manter indefinidamente para esses descendentes.

Parecia-nos conveniente que desaparecesse esta incongruencia, e, alterando-se nesse sentido a disposição do artigo 1982.º, não se torna necessario modificar a redacção do artigo 1970.º

¹ Veja-se o volume 26.º, n.º 1236, pagina 309, e volume 29.º, n.ºs 1325 e 1326, paginas 105 e 116.

Quando se não faça a referida alteração no artigo 1982.º, deve consignar-se no artigo 1970.º que o parente mais proximo em gráu em cada um dos grupos estabelecidos no artigo antecedente excluirá o mais remoto.

35. Pelas considerações que fizemos ácerca da successão *ab intestato* dos parentes illegítimos em concorrência com parentes legítimos na linha recta e na transversal vê-se que, se é accetável a doutrina consignada na proposta pelo que respeita á linha transversal, pois não representa mais do que a interpretação das disposições exaradas no Código, não succede o mesmo relativamente á linha recta.

No systema do Código aos filhos legítimos são reconhecidos mais direitos que aos illegítimos, e, sancionada esta doutrina pelo que respeita aos filhos, incoherente será que se reconheça aos netos illegítimos direitos eguaes aos dos legítimos.

Se é inaccetável a doutrina da proposta, mais o é ainda a da proposta do conselheiro Telles de Vasconcellos, em que se não acata o principio da reciprocidade, o qual deve constituir uma maxima fundamental em materia de successão legitima.

Em que sentido se deverá, porem, modificar o Código?

Reconhecemos a gravidade do assumpto, a qual deriva principalmente de não se deverem introduzir profundas alterações no systema do Código, tornando-se apenas coherentes algumas das suas disposições com os principios em que esse systema assenta.

É assim que, admittido o principio de que os ascendentes do segundo gráu e seguintes succedem aos filhos perillhados ou reconhecidos, e, por outro lado, que na successão dos descendentes do segundo gráu e seguintes ha sempre o direito de representação, embora todos estejam no mesmo gráu, e portanto a successão por estirpes e não por cabeça, a solução mais racional, por ser a mais coherente com estes principios e com o que se acha consignado no artigo 1785.º,

será a que attribua aos descendentes legítimos ou illegítimos do filho perillhado o mesmo direito que este teria se fosse vivo, e aos descendentes perillhados de filho legitimo uma quota hereditaria egual á que este teria se fosse filho perillhado. Não julgamos racional attribuir neste caso aos descendentes perillhados de filho legitimo mais direitos do que aos descendentes legítimos de filho perillhado, e tambem se nos afigura inadmissível que sejam excluidos da successão, quando aos ascendentes se reconhece a qualidade de herdeiros legítimos delles.

É esta a solução que julgamos mais defensavel dentro do systema do Código, devendo em todo o caso declarar que bem longe estamos de julgar accetáveis todas as disposições que o formam.

Assim, não vemos que haja razão alguma para chamar á successão *ab intestato* os descendentes dos irmãos, quando se tracta só de irmãos legítimos, e para os excluir, quando os irmãos legítimos succedem aos illegítimos ou vice-versa. É necessario, porem, ter sempre em consideração, sobretudo em materia de successão legitima e legitima, que a proposta tem character interpretativo. É factos bem recentes teem posto em relevo, de modo evidente, as considerações que fizemos no primeiro artigo de critica á proposta.

Em harmonia com as idéas expostas, intendemos que em materia de successão legitima deviam ser modificados, e pela forma abaixo indicada, os seguintes artigos:

Artigo 1970.º O parente mais proximo em gráu excluirá, dentro de cada um dos grupos estabelecidos no artigo antecedente, o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que este vigora.

Artigo 1989.º Para os filhos illegítimos e seus descendentes succederem *ab intestato* a seus paes e demais ascendentes, devem ser perillhados ou reconhecidos legalmente.

Artigo 1990.º Se o filho illegitimo, perillhado ou reconhecido, e os seus des-

cedentes legítimos ou perfillhados, não concorrerem com posteridade legítima, herdarão todos os bens de seus paes e demais ascendentes, nos termos dos artigos 1986.º e 1987.º¹

Artigo 1991.º Se os descendentes illegítimos concorrerem á herança com descendentes legítimos observar-se-á o seguinte:

1.º Concorrendo filhos perfillhados ou reconhecidos com filhos legítimos ou descendentes legítimos destes, herdarão na proporção e nos termos estabelecidos no artigo 1785.º;

2.º Concorrendo descendentes de filhos perfillhados terão, nos termos do artigo 1987.º, a parte que pertenceria a seus paes, se fossem vivos;

3.º Concorrendo descendentes illegítimos de filho legítimo terão direito á mesma legítima que seria attribuida ao pae se fosse filho perfillhado.

Artigo 1994.º Se o filho perfillhado fallecer sem posteridade e sem consorte sobrevivo, devolver-se-á a herança por inteiro aos paes.

Artigo 2000.º Se o fallecido fór filho legítimo, não deixar descendentes nem ascendentes, e não disporer dos seus bens, herdarão os irmãos legítimos e os descendentes legítimos destes, e, se fór perfillhado, herdarão os irmãos perfillhados e os descendentes destes.

§ unico. Esta disposição não é applicavel aos bens que os irmãos germanos herdarem de seus fallecidos pae ou mãe, emquanto tiverem irmãos germanos.

Artigo 2002.º Na falta de irmãos legítimos e de descendentes legítimos destes, herdarão os irmãos perfillhados, e, na falta de irmãos perfillhados, os irmãos filhos legítimos.

Artigo 2005.º Á herança de filho legítimo não é chamado transversal illegítimo, emquanto houver transversal legítimo dentro do decimo gráu, e á herança de filho illegítimo não é chamado transversal legítimo, emquanto houver transversal illegítimo dentro do mesmo gráu.

(Continúa).

¹ Sendo approvedo assim o artigo 1990.º, deverá a sub-seccção II, sob que elle está collocado, inscrever-se — «Da successão dos descendentes illegítimos».

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1565, pagina 86)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 36. São descabidas as palavras — *ou authenticados* — que a proposta introduz no artigo 2087.º, devendo esse artigo ficar como está no Código ou supprir-se a palavra — *authenticos*. — 37. O additamento que a proposta faz ao artigo 2098.º deve ser supprido e bem assim as palavras — *para o calculo da terça*, que se leem nesse artigo. Modificações que deve introduzir-se na redacção do artigo 1.º.

36. A redacção do artigo 2087.º é assim modificada na proposta:

«As questões que se suscitarem sobre a habilitação dos herdeiros indicados pelo cabeça de casal, ou dos que concorrerem ao inventario, ou ácerca da propriedade dos bens hereditarios, ou da sua qualidade de não partiveis, que não possam ser resolvidas pela simples inspecção de documentos authenticos *ou authenticados*, serão resolvidas pelas vias ordinarias, sem prejuizo da continuação do inventario e partilha.»

Para que se comprehenda bem o fim que teve em vista o auctor da proposta, introduzindo no artigo 2087.º as palavras — *ou authenticados*, reproduzimos a duvida que ácerca desse artigo foi formulada pelos juizes do Supremo Tribunal de Justiça:

«Os documentos, pelos quaes o juiz pode resolver as questões suscitadas no inventario, são apenas os authenticos, segundo o artigo 2087.º do Código civil, ou são tambem os particulares, nos termos do § 1.º do artigo 724.º do Código de processo civil?»

Na opinião do conselheiro Dias Ferreira, o § 1.º do artigo 724.º modificou o artigo 2087.º do Código civil: «Ainda que pelos artigos 704.º e 724.º, que viéram modificar o Código civil, artigo 2087.º, são hoje attendidos no inventario tambem os documentos authenticados, e mesmo os particulares, faz excepção o caso especial da impugnação da legitimidade dos interessados, os quaes não de habilitar-se nos termos dos artigos 343.º a 346.º, desde que não possa resolver-se a materia da impugnação pela simples inspecção de documentos authenticos.»¹

¹ Código de processo civil annotado, tomo 2.º, pagina 184

Não julgamos que tenha verdadeira razão de ser a duvida apresentada pelos juizes do Supremo Tribunal de Justiça, e afigura-se-nos menos verdadeira a doutrina exposta pelo illustre commentador do Codigo de processo civil.

As palavras — *documentos authenticos*, que se leem nos artigos 2087.º do Codigo civil e 699.º § 1.º do Codigo de processo civil, não são tomadas no seu sentido rigoroso, isto é, não comprehendem apenas os documentos authenticos officiaes ou extra-officiaes, definidos nos artigos 2422.º e 2423.º do Codigo civil; abrangem tambem os documentos que, sendo particulares, hajam sido reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos. Estes documentos, a que o Codigo dá a designação de *legalizados*, teem, nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, a mesma força probatoria que os documentos authenticos, excepto nos casos em que a lei ordenar o contrario, não sendo admissivel a prova de testemunhas em contrario ou alem do contendo desses escriptos, quando não sejam arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia. Tendo os documentos legalizados a mesma força probatoria que os authenticos, é obvio que, podendo resolver-se num inventario, pela simples inspecção delles, uma questão, não deve o juiz remetter as partes para o processo ordinario.

Nem pode dizer-se que o artigo 2087.º abre uma excepção á disposição generica consignada nos artigos 2432.º e 2433.º, e que o proprio artigo 2432.º se refere a ella nas palavras — *excepto nos casos em que a lei ordenar outra cousa*. Esta excepção respeita unicamente aos casos em que a lei exige documento authenticos para a prova de um acto juridico, como para a venda de bens immobiliarios de quantia superior a 50\$000 réis e do mutuo que exceda a 400\$000 réis, e não á força probatoria do documento.

Quando o acto juridico possa provar-se por documento particular, e que este se ache legalizado, tem a mesma força probatoria que o documento authenticos. Esta disposição não soffre excepção alguma.

O artigo 2087.º abrange, pois, os documentos *legalizados*, e, se alguma duvida deixasse a este respeito a redacção desse artigo, teria ella sido resolvida pelo artigo 724.º § 1.º do Codigo de processo civil que falla em *documentos* sem fazer distincção alguma.

Não significa este facto que devam ser decididas no inventario todas as questões para prova das quaes haja documentos particulares, como sustenta o conselheiro Dias Ferreira. Desde que o proprio artigo declara que essas questões só podem ser resolvidas no inventario pela *simples inspecção de documentos*, é incontestavel que só pode referir-se aos documentos authenticos ou aos particulares que tenham a mesma força probatoria que elles, isto é, que façam prova plena entre as partes, ou entre os seus herdeiros e representantes, e portanto aos escriptos particulares *legalizados*.

O escripto particular, que não haja sido reconhecido pela parte ou não seja havido judicialmente como reconhecido, apenas poderá, em certas condições, constituir principio de prova que deva ser completada pela prova testemunhal. Não pode, pois, pela simples inspecção delle, resolver-se em juizo uma questão.

Não tractaremos aqui, reservando esse assumpto para o logar proprio, das duvidas que suscitam os artigos 2432.º e 2433.º do Codigo civil, nem das que suscitaram os artigos 46.º, 858.º, 992.º, 1149.º n.º 3.º, 1434.º, 1534.º e outros do Codigo, emquanto se não definiu o que eram *documentos authenticos* no § unico do artigo 83.º do decreto de 14 de setembro de 1900, que reorganizou os serviços do notariado. Diremos em todo o caso que, considerando-se documento authenticos «o titulo particular passado «nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º «do Codigo civil, ou nos termos especiaes «de qualquer outra disposição legal, e «reconhecido authenticamente» (decreto citado, artigo 83.º §. unico), e sendo *reconhecimento authenticos* o que é feito por notario na presença das partes e de duas testemunhas (Codigo civil, artigo 2436.º

§ unico, e decreto citado, artigo 83.º), na expressão — *documento authenticado* — não se comprehendem: a) os documentos que hajam sido reconhecidos pelas partes por meio de confissão judicial, já voluntariamente nos articulados ou por termo nos autos, já em depoimento de parte (Codigo civil, artigos 2411.º e 2435.º, e Codigo de processo civil, artigo 217.º), já por se haver requerido exãme da letra e a parte a quem o escripto fôr attribuido deixar de comparecer em juizo sem motivo justificado, tendo sido pessoalmente citada, ou se recusar a escrever as palavras que lhe forem dictadas (Codigo de processo civil, artigo 249.º § 4.º); b) os documentos particulares havidos judicialmente como reconhecidos, isto é, os que por meio de exame e de testemunhas se haja provado pertencerem ás pessoas em cujo nome se dizem feitos e lhes forem attribuidos em sentença; c) os documentos em que apenas haja sido reconhecida a letra e a assignatura, quando a lei só exige esse reconhecimento e não o authenticado para prova do acto, como uma procuração escripta e assignada pelo mandante (Codigo civil, artigo 1322.º).

Não pode haver duvida alguma de que todos estes documentos, que não são authenticos nem authenticados, teem a mesma força probatoria que estes, não nos sendo possivel descobrir o motivo por que não foram incluidos pelo auctor da proposta no artigo 2087.º

No Codigo civil emprega-se em diversos artigos a expressão — *documentos authenticos ou authenticados*, a qual exclue os *legalizados*; mas este emprego dá-se em disposições relativas á prova dos actos juridicos, e não quando se tracta, como no artigo referido, da força probatoria dos documentos.

O que deixamos dicto é sufficiente para mostrar que é inaceitavel o additamento da palavra — *authenticados* — ao artigo 2087.º Este artigo ou deve ficar redigido como está, pois que as palavras — *documentos authenticos* — comprehendem todos os que, embora não o sejam na sua origem, ficam tendo, por qualquer formalidade realisada posteriormente, a mesma

efficacia quanto á prova, ou deve supprimir-se a palavra — *authenticos*, como fez o proprio legislador no artigo 724.º § 1.º do Codigo de processo civil, sendo que as palavras — *que não possam ser resolvidas pela simples inspecção* — são sufficientes para significarem que os documentos a que se referem são os authenticos ou os que, quanto á força probatoria, teem os mesmos effeitos.

37. O artigo 2098.º é assim additado na proposta:

«Diz-se collação a restituição que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo autor della para o calculo da terça e egualação da partilha, *haja ou não necessidade de proceder-se á reduccão.*»

Demonstrámos já¹ que a collação não tinha por fim o calculo da terça, mas a egualação da partilha, e tanto basta para mostrar que são descabidas e inconvenientes as palavras que pela proposta foram additadas a este artigo. Nada teriamos até que acrescentar ás sensatas considerações que a este respeito fez um nosso illustrado assignante em correspondencia publicada nesta *Revista*², se não reconhecessemos que o additamento feito ao artigo 2098.º, e que neste está completamente deslocado, tem por fim resolver uma das questões mais graves que na nossa jurisprudencia se tem suscitado.

Eis o modo por que a expõe o notavel juriconsulto Joaquim Bernardo Soares:

«As disposições do artigo 1790.º § 1.º e 2098.º do Codigo civil, que dispõem sobre o calculo da terça havendo collação de bens doados, dão logar a «duvida.

«O artigo 2098.º, prescrevendo a collação e conferencia dos bens doados para o effeito do calculo da terça e egualação da partilha, é generico e leva

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 35.º, n.º 1559, pagina 58½.

² Veja-se o volume 36.º, n.º 1561, pagina 22.

«a concluir que a terça tem de sair não «só dos bens que o autor da herança «tinha ao seu fallecimento, mas também «dos valores doados e conferidos.

«Mas o artigo 1790.º § 1.º dispendo «que, para o *efeito da redução da doação*, a terça seja calculada sobre o espólio «do autor da herança e dos valores doados, parece excluir este calculo nos «casos em que não haja logar a redução. «A duvida subsiste havendo julgados en- «contrados. Assim, cumpre resolver-a.»

Parece-nos que foi a indicação desta duvida que levou o auctor da proposta a introduzir no artigo 2098.º as palavras — *haja ou não necessidade de proceder-se á redução*, resolvendo assim a questão no sentido de que as doações feitas em vida e que devem ser conferidas pelo coherdeiro donatario entram sempre no calculo da terça.

Concordamos com a doutrina, mas de modo algum podemos admitir a alteração que se introduz no artigo referido. A unica modificação que nesse artigo deve fazer-se é supprimir as palavras — *para o calculo da terça*.

Este calculo faz-se, nos termos do artigo 1790.º § 1.º, entrando ficticiamente os bens doados para o cumulo da herança, o que deve fazer-se sempre que, para o computo da legitima, tenha de determinar-se a quota disponivel do autor da herança, quer os donatarios sejam descendentes, caso em que ha collação, quer sejam ascendentes ou um estranho, caso em que a não ha.

As palavras do § citado — *para o efeito da redução*, e a collocação delle sob a epigraphe *da legitima e das doações inofficiosas*, parece, porem, indicarem que o processo nelle preceituado só é empregado para calcular a quota disponivel quando haja doações inofficiosas, devendo essa quota ser calculada, em qualquer outra hypothese, sobre os bens que houver na herança. E era assim que o auctor do Projecto do Codigo civil interpretava o artigo 1922.º correspondente ao artigo 1790.º do Codigo: «Quando se achar «que o fallecido, dizia elle, nas suas libe-

«ralidades excedeu a quota disponivel, «ou, por outras palavras, quando a terça «dos bens existentes não chegar para «suppril-as e algum herdeiro legitimario «se achar desfalcado, tem então logar a «redução, e neste caso deve fazer-se o «calculo na forma do artigo 1922.º»¹

Esta doutrina, que é sustentada pelo conceituado commentador do Codigo civil², e foi seguida em alguns accordãos³, tem sido, em nossa opinião, victoriosamente combatida. Assim, no artigo 2098.º dispõe-se expressamente que a collação dos bens doados tem por fim o *calculo da terça*, e portanto nenhuma duvida ha de que, nesse caso, a quota disponivel deve ser determinada tendo em consideração esses bens; — os bens doados em vida devem entrar ficticiamente na herança para se determinar se o testador dispoz de mais bens do que lhe era permitido dispôr, sendo só por esse meio que, em regra, se pode verificar se as doações são ou não inofficiosas e tornar-se effectivo o que o Codigo dispõe nos artigos 1784.º a 1789.º; — as doações em vida, que não sejam feitas por conta da legitima ou a excedam, hão de sair da quota disponivel de que ficam constituindo parte, e para a fixação dessa quota não podem admitir-se duas medidas, mas uma só, a qual fica determinada pelo quantitativo das legitimas⁴.

Convencem-nos estas razões de que não ha calculo diverso para a quota disponivel conforme se dê ou não a inofficiosidade das doações. Sempre que haja doações em vida, estas devem entrar ficticiamente na herança para o computo da quota disponivel.

¹ Resposta do auctor do Projecto do Codigo civil ás Observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, pagina 104.

² Codigo civil portuguez annotado, 2.º edição, tomo 3.º, pagina 342.

³ Accordão da relação do Porto de 22 de janeiro de 1875, nesta Revista, volume 10.º, n.º 477, pagina 133.

⁴ Veja-se esta Revista, volume 3.º, n.º 128, pagina 379, volume 7.º, n.º 348, pagina 568, volume 9.º, n.º 424, pagina 116, *Direito*, 2.º anno, pagina 548, *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, paginas 274 e 337, e dr. João Arroyo, *Estudo sobre a successão legitima*, paginas 194 e seguintes.

Esta doutrina pode ser claramente consignada no Código, resolvendo-se as duvidas que o § 1.º do artigo 1790.º tem suscitado, por uma simples modificação na redacção deste artigo. Basta supprimir as palavras — *para o effeito da redução*, ou substituil-as pelas seguintes: *para a determinação desta quota*.

No artigo 2098.º fica completamente deslocada, parecendo deprender-se das palavras — *haja ou não necessidade de proceder-se á redução*, que o excesso sobre a legitima, que o coherdeiro donatario deve repôr, tambem entra na collação; doutrina que é completamente inadmissivel.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1566, pagina 101)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARIO. — 38. A doutrina consignada no § unico que a proposta addita ao artigo 2145.º do Codigo civil é contraria aos principios neste formulados e nenhuma razão ha para os modificar. — 39. É desnecessaria a modificação feita pela proposta no artigo 2250.º

38. A proposta addita ao artigo 2145.º o seguinte :

«§ unico. As tornas em bens rendosos, «resultantes da partilha, vencem o juro «estabelecido por lei, a contar da data da «sentença que julgar a partilha.»

Consignando na proposta esta disposição, leve o seu auctor em vista resolver uma questão debatida na imprensa juridica¹ e sobre a qual tem havido nos tri-

bunaes decisões encontradas¹ — se pelas tornas em partilhas, quando não hajam sido estipulados juros, estes são devidos desde a sentença que as julgou ou só desde a interpeção judicial.

Sustentámos nesta *Revista* a doutrina de que pelas tornas em partilhas não são devidos juros senão desde a interpeção judicial; neste sentido se tem pronunciado ultimamente a jurisprudencia, e bastará uma critica resumida das razões que tem sido adduzidas em favor da doutrina contraria para se vêr que é completamente inaceitavel em face dos principios sancionados no Codigo civil. Essas razões, que se encontram expostas no accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de dezembro de 1881, são as seguintes :

a) No artigo 2142.º do Codigo civil preceitua-se que a partilha deve ser feita com a maior egualdade, e essa egualdade

Carvalho, *Manual do processo de inventario*, pagina 186; *Direito*, volume 12.º, pagina 83, e volume 17.º, pagina 419; conselheiro Dias Ferreira, *Codigo de processo civil portuguez annotado*, volume 2.º, pagina 207.

¹ Vejam-se dois accordãos, em sentido encontrado, do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de dezembro de 1881 nesta *Revista*, volume 22.º, n.º 1085, paginas 157 e 158; e os da relação do Porto de 10 de janeiro de 1879 no *Direito*, volume 11.º, pagina 30, de 23 de abril de 1880 no *Direito*, volume 13.º, pagina 80, e de 19 de maio de 1882 no *Direito*, volume 14.º, pagina 427.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 8.º, n.º 368, pagina 56; *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 5.º anno, paginas 179, 209, 226 e 245; dr. Eduardo

desappareceria completamente, permitindo-se que o coherdeiro obrigado a tornas pelos valores que leva a mais na sua quota hereditaria usufruisse os bens sobre que recaem as tornas nada pagando aos coherdeiros a quem essas tornas são devidas;

b) No nosso fôro foi sempre doutrina corrente, como intendiam muitos praxistas, que as tornas venciam juro;

c) E, quando não houvesse lei pela qual devesse ser julgada a questão, era-lhe applicavel a disposição consignada no artigo 16.º, que manda decidir os casos omissos pelos principios de direito natural, o qual não permite que ninguém se locuplete á custa alheia; mas

d) Pelo alvará de 14 de dezembro de 1775, § 9.º, com referencia ao § 12.º das resoluções de 1 de julho de 1770, as tornas vencem juro, e, sendo esta materia omissa no Codigo civil, deve nessa parte reputar-se em vigor o supracitado alvará.

Para se vêr que os argumentos invocados não são procedentes, basta attender ao disposto no artigo 2393.º do Codigo civil. Preceitua-se neste artigo que a responsabilidade proveniente de não execução de contractos será regulada pelas disposições dos artigos 702.º e seguintes, e que a responsabilidade, *que derivar de quaesquer outras obrigações, rege-se-á pelos mesmos principios, em tudo aquillo a que estes forem applicaveis.* Em face desta disposição, tem de applicar-se á obrigação de dar tornas em virtude da sentença que julgou as partilhas o preceito consignado no artigo 732.º, com referencia aos artigos 711.º e 720.º, e desse preceito resulta que á obrigação do pagamento das tornas só se accumularão, como indemnisação de perdas e danos, os juros estabelecidos por lei desde o dia em que o devedor haja sido interpellado.

Não se tracta, pois, de materia que o Codigo civil não abranja e relativamente á qual ficasse portanto subsistindo, nos termos do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, a legislação anterior, nem de um caso omissos para cuja resolução tenha

de recorrer-se, como direito subsidiario, aos principios de direito natural. O Codigo contem a respeito della uma disposição generica, a qual não admite excepção que não se ache expressamente consignada na lei.

Contra esse preceito, que é, em nossa opinião, terminante, não pode invocar-se o principio da egualdade nas partilhas, o qual não é offendido desde que o coherdeiro, que fica com direito ás tornas, tem a faculdade de intimar judicialmente o devedor para que as pague, ficando, desde esse momento, com direito aos juros fixados na lei. Se o não faz, *sibi imputet.*

Foi todavia nesse principio que se baseou o auctor da proposta, como se vê da critica que a commissão de legislação civil da camara dos deputados fez a uma proposta do deputado Ovidio d'Alpoim. Eis o que a este respeito se lê no respectivo parecer:

(Artigo 1500.º do Codigo civil)

«Proposta do sr. deputado Ovidio d'Alpoim:

«Artigo 1500.º Substituir as palavras «do projecto «da data da sentença que «julgar a partilha» por «da data em que «forem pedidos judicialmente, excepto se «houver accôrdo em contrario».

«É de parecer a vossa commissão que «as tornas devem vencer juros desde a «sentença que julgar a partilha.

«Determinando o Codigo que as partilhas se hão de fazer com a maxima «egualdade, este principio desappareceria «desde que se permitisse que um coherdeiro, obrigado a tornas pelo que levou «a mais na quota hereditaria, lucre e «gose ainda o rendimento desses valores.

«É desde a sentença que se constitue «a obrigação de tornas, desde ahi que a «pessoa obrigada fica *pleno jure* responsável pelos bens e tambem pelos juros, «os quaes não são mais que os rendimentos desses bens que a outrem pertencem.

«Não acceita, pois, a vossa commissão «a emenda proposta.»

(Artigo 2145.º do Código civil)

«1.ª Proposta do sr. deputado Ovidio d'Alpoim :

«Artigo 2145.º § unico. Substituir o «§ unico pelo seguinte :

«§ unico. As tornas que em qualquer «caso resultarem das partilhas, vencerão «o juro estabelecido por lei, nos termos «do artigo 1500.º»

«Não concorda a vossa comissão com «esta proposta pelos motivos expostos a «proposito do artigo 1500.º»

Vimos já que a modificação introduzida pela proposta no artigo 1500.º era inaceitavel, e notaremos agora que a aproximação que se faz entre este artigo e o artigo 2145.º só pode attribuir-se ao facto de não se haver attendido a que o artigo 1500.º regula um caso especial, a que de modo algum pode applicar-se a disposição generica sobre tornas que pela proposta se pretende additar ao artigo 2145.º

No caso do artigo 1500.º, a reposição feita pelo coherdeiro donatario respeita a bens que este já tem em seu poder *ao tempo em que se abre a herança* e que, em virtude de a doação *ser inofficiosa*, teem de entrar no cumulo da mesma herança para que sejam preenchidas as legitimas. Sendo assim, o que a justiça exige é que os fructos ou rendimentos dos bens que o coherdeiro donatario tem de repôr pertençam á herança desde que esta se abre, e é o que se acha claramente preceituado na segunda parte do artigo 1505.º, que a proposta não modificou.

No caso do artigo 2145.º as tornas são devidas *pela sentença de partilha*, sendo esta effectuada *sobre bens que estão na herança*. Para que a partilha se faça, pois, com egualdade, não é necessario que as tornas vençam o juro da lei. Esses juros só se vencem posteriormente á partilha e quando o coherdeiro a quem são devidas as tornas já tem direito a exigir a importancia dellas.

Não nos parece, portanto, que seja defensavel a doutrina consignada no § unico que a proposta addita ao artigo

2145.º, pois é contraria aos principios consignados no Código, e a proposta tem character interpretativo, e não ha razão alguma para que as disposições do Código sejam modificadas.

Quando se reconhecesse, porem, a necessidade de alterar o Código, não se deveria fazer a distincção entre bens rendosos e bens que o não são. Desde que o coherdeiro tem de repôr tornas e estas se fazem em dinheiro, é inillirrente que os bens, por que a ellas fica obrigado, sejam rendosos ou não.

Assim o intendeu a comissão de legislação civil da camara dos deputados, que approvou a seguinte proposta do deputado Reis Torgal :

«No artigo 2145.º § unico elimina- «rem-se as palavras «bens *rendosos*», dizendo a respeito della no seu parecer o seguinte :

«Acceita a vossa comissão esta pro- «posta, sendo de parecer que se eliminem «tambem as palavras «ou em dinheiro» «para o effecto de ficarem vencendo juros «todas as tornas resultantes de partilha.»

39. A redacção do artigo 2250.º é assim modificada na proposta :

«O usufructo, constituido em proveito «de varias pessoas vivas ao tempo em «que se torna *effectivo o direito do primeiro usufructuario*, só acaba por morte da «ultima que sobreviver.»

Esta modificação, que é exclusivamente de redacção, não se nos afigura necessaria, pois que a nossa jurisprudencia tem considerado synonymas as expressões dos artigos 2199.º e 2250.º: *ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario e ao tempo da sua constituição*.

E a comissão de legislação civil da camara assim o reconhece tambem, lendo-se a este respeito o seguinte no seu parecer :

(Artigo 2250.º do Código civil)

«Proposta do sr. deputado Francisco «Medeiros :

«Artigo 2250.º O usufructo constituido «em proveito de varias pessoas vivas ao

«tempo da sua constituição ou da abertura da herança, só acaba por morte da última que sobreviver.

«As palavras do artigo 2250.º do Código civil «ao tempo da constituição do usufructo» significavam o mesmo que as empregadas no artigo 2199.º: «ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario».

«Tractando-se do usufructo dado em testamento, fica constituido quando este se abre, e assim quando se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario.

«No usufructo dado em contracto é o mesmo.»

Estas palavras mostram-nos que é desnecessaria, e portanto não devia fazer-se, a modificação que a proposta introduz no artigo 2250.º

(Continúa)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Gúilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1568, pagina 132)

II

Critica do artigo 1.º da proposta (continuação)

SUMMARY. — 40. O § unico que a proposta addita ao artigo 2313.º não resolve todas as duvidas que acerca deste artigo se tem suscitado. A disposição desse artigo deve ser ampliada a todas as servidões de transito, seja qual fór o seu fim ou titulo de aquisição. — 41. É inaceitavel o motivo por que a comissão de legislação civil da camara dos deputados rejeitou as propostas em que eram interpretados alguns artigos a que a proposta do governo se não refere.

40. Ao artigo 2313.º é additado pela proposta o seguinte:

«§ unico. A disposição deste artigo é applicavel ás servidões de transito, qualquer que tenha sido o titulo da sua constituição. No caso de ter havido indemnisação, será esta restituida pelo desonerado.»

Suscitou-se na jurisprudencia a duvida, motivada principalmente pelas ultimas palavras do artigo 2313.º — *comtanto que o desonerado restitua a indemnisação recebida*, se o preceito neste artigo consignado

era applicavel só ás servidões constituidas por titulo oneroso, ou se abrangia tambem as que fossem constituidas por qualquer outro titulo. Neste sentido decide a proposta a questão, parecendo-nos accetavel a doutrina nella estabelecida.

Tendo por fim o legislador, ao attribuir ao proprietario do predio serviente a faculdade de fazer cessar a servidão, quando esta se torne desnecessaria ou haja a possibilidade de communicação igualmente commoda com a via publica, libertar a terra em beneficio da agricultura, não devia admittir-se a restricção ás servidões que fossem constituidas por titulo oneroso; nem essa restricção era auctorizada pela parte final do artigo 2313.º, porquanto, se este artigo impunha ao proprietario do predio serviente a obrigação de restituir a indemnisação recebida, não excluia a sua applicação, quando na constituição da servidão não tivesse havido indemnisação dos prejuizos por ella causados.

Concordando com a doutrina consignada no § que a proposta addita ao artigo 2313.º, parece-nos todavia que ella não resolve as questões mais graves que o artigo suscita, e que, para esclarecer a que nella é visada, bastaria uma simples modificação na redacção do artigo 2313.º, não havendo necessidade de lhe additar um § unico.

O acrescentamento das palavras — *no caso de a ter havido* — exprimiriam de um modo inequivoco o pensamento do auctor da proposta.

Vejam, porem, as duvidas que o artigo 2313.º suscita, e que a proposta não esclarece.

O artigo 2313.º será applicavel a quaesquer servidões de passagem, ou só ás que tenham sido constituídas nos termos dos artigos 2309.º a 2311.º, isto é, em beneficio de terrenos encravados, ou que não tenham communicação alguma com a via publica?

Revogaria o Codigo civil o § 12.º do alvará de 9 de julho de 1773, em que se preceitua que «todos os caminhos e «atravessadouros particulares, feitos pelas «propriedades tambem particulares, que «se não dirigem a fontes ou pontes, com «manifesta utilidade publica, ou a fazendas, que não possam ter outra alguma «serventia, sejam vedados e abolidos por «officio dos juizes, posto que de taes servidões se alleguem as posses immemoriaes, que são repugnantes á liberdade «natural, quando não consta que para «ellas precederam titulos legitimos, que, «conforme o direito excluam a acção «negatoria»?

O que significam as palavras — *igualmente commoda*?

O deputado dr. Manuel Homem de Mello apresentou, no intuito de resolver as duvidas enunciadas em primeiro e segundo lugar, a seguinte proposta:

«Artigo 2313.º Como está no Codigo, «acrescentando-se-lhe o seguinte:

«§ unico. A disposição deste artigo é «applicavel ás servidões de transito, qual- «quer que tenha sido o titulo da sua «adquisição e hajam ou não sido adquiridas por virtude de encravamento de «predios, e bem assim aos atravessadouros de interesse publico. No caso «de ter havido indemnisação, será esta «restituida pelo desonerado.»

Esta proposta foi, porem, rejeitada pela commissão de legislação civil, que diz ácerca della no seu parecer:

«Intende a vossa commissão que não «deve acceitar-se esta proposta. Aos «atravessadouros publicos não se refere «o Codigo civil.»

Temos sustentado nesta *Revista* que o Codigo não regula nas disposições geraes sobre servidões, apesar do preceituado no artigo 2278.º, os atravessadouros que tenham sido constituídos em beneficio do publico ou dos habitantes de certas circumscripções. Esses atravessadouros, constituindo uma limitação do direito de propriedade, e sendo designados no Codigo pela palavra — *servidões*, não representam todavia um encargo em proveito directo de um predio, e não teem portanto o caracter proprio de uma servidão (artigo 2267.º), e dos trabalhos preparatorios do Codigo civil vê-se que foi intuito do seu auctor e da commissão revisora excluir do Codigo civil tudo o que respeitava a limitações da propriedade por motivos de utilidade publica¹.

Certo é, porem, que no artigo 440.º se encontra uma disposição applicavel a servidões desta natureza, e que alguns jurisconsultos teem sustentado que a disposição generica consignada no artigo 2313.º é applicavel tanto aos atravessadouros constituídos em beneficio de propriedades particulares, como aos que o tenham sido em beneficio do publico ou dos habitantes de certas circumscripções².

Não é, pois, uma questão liquida, como a commissão de legislação civil affirma no seu parecer, se o artigo 2313.º é applicavel ou não aos atravessadouros que não tenham a natureza de uma servidão. Quando, porem, o fosse, parecia-nos ainda assim conveniente que a proposta ampliasse o preceito do artigo 2313.º a todas as servidões de passagem, tanto ás que tenham sido constituídas em proveito de predios, sejam ou não encravados, como ás que o tenham sido por motivos de utilidade publica, harmoni-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 14.º, n.º 710, pagina 536, e volume 34.º, n.º 1510, pagina 342

² Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, tomo 5.º, paginas 71 e 72 da 1.ª edição.

sando-se o disposto no alvará de 9 de julho de 1773 com os principios consignados no Codigo.

Por este, artigo 440.º, o atravessadouro que se haja constituido sobre os terrenos marginaes de quaesquer correntes de agua para que os vizinhos possam aproveitar a necessaria para os seus gastos domesticos, pode cessar logo que, pela construção de alguma fonte publica, as pessoas a quem é attribuido esse direito possam haver sem grande difficuldade ou incommodo a agua de que carecerem, e as questões que a esse respeito se levantarem, excepto no tocante a indemnisações, serão resolvidas administrativamente.

Pelo alvará de 9 de julho de 1773 não só se mantem os atravessadouros constituidos por posse immemorial que se dirijam a fonte ou a ponte, mas quaesquer outros que se dirijam a egrejas, caminhos, etc., quando se baseem em titulo legitimo, que, conforme a direito, exclua a acção negatoria, não se reconhecendo aos proprietarios dos predios servientes o direito de, quando cesse a necessidade da servidão ou haja outro meio de comunicação com a via publica igualmente commoda, fazer cessar a servidão constituida sobre o seu predio.

Ora parece-nos indiscutivel que o principio de que a servidão cessa logo que della não haja necessidade, consignado no artigo 2313.º, se deve applicar a todas as servidões, seja qual fôr o seu titulo ou fim, e que deve portanto ampliar-se o preceito nelle consignado em harmonia com a proposta apresentada pelo deputado dr. Manuel Homem de Mello.

Sobre o artigo 2313.º apresentou o deputado dr. Francisco Medeiros a seguinte proposta, em que, alem de outras alterações á doutrina sancionada no Codigo, havia uma respeitante á parte em que se exige a possibilidade de comunicação igualmente commoda com a via publica:

«Artigo 2313.º A obrigação de prestar «passagem, nos termos do artigo 2309.º, «pode cessar, a requerimento do proprietario do predio serviente, cessando a «necessidade da servidão, ou, se o dono

«do predio dominante tiver possibilidade «de comunicação commoda com a via «publica por terreno seu, comtanto que «o desonerado pague a respectiva indemnisação.

«§ 1.º A disposição deste artigo é applicavel ás mais servidões de transito, «qualquer que tenha sido o titulo da «sua aquisição, comtanto que tenham «variado as condições em que foram constituidas.

«§ 2.º A indemnisação será a que o «desonerado tiver recebido, ou, no caso «de a não ter havido, a que fôr judicialmente arbitrada em attenção ao prejuizo «soffrido pelo dono da servidão.»

A comissão de legislação civil declara que não acceitou esta proposta «por a «julgar contraria á doutrina do Codigo».

Tambem nos parece que a proposta é inacceptavel; mas conveniente seria que a comissão examinasse uma das difficuldades de interpretação que o artigo 2313.º tem suscitado e que essa proposta pretendia resolver.

Por este artigo, o dono do predio dominante só pode fazer cessar a servidão, havendo *possibilidade de comunicação igualmente commoda*, e alguns juriscultos sustentam que só ha comunicação igualmente commoda quando «a «*distancia, a natureza do caminho, etc., «seja a mesma*»¹.

Temos sustentado² que, para se verificar se a comunicação é igualmente commoda, não se deve attender a uma ou outra circumstancia isoladamente, mas a todas ás condições em que estava a antiga servidão de transito e em que fica a nova. É pelo conjuncto que a nova comunicação ficará sendo ou não igualmente commoda, e a redacção do artigo 2313.º deveria ser modificada de forma que excluísse quaesquer duvidas a esse respeito.

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, tomo 5.º da 1.ª edição, pagina 73.

² Veja-se esta *Revista*, volume 33.º, n.º 1485, pagina 487.

Em harmonia com as considerações expostas deveria ficar assim redigido o

Artigo 2313.º A obrigação de prestar passagem pode cessar a requerimento do proprietario do predio serviente, cessando a necessidade da servidão, ou, se o dono do predio dominante, por qualquer modo, tiver possibilidade de comunicação por terreno seu com a via publica que, attentas todas as circumstancias, seja egualmente commoda, comtanto que o desonerado restitua a indemnisação recebida no caso de a ter havido.

§ unico. O disposto neste artigo é applicavel a todas as servidões de transito, devendo as questões que se levantarem ácerca das que tenham sido constituidas por motivo de utilidade publica ser resolvidas administrativamente, excepto no tocante a indemnisações.

41. Termina no artigo 2313.º do Codigo civil o artigo 1.º da proposta.

Nas considerações geraes que fizemos ácerca della sustentámos que era deficientissima, não esclarecendo muitas duvidas que o Codigo civil suscita, apesar de ter havido ácerca de algumas decisões encontradas dos tribunaes. Na discussão parlamentar foi a proposta vivamente impugnada sob este ponto de vista, e alguns deputados apresentaram emendas em que eram interpretados artigos do Codigo que não foram incluidos no artigo 1.º da proposta.

Eis o que a esse respeito se lê no parecer sobre as emendas:

«Foram ainda apresentadas propostas «sobre alguns artigos do Codigo civil, de «que o projecto n.º 11 não tracta.

«Foram:

«1.º Proposta do sr. deputado Ovidio «de Alpoim:

«Que, interpretando o artigo 8.º do «Codigo civil, se elimine delle todo o «segundo periodo.

«2.º Proposta do sr. deputado Almeida «Serra:

«Que ao artigo 133.º se acrescente o «seguinte:

«3.º Quando se achar na posse de «estado nos termos do artigo 115.º o «pretensio filho poderá intentar a acção «de investigação de paternidade ou ma- «ternidade depois da morte dos pretensos «paes, embora fallecidos depois da maio- «ridade daquelle, comtanto que a acção «seja proposta no praso de quatro annos «a contar do fallecimento destes.

«3.º Propostas do sr. deputado Fran- «cisco Medeiros:

«Artigo 306.º A emancipação por ca- «samento, porem, só produzirá os seus «effeitos legaes, tendo o varão dezoito «annos completos e a mulher dezaseis, «e tendo sido o casamento competente- «mente auctorisado; mas o conjuge, que «attingir a respectiva idade declarada «neste artigo, administrará os bens do «outro conjuge emquanto este não chegar «á idade designada no mesmo artigo.

«§ unico. O que está no Codigo.

«Artigo 882.º . . .

«N.º 4.º Acrescentar no fim as pala- «vras: «que não pertencerem a terceiro».

«Artigo 1766.º Como está no Codigo.

«§ unico. Se a disposição não se tornar «effectiva emquanto aos bens, será todavia «valida emquanto ao seu valor.

«4.º Proposta do sr. deputado Reis «Torgal:

«Que no artigo 1966.º se eliminem «os n.ºs 1.º e 2.º

«5.º Propostas do sr. deputado Fran- «cisco Medeiros:

«Artigo 2373.º A indemnisação civil «resultante da infracção penal não de- «pende, em caso algum, da verificação «do facto punivel no juizo criminal.

«Artigo 2374.º A indemnisação civil «não pode cumular-se com a acção penal.

«Estas propostas referem-se a artigos «sobre que os tribunaes superiores não «apresentaram duvidas nem proferiram «decisões encontradas, e por isso não «cabem neste projecto.»

Não se nos afigura procedente o motivo allegado pela commissão de legislação civil para não tomar em consideração as propostas que ficam transcriptas.

Tendo a proposta de 7 de fevereiro por fim resolver as duvidas de interpretação que o Codigo civil tem suscitado, e imprimindo-se a este trabalho o character de uma revisão geral do Codigo, do qual deverá fazer-se, em harmonia com o disposto no artigo 2.º da proposta, uma nova publicação official, não deveriam ser excluidos os artigos sobre os quaes na imprensa juridica tenha havido diversas interpretações, e que podem dar logar a decisões encontradas dos tribunaes.

As consultas apresentadas pelos tribunaes superiores não constituem um trabalho completo sobre as duvidas que na sua applicação tem suscitado o Codigo civil; e, aberto o precedente de se interpretarem authenticamente os artigos do Codigo civil sobre que tenha havido decisões encontradas dos tribunaes, viremos a ter, se o trabalho de revisão do Codigo ficar muito deficiente, o poder legislativo a intervir, com grave perigo para os direitos dos cidadãos, na decisão dos pleitos, pelas interpretações que fór dando aos artigos do Codigo civil que suscitem essas decisões encontradas.

Se se reconhecer a necessidade de interpretar alguns artigos do Codigo civil, conveniente é, pois, para que esse perigo seja tanto quanto possivel attenuado, que se faça um trabalho completo, esclarecendo todas as duvidas de interpretação que em face do Codigo civil se teem levantado.

Nesse intuito e para cumprir um dos pontos do programma que traçámos ao encetar este trabalho, vamos indicar alguns artigos do Codigo que teem levantado du-

vidas e que a proposta não interpreta. E ácerca de alguns tem havido, como veremos, decisões encontradas dos tribunaes.

(Continúa).



REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1569, pagina 149)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 42. Deve harmonisar-se o disposto na segunda parte do artigo 8.º com o principio consignado na primeira, dando-se ás leis interpretativas effeito retroactivo. — 43. Modificações que devem introduzir-se nas disposições do Codigo relativas á aquisição e perda da qualidade de cidadão — 44. Deve consignar-se expressamente no Codigo o principio de que a lei territorial se applica á propriedade mobiliaria.

42. Notámos já¹ que havia entre a primeira e a segunda parte do artigo 8.º do Codigo civil flagrante contradicção. Na segunda parte *exceptua-se* do principio consignado na primeira a lei interpretativa, e prohibe-se ao mesmo tempo que seja applicada retroactivamente,

quando dessa applicação *resulte offensa de direitos adquiridos*. Ora a formula exarada na primeira parte — *A lei civil não tem effeito retroactivo* — significa que a nova lei não se applica aos factos realísados no seu dominio, quando sejam consequencias ou accessorios legaes de um facto effetuado no vigor da lei antiga ou elementos integrantes de um direito adquirido no dominio desta lei. É só nestes casos que da applicação da nova lei *resulta offensa de direitos adquiridos*, e portanto a lei interpretativa fica, pelo disposto no artigo 8.º, sujeita ao mesmo principio que a lei innovadora.

Deve, pois, harmonisar-se a disposição exarada na segunda parte deste artigo com o principio consignado na primeira, sujeitando a este claramente a lei interpretativa, ou estabelecendo-se relativamente a ella doutrina diversa.

Qual dos systemas é preferivel?

Discutiu-se largamente em ambas as camaras se as leis interpretativas devem ter effeito retroactivo, sustentando-se, por parte dos defensores da proposta, que não ha leis interpretativas propriamente dictas, e que não deve portanto estabelecer-se para ellas principio diverso do que está consignado no Codigo para as innovadoras. Em harmonia com esta doutrina,

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 35.º, n.º 1555, pagina 517.

o artigo 8.º do Código deveria ser assim redigido: «A lei civil, *ainda que seja interpretativa*, não tem effeito retroactivo.»

Em vez disso, porem, o parlamento approvou o artigo 3.º do projecto de lei em que se declara que «As disposições da presente lei regem apenas os actos jurídicos realisados e as successões abertas depois da sua promulgação».

Ora este artigo revela-nos não só que o parlamento admittiu a existencia de leis interpretativas propriamente ditas, o que aliás se inferia já da redacção do artigo 1.º da proposta, mas que viu que ellas continham, pelo que respeita á sua applicação no tempo, consequencias diversas das leis innovadoras. Vejamos.

É principio fundamental e indiscutivel em materia de applicação das leis no tempo que estas se não applicam a factos jurídicos passados. Como normas de vida social, as leis só existem desde a sua publicação; a sua applicação aos factos anteriores a esta seria portanto, na phrase de Demolombe, absurda em principio, e seria tambem perigosa nas suas consequencias, pois as relações jurídicas deixariam de ter a estabilidade que o regular desenvolvimento da actividade social requer.

Sendo assim, o artigo 3.º da proposta não teria, se não houvesse leis interpretativas propriamente ditas, alcance algum, representando uma completa superfluidade. A verdade, porem, é que ha leis interpretativas, e que até segundo a proposta devem ser applicadas algumas das suas interpretações, contra o disposto no artigo 3.º, a factos jurídicos passados anteriormente á promulgação da lei. É assim que as interpretações dadas aos artigos 1472.º, 1764.º § unico e 1694.º § unico não teriam razão alguma de ser, se não devessem resolver-se em harmonia com ellas quaesquer questões que se levantem sobre os factos jurídicos a que respeitam, os quaes só poderiam ser realisados anteriormente á promulgação do Código civil. E o effeito retroactivo que se dá ás interpretações destes artigos deveria ser attribuido a todas as interpretações da proposta.

Não estabelecendo as leis interpretativas direito novo, mas esclarecendo apenas o vigente, é, como já dissemos, consuetario inilludível que a lei interpretativa se integra na interpretada, formando com esta uma só lei, a qual deve ser applicada a todos os factos que se tenham dado no dominio da lei interpretada. Deve haver da parte do poder legislativo a maior prudencia no uso da facultadé de interpretar as leis, que lhe é attribuida pelo artigo 15.º § 6.º da Carta constitucional, mas o poder judicial não poderá deixar de acatar a interpretação que seja dada pelo proprio auctor da lei.

Em nossa opinião deveria, pois, ser supprimido o artigo 3.º da proposta e assim modificada a redacção do artigo 8.º do Código: «A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual será applicada retroactivamente, salvo nos casos em que a lei interpretada tenha sido definitivamente applicada.»

Redigido assim o artigo 8.º, não só se applicariam as leis interpretativas aos factos passados no dominio das leis interpretadas, mas ainda ás consequencias desses factos que se deem no dominio da nova lei, isto é, aos direitos adquiridos, quando não houvessem sido resolvidos por meio de sentença que passou em julgado ou por transacção. A proposta não esclarece este ponto, eliminando a contradicção que existe entre a primeira e a segunda parte do artigo, e conveniente seria que o fizesse.

43. Nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 18.º, deverá modificar-se a sua redacção, de modo que comprehendam todos os filhos illegitimos perfilhados que nasçam em territorio português. Assim, no n.º 1.º deveriam supprimir-se as palavras *mãe e só*, redigindo-o assim: «Os que nascem no reino, de pae português, ou de mãe portuguesa sendo filhos illegitimos», e no n.º 2.º acrescentar a palavra *mãe*, redigindo-o desta forma: «Os que nasçam no reino de pae ou mãe estrangeiros, comtanto que aquelle não resida . . .».

No artigo 19.º devem supprimir-se as palavras — *em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza*.

Em harmonia com o disposto no artigo 27.º, o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regidos pela lei do seu paiz, e não ha necessidade alguma de modificar esse principio em materia de naturalisação, tanto mais que esta, sendo um acto de graça do poder executivo, pode ser por elle concedida ou não, conforme lhe aprouver. Da disposição consignada no artigo 19.º já se concluiu que, para as declarações a que se referem os n.ºs 2.º e 3.º e §§ 1.º e 2.º do artigo 18.º tambem se exigia a maioridade ou emancipação segundo a lei portugueza e a lei estrangeira. Essa doutrina é inaceitavel, porquanto, sendo excepcional a disposição consignada no artigo 19.º, só pode applicar-se aos casos nesse artigo especificados. Conveniente é, porem, que em materia tão importante se eliminem todas as duvidas numa nova publicação official doCodigo.

A disposição consignada no n.º 2.º do artigo 22.º não tem, em parte, justificação possivel no estado actual das relações internacionaes, e está sendo letra morta. Baseando-se essa disposição na incompatibilidade entre os deveres geraes de cidadão e a situação em que este se colloque relativamente a um paiz ou governo estrangeiro, e não se dando essa incompatibilidade senão quando o cidadão portuguez fica na dependencia immediata de um governo estrangeiro na ordem politica, administrativa, judicial ou militar, no artigo 22.º n.º 2.º só deveria comminar-se a pena da perda da qualidade de cidadão portuguez ao que aceitasse funcções publicas de um governo estrangeiro, supprimindo-se as palavras — *graça, pensão ou condecoração*.

O n.º 3.º deste artigo deve ser eliminado. Não discutiremos se esse numero foi revogado pela Nova Reforma Penal, pois já emittimos a esse respeito a nossa opinião¹.

A pena da perda da qualidade de cidadão comminada ao que seja expulso do reino por sentença de nenhum modo pode justificar-se, já porque o individuo que perde a nacionalidade portugueza não adquire por esse facto a nacionalidade estrangeira, já porque o condemnado perde a nacionalidade durante o tempo em que está cumprindo uma pena que lhe foi imposta pelo proprio Estado a que pertencia. Notaremos ainda a contradicção que existe entre o n.º 3.º do artigo 22.º e o n.º 3.º do artigo 18.º, sendo que por este é considerado portuguez o que haja sido expulso do reino por sentença.

44. Nas disposições destinadas a regular os casos em que se applica, em materia de direito internacional, a lei portugueza ou a lei estrangeira, é conveniente que se completem algumas disposições.

No artigo 24.º consigna-se o principio de que os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua propriedade immobiliaria situada no reino. Desta disposição infere-se que a propriedade immobiliaria pertencente a cidadãos portuguezes e situada em paiz estrangeiro é regida pela lei territorial, e, attento o systema da egualdade que o nossoCodigo seguiu em materia de direito civil internacional, que a propriedade immobiliaria pertencente a estrangeiros e situada em Portugal é regida pela lei portugueza, como exige a soberania territorial e o interesse publico, é unanimemente reconhecido por todos os jurisconsultos e Códigos das diversas nações, se depreheende ainda do artigo 27.º e se acha expressamente consignado nos artigos 964.º e 1107.º relativamente aos effeitos da hypotheca e ás convenções antenupciaes. Quanto á propriedade mobiliaria nada dispõe, porem, oCodigo civil, sendo propositadamente que o seu auctor a omitiu.

«Poderá notar-se, diz elle, que se não encontra noCodigo disposição alguma expressa relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 34.º, n.º 1490, pagina 18, nota 2.

«os auctores, se deve ser regida pelo «Estatuto pessoal ou pelo Estatuto real. «Responderemos que muito de pensado «não tocámos este ponto para o deixar «aos principios geraes. Se esta proprie- «dade não entra na esphera das leis con- «cernentes á capacidade, ou na esphera «das leis immobiliarias; se não ha exce- «ção, fica evidente que estará sujeita á «lei geral do paiz. E que diz esta lei? «— que os estrangeiros terão os mesmos «direitos e obrigações civis que os portu- «guêses, emquanto aos actos que houve- «rem de produzir os seus effeitos no reino «(artigo 28.º). A palavra — *actos* — está «aquí na sua maior generalidade. Se os «moveis se acham em paiz estrangeiro; «se os actos praticados ácerca delles não «houverem de produzir os seus effeitos «no reino, é claro que a lei portugueza «os não pode alcançar; terá a seu re- «speito logar a disposição da lei estran- «geira, ou, por outras palavras, o direito «*rei sitæ*, que é a doutrina mais racional «e justa.»¹

Estas palavras do notavel auctor do projecto do Codigo civil podem ser diversamente interpretadas. É assim que, declarando que as cousas moveis não entram na esphera das leis que regulam as cousas immobiliarias, parece affirmar que não lhes é applicavel a *lex rei sitæ*, mas, affirmando ao mesmo tempo que as cousas moveis ficam sujeitas aos principios geraes, e tendo, por um destes principios, os estrangeiros em Portugal os mesmos direitos e obrigações civis que os cidadãos portuguezes (artigo 26.º), e não se mandando applicar a lei nacional daquelles senão ao estado e á capacidade civil (artigo 27.º), parece que a propriedade mobiliaria situada em Portugal é regida pela lei portuguesa, que é a *lex rei sitæ*.

As duvidas que havia sobre a lei reguladora da propriedade mobiliaria em direito internacional actuaram no espirito do visconde de Seabra, e afigura-se nos

que não nos afastaremos da verdade attribuído a essas duvidas a falta de uma disposição expressa no Codigo sobre tão importante assumpto. Entre os tractadistas de direito internacional ainda não existe accôrdo a este respeito, e nos Codigos acham-se sancionados os systemas de que a propriedade mobiliaria deve ser regida pela lei do domicilio do proprietario, pela lei territorial ou da sua situação e pela lei da nacionalidade do proprietario.

O primeiro e o ultimo systema estão sendo, porem, abandonados pelos mais abalisados tractadistas de direito civil internacional, não só pelos inconvenientes praticos que offerecem, mas tambem e principalmente pela consideração de que o interesse publico domina do mesmo modo a constituição da propriedade immobiliaria e da mobiliaria, sendo ás condições economicas do paiz que o legislador deve attender ao determinar as cousas que são susceptiveis de appropriação, os direitos que sobre ellas se podem exercer e as condições exigidas para a sua transferencia. Alem disso já desapareceram as causas que determinaram em direito internacional a distincção entre a propriedade immobiliaria e a mobiliaria pelo que respeita á sua lei reguladora — o valor preponderante daquella, e a relação intima que nos tempos feudaes se deu entre ella e o poder politico.

Escusado é notar que, tanto pelo que respeita á propriedade immobiliaria como á mobiliaria, o interesse publico só exige que o Estado as sujeite ás suas leis no que respeita á sua situação juridica ou organização, não sendo portanto regidos por ellas os direitos de successão relativamente a esses bens, os quaes são regulados pela lei nacional do autor da herança.

Em harmonia com as considerações expostas, intendemos que o artigo 24.º deveria ser assim redigido:

«Os portuguezes que viajam ou residem «em país estrangeiro conservam-se su- «jeitos ás leis portuguesas concernentes «ao seu estado e á sua capacidade civil; «as cousas immobiliarias e mobiliarias «situadas em Portugal serão regidas pela

¹ *Apostilla n.º 3 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho, pagina 19.*

«lei portugueza, qualquer que seja a nacionalidade do seu proprietario; a forma externa dos actos será regida pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.»

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CÓDIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1570, pagina 165)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 45. Modificações que devem introduzir-se nos artigos 25.º, 27.º, 28.º e 31.º do Código civil. — 46. No artigo 36.º deve declarar-se expressamente que o patrimonio das pessoas moraes que se extinguem só pertencerá ao Estado, quando pela lei organica das corporações, ou por vontade expressa das pessoas que hajam doado ou deixado os bens, estes não devam passar para instituições de beneficencia. — 47. Deve ser modificada a redacção dos artigos 40.º, 41.º, 44.º e 45.º

45. Nos artigos 25.º e 28.º em que se determina, sob o ponto de vista geral, qual é a competencia dos tribunaes portuguezes para decidir as questões que se levantem entre portuguezes e estrangeiros, é necessario introduzir algumas modificações para esclarecer duvidas que se teem suscitado. Algumas dessas duvidas foram resolvidas pelo artigo 20.º do Código de processo civil, em que se determina a

competencia especial dos tribunaes portuguezes para julgar as causas entre portuguezes e estrangeiros ou entre estrangeiros somente, quando não tenham domicilio no reino. Sendo, porem, no Código civil que se tracta da competencia geral dos nossos tribunaes de justiça em relação a estrangeiros, conveniente é que nelle se regulem tambem expressamente as hypotheses que, sob outro aspecto, foram previstas e reguladas no Código de processo civil.

Assim, no artigo 25.º deve declarar-se que os portuguezes que contraham obrigações no reino ou em país estrangeiro com nacionaes ou estrangeiros podem ser demandados no reino, se nelle forem encontrados.

Pelo que respeita aos estrangeiros, deve consignar-se expressamente no Código civil que podem ser demandados perante os nossos tribunaes por portuguezes ou estrangeiros, e tanto por obrigações contrahidas no reino como fóra d'elle, os que tiverem domicilio no reino.

Pelo artigo 28.º do Código civil os estrangeiros, sendo encontrados no reino, podem ser demandados pelas obrigações contrahidas com portuguezes em país estrangeiro. Não se refere este artigo á hypothese de a obrigação ser contrahida no reino; não havia, porem, du-

vida alguma de que devia applicar-se tambem neste caso, e por maioria de razão, o disposto naquelle artigo, antes da publicação do Codigo de processo civil, que expressamente se refere no artigo 20.º á hypothese de a obrigação haver sido contrahida no reino.

Nem o Codigo civil nem o de processo civil preceituam, porem, expressamente que os estrangeiros que tenham domicilio no reino podem ser demandados perante os nossos tribunaes de justiça por obrigações contrahidas no reino ou fóra d'elle. O Codigo de processo civil, determinando no artigo 16.º que o réo deve ser demandado no juizo do seu domicilio, estabelece uma regra de competencia especial, que só pode ser applicada aos estrangeiros nos casos em que os tribunaes portuguezes sejam competentes para julgar as acções em que estrangeiros sejam réos; e se é certo que os artigos 26.º e 28.º do Codigo civil e 20.º do Codigo de processo civil revelam que o legislador teve a intenção de equiparar, pelo que respeita á competencia dos tribunaes, o estrangeiro domiciliado em Portugal aos portuguezes, a doutrina que foi sancionada no artigo 5.º do Codigo commercial pode suscitar graves duvidas a esse respeito, quanto ás obrigações contrahidas em país estrangeiro.

Preceitua-se neste artigo, que foi textualmente reproduzido no artigo 7.º do Codigo de processo commercial: «Os portuguezes que, entre si ou com estrangeiros, contrahirem obrigações commerciaes fóra do reino, e os estrangeiros que, entre si ou com portuguezes no reino as contrahirem, podem ser demandados perante os competentes tribunaes do reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se nelle tiverem domicilio ou forem encontrados.»

Em face desta disposição parece que o estrangeiro que haja contrahido com um portuguez, em país estrangeiro, uma obrigação commercial, não pode ser demandado perante os tribunaes portuguezes, embora tenha no país o seu domicilio ou nelle seja encontrado. Para

este ultimo caso, e sem razão alguma plausivel, parece haver-se estabelecido para as obrigações commerciaes um principio diverso do que se encontra formulado no artigo 28.º do Codigo civil e 20.º do Codigo de processo civil para as obrigações civis; e como não ha, relativamente aos estrangeiros domiciliados no reino, disposição expressa nem no Codigo civil nem no de processo civil, em que se declare que podem ser demandados perante os competentes tribunaes portuguezes, quando não se encontrem no reino, poderá intender-se que deve applicar-se nesse caso, por analogia, a disposição consignada no artigo 5.º do Codigo commercial. Conveniente é pois que a duvida se esclareça.

Em nossa opinião, não deve fazer-se distincção entre o estrangeiro domiciliado em Portugal e o portuguez pelo que respeita á competencia dos nossos tribunaes. Pelo artigo 26.º, os estrangeiros domiciliados em Portugal tem, salvas as excepções consignadas na lei, os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, e portanto os de recorrer aos tribunaes ou de a elles serem chamados, e sendo admittido em todos os países o principio de que a competencia especial é determinada pelo domicilio do réo, deve attribuir-se aos tribunaes portuguezes competencia para julgarem as questões em que seja réo um estrangeiro domiciliado em Portugal. A justiça e a equidade assim o exigem, pois que a doutrina contraria, quando não torne possivel ao réo evitar que lhe seja judicialmente exigido o cumprimento da obrigação, sujeitará sem motivo algum plausivel o autor a uma peregrinação pelo estrangeiro para demandar o devedor perante os tribunaes do logar onde elle se encontrar.

As palavras — *obrigações contrahidas*, que se leem nos artigos 28.º e 29.º, e *que contrahem obrigações e com quem as hajam contrahido* — do artigo 25.º parece significarem que as disposições desses artigos só se applicam ás obrigações provenientes de contractos. Não é essa, porem, a interpretação que se tem dado a

essas expressões, como a não tem dado tambem a jurisprudencia franceza aos artigos 14.º e 15.º do Codigo civil, em que o legislador tambem empregou as palavras — *obligations contractées*, talvez por serem os contractos a fonte mais importante das obrigações, para designar todas as obrigações seja qual fôr o facto de que derivem. Não havendo duvidas a este respeito, parece-nos que não será necessario modificar a redacção dos artigos referidos, embora reconheçamos que o verbo — *contrahir* — não traduz rigorosamente o pensamento do legislador.

Pelo que respeita á competencia internacional dos nossos tribunaes em razão da materia, parecia-nos conveniente que se reconhecesse expressamente que os tribunaes de justiça estrangeiros são competentes para julgar entre portuguezes e estrangeiros ou entre estrangeiros somente quaesquer questões relativas a bens immobiliarios situados em Portugal e ao estado civil dos cidadãos portuguezes, não podendo todavia as respectivas sentenças ser executadas em Portugal, quando não haja sido devidamente applicada a lei portugueza.

O Codigo de processo civil parece haver sancionado esta doutrina, declarando no artigo 1088.º n.º 6.º que pode servir de fundamento para opposição á confirmação de uma sentença estrangeira o ser proferida contra algum subdito portuguez em opposição aos principios de direito civil portuguez, quando por este devesse ser resolvida a questão, e no artigo 21.º § 4.º n.º 2.º, que as sentenças dos tribunaes estrangeiros serão executadas no juizo do domicilio do executado ou no da situação dos bens, nos termos do artigo 1087.º, e, quando a competencia fôr determinada pela situação dos bens, e estes existirem em mais de uma comarca, que o autor poderá executar a sentença em qualquer dellas. Attentas estas disposições, parece-nos que de modo algum pode sustentar-se que seja exclusiva a competencia dos tribunaes portuguezes para julgar ás questões sobre a propriedade territorial e sobre o estado civil, pois tal compe-

tencia só poderia derivar de ser unica a competencia legislativa de Portugal relativamente a essas questões.

Havendo, porem, muitos Codigos estrangeiros em que está sancionada doutrina contraria, a qual é defendida por abalizados juriconsultos, conveniente será que numa revisão geral do Codigo civil se resolvam todas as duvidas que a tal respeito possam suscitar-se.

No Codigo civil não se consignou o principio de que uma lei estrangeira não pode ser applicada em Portugal, quando seja contraria aos principios de interesse e ordem publica. Este principio, universalmente reconhecido e que tem por base a conservação dos interesses sociaes e territoriaes do Estado, acha-se consignado de um modo geral nos artigos 4.º § unico e 12.º do Codigo commercial, e no artigo 1088.º n.º 5.º do Codigo de processo civil, pelo que respeita ás sentenças emanadas de tribunaes estrangeiros. É, porem, no Codigo civil que esse principio tem o seu assento proprio, devendo ser formulado de modo que não exclua por parte do Estado portuguez o reconhecimento de factos que tenham sido realisados em harmonia com a lei estrangeira, quando de per si não sejam contrarios ás leis de interesse e ordem publica.

Em harmonia com as idéas que acabamos de expôr, introduziríamos nos artigos 25.º, 27.º, 28.º e 31.º as seguintes modificações:

Artigo 25.º Os portuguezes que contrahem obrigações no reino ou em país estrangeiro podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se nelle tiverem domicilio ou forem encontrados.

Artigo 27.º O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu país, a qual não deverá todavia ser applicada no reino, quando seja contraria aos principios de interesse e ordem publica.

Artigo 28.º Os estrangeiros, que tiverem domicilio no reino, ou nelle forem encontrados, podem ser demandados pe-

rante as justiças portuguezas por obrigações contrahidas com portuguezes no reino ou em país estrangeiro.

Artigo 29.º Os estrangeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas por obrigações contrahidas no reino, se nelle forem encontrados, e tanto no reino como em país estrangeiro, se tiverem domicilio no reino.

Artigo 31.º As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros ou entre estrangeiros e portuguezes, quer esses direitos sejam regulados pela lei portugueza, quer por lei estrangeira, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescritos no Codigo de processo civil.

46. Relativamente ao artigo 35.º do Codigo civil, o qual foi derogado pelas leis de 12 de outubro de 1871 e de 21 de junho de 1889, só diremos que numa revisão do Codigo civil não deveria o legislador limitar-se a introduzir nesse artigo as alterações das referidas leis. Em nosso parecer deveriam ser remodeladas as leis de desamortisação, de que não poucos inconvenientes estão derivando para os corpos e corporações administrativas. Este assumpto constitue, porem, uma especialidade, para a qual nos limitamos a chamar a attenção dos poderes competentes.

No artigo 36.º deverá modificar-se a redacção a fim de que os bens das pessoas moraes que se extinguirem não sejam incorporados na fazenda nacional, quando por lei especial devam ter outro destino, ou quando lhes seja dada applicação para outras instituições de beneficencia pela lei organica dellas ou quando os bemfeitores lhes hajam doado ou deixado os bens com a clausula de que, sendo extinctas as corporações contempladas, estes bens passarão para certas e determinadas instituições de beneficencia.

Em portaria do ministro do reino de 3 de janeiro de 1899¹ declara-se que

não é permitido ás associações que tenham o caracter de pessoas moraes dispôr nos seus estatutos que, dada a sua dissolução, os bens que constituam o seu patrimonio tenham applicação diversa da que lhes dá o artigo 36.º do Codigo civil. Parecendo-nos contestavel esta doutrina em face do disposto neste artigo, que deveria apenas considerar-se applicavel ao caso em que pela lei organica da pessoa moral ou pela expressa vontade dos instituidores não fosse dado aos bens destino diverso, não hesitamos em affirmar que, em beneficio das instituições de utilidade publica, cujo desenvolvimento o Estado é o primeiro interessado em promover, se deve modificar a redacção do artigo de forma que exclua a interpretação que lhe é dada pelo ministerio do reino.

O artigo 36.º poderia ficar assim redigido:

Se alguma das corporações ou associações a que se refere o artigo antecedente por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão incorporados na fazenda nacional, quando por lei especial, pelos estatutos das corporações ou associações, ou por determinação expressa das pessoas que lhes hajam doado ou deixado bens não seja mandado, no caso de extincção, applicar os bens a qualquer instituição de piedade ou de beneficencia.

47. A noção de domicilio formulada no artigo 41.º é completamente inexacta. O domicilio confunde-se neste artigo com a residencia permanente, quando esta apenas significa uma relação de facto, emquanto que o domicilio traduz uma relação de direito.

É assim que um individuo que tenha diversas residencias temporarias terá o seu domicilio numa dellas, se para esse effeito a preferir nos termos do artigo 43.º; o menor, a mulher casada e o interdicto podem ter o seu domicilio, que é o dos seus representantes legaes, em logar diverso daquelle onde reside permanentemente. Notaremos ainda que a noção legal de domicilio não comprehende o domicilio especial.

¹ Publicado no *Anuario da administração politica e civil*, volume 11.º, pagina 541.

A residencia constitue o facto geral para a determinação do domicilio voluntario, e como, tendo um individuo residencia permanente só pode ter o domicilio voluntario no logar dessa residencia, talvez o legislador intendesse que não devia incluir a disposição do artigo 41.º no capitulo em que tracta do domicilio voluntario. Era ahí, todavia, o seu logar proprio.

Para não se introduzirem, porem, alterações na numeração do Codigo que não sejam absolutamente necessarias, redigiríamos assim o artigo 40.º:

Domicilio é o logar onde o cidadão se reputa presente para o exercicio de direitos e cumprimento de obrigações.

No artigo 41.º introduziríamos a seguinte alteração:

O cidadão que tenha residencia permanente não pode ter, voluntariamente, domicilio diverso do dessa residência.

No artigo 44.º parece exigir-se, para a mudança de domicilio, e em quaesquer condições em que ella se effectue, que se manifeste o facto da transferencia perante as camaras municipaes dos concelhos de onde e para onde se muda. Sendo assim, o individuo que tivesse a sua residencia permanente num logar e que a mudasse para outro, revelando, de um modo inequivoco, a intenção de abandonar a residencia anterior e de a fixar permanentemente no novo logar, mas não manifestando o facto da mudança perante as camaras municipaes de onde e para onde transferiu a residencia, deveria considerar-se domiciliado no logar da primitiva residencia, com o qual aliás não tinha relação alguma. E já assim se julgou nos nossos tribunaes.

Esta decisão afigura-se-nos, porem, inadmissivel em face do disposto no artigo 41.º, devendo restringir-se a disposição do artigo 44.º á mudança de domicilio na hypothese prevista no artigo 43.º

O artigo 44.º deverá ficar assim redigido:

O cidadão que haja preferido uma residencia temporaria para domicilio e que o queira mudar para outra temporaria tambem poderá fazel-o, manifestando o

facto da transferencia perante as camaras municipaes dos concelhos de onde e para onde se mudar.

No artigo 45.º está de mais, como se torna evidente confrontando-o com os artigos 41.º e 43.º, a palavra — *permanente*, que deverá ser supprimida.

(Continúa)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CÓDIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1571, pagina 181)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 48. Modificações que devem fazer-se na redacção de algumas disposições do Código civil e de epigraphes de capitulos e secções em materia de ausencia. — 49. A redacção do artigo 102.º deve ser modificada, declarando-se nelle que se consideram legitimos os filhos nascidos na constancia do matrimonio e concebidos antes d'elle.

48. Em materia de ausencia, não só devem inserir-se no Código civil as modificações feitas pelo Código de processo civil, pelas quaes se alteraram, esclareceram ou completaram algumas das suas disposições, como as consignadas nos artigos 56.º, 57.º, 59.º, 62.º, 64.º, 66.º, 68.º e 76.º, mas devem resolver-se as duvidas que a defeituosa redacção de alguns artigos tem suscitado, sendo ainda conveniente alterar, nos capitulos e secções attinentes á curadoria definitiva,

as epigraphes respectivas, de forma que fiquem comprehendendo todas as pessoas a quem são applicaveis as disposições exaradas nesses capitulos e secções.

No artigo 55.º exige-se, como condição para se installar a curadoria provisoria, que seja necessario prover a respeito da administração dos bens do ausente. A nossa Ordenação não exigia, liv. 1.º, tit. 90.º, esta condição, e parece-nos que pouco avisadamente procedeu o auctor do Código civil, seguindo nesta parte o Código civil francês.

Rarissimos serão os casos em que o ausente haja deixado bens e não seja necessario prover á sua administração. Por um lado, não se nos afigura defensavel a opinião de que, havendo alguém que por parentesco ou amizade se incumba voluntariamente da administração dos bens, não deve constituir-se a curadoria provisoria¹, porquanto, não deixando o ausente procurador bastante, ou não havendo quem legalmente administre os bens, tem de proceder-se a inventario, e o curador provisorio é obrigado a prestar caução. Por outro lado, não pode sustentar-se que não seja necessario pro-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 3.º, n.º 124, pagina 315.

videnciar ácerca da administração dos bens, se estes «constam de papéis de «credito, cujos rendimentos se vão ac-
«cumulando, e que podem receber-se
«mais tarde, ou de predios rusticos com
«arrendamento a longo praso, bem culti-
«vados, rendas adiantadas, contribuições
«a cargo do arrendatario, etc.»¹. A arre-
cadação dos rendimentos e a sua conveni-
ente applicação, a fiscalisação do modo
por que se cumpre o contracto de arren-
damento, etc., são actos de administração
que a conservação dos bens do ausente
reclama.

Para evitar que o artigo 55.º seja ap-
plicado em conformidade com as inter-
pretações que succintamente acabamos
de criticar, parecia-nos conveniente que
a sua redacção fosse assim modificada:

«Se qualquer pessoa desaparecer do
«logar do seu domicilio ou residencia,
«sem que della se saiba parte, e não
«houver deixado procurador ou quem
«legalmente administre os seus bens,
«ser-lhe-á dado curador pelo juiz com-
«petente.»

No § 2.º do artigo 55.º deve precei-
tuar-se, correspondentemente ao que se
dispõe no artigo 188.º § 2.º, que as pro-
videncias conservatorias que se tomarem
serão oficialmente communicadas ao juiz
do ultimo domicilio do ausente, e ao cura-
dor, se já houver sido nomeado.

No artigo 59.º deve modificar-se a sua
redacção, estabelecendo-se claramente que
o curador pode propôr acções conserva-
torias e as persecutorias que, nos termos
do § 5.º do artigo 2.º do Código de pro-
cesso civil, revistam o character de conser-
vatorias. Baseando-se na letra do artigo,
diz o sr. conselheiro Dias Ferreira: «Não
«tem elle (curador provisorio) legitimidade
«para propôr acções, senão conservato-
«rias, como são as possessorias, e ainda
«assim só quando não possam retardar-se
«sem prejuizo do ausente, sendo-lhe por

«esta forma negada implicitamente a fa-
«culdade de intentar sem auctorisação
«acções persecutorias, mesmo quando
«ellas revestem a natureza de conserva-
«torias, por a demora na sua instauração
«poder importar a extincção do direito,
«Código de processo civil, artigo 2.º
«§ 5.º»¹.

Parece-nos inaceitavel esta doutrina,
pois o proprio legislador declara que as
acções persecutorias revestem, *para todos
os effeitos*, a natureza de conservatorias,
quando da demora da sua instauração
podér resultar a extincção do direito. Em
todo o caso bom será que se resolva a
duvida motivada pela letra do artigo, para
o que é sufficiente eliminar a palavra —
conservatorias.

O artigo 64.º tem suscitado algumas
duvidas relativamente ás pessoas que
devem ser instituidas curadores definiti-
vos, duvidas que se nos afigura deri-
varem. não de ser defeituosa a sua reda-
ção, mas do seu confronto com o artigo
72.º, em que, como veremos, ha um erro
de redacção. É assim que já se julgou
que a curadoria definitiva pertence aos
herdeiros presumidos ao tempo da instau-
ração do processo da ausencia, e não aos
representantes dos herdeiros presumidos
ao tempo das ultimas noticias²; e que
houve quem sustentasse que devia fazer-se
distincção entre os bens que já pertenciam
ao ausente á data das ultimas noti-
cias ou ao tempo do desaparecimento e
os que lhe adviéram posteriormente, e cuja
adquisição era dependente da condição
da sua existencia, pertencendo estes aos
herdeiros presumidos do ausente ao tempo
em que se instituia a curadoria definitiva
e aquelles aos herdeiros presumidos ao
tempo do desaparecimento ou á data
das ultimas noticias³.

¹ *Obra e tomo citados, pagina 67.*

² *Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Jus-
tica de 19 de dezembro de 1881, no Direito, volume
17.º, pagina 310.*

³ *Veja-se esta Revista, volume 3.º, n.º 90, pagina
664, n.º 92, pagina 186, n.º 93, pagina 703, n.º 104,
pagina 878, e volume 15.º, n.º 764, pagina 571, e
n.º 765, pagina 589.*

¹ *Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, Código civil
português, annotado, tomo 1.º, 2.ª edição, paginas 63
e 64.*

Para remover estas duvidas bastará corrigir, pelo modo que adiante indicaremos, o artigo 72.º

Outra duvida tem suscitado, porem, o artigo 64.º, que deve ser esclarecida.

Preceitua-se nesse artigo que, tendo deixado o ausente procurador bastante, os herdeiros presumidos do ausente só poderão requerer a curadoria definitiva, passados dez annos desde o dia em que desaparecer o dicto ausente ou houver as ultimas noticias d'elle.

Supponhamos, porem, que o procurador fallece ou renuncia ao mandato antes de haver decorrido o praso de dez annos, ou que se recusa a prestar caução nos termos do § unico do artigo 64.º Deverá, em qualquer destes casos, instituir-se a curadoria definitiva depois de haver decorrido o praso de dez annos, ou poderá ser requerida logo que se dê algum desses factos e haja já decorrido o praso de quatro annos?

O sr. conselheiro Dias Ferreira é desta opinião, dizendo que «o impedimento absoluto ou a morte do procurador equivale para todos os effeitos legaes á falta de procurador»¹. É certo, porem, que a lei não faz distincção, sendo o facto de o ausente ter deixado procurador bastante o que determinou o legislador a fixar o praso de dez annos, pela consideração de que o individuo que providenciou ácerca da administração dos seus bens pode estar mais tempo sem dar noticias, e sem que por isso deva ser declarado como ausente. Acresce que é esta a doutrina que está sancionada no Codigo civil francês, o qual foi a fonte mais importante do nosso em materia de ausencia.

Quando seja considerada verdadeira a interpretação que acabamos de dar, deveria acrescentar-se o seguinte ao § unico do artigo 64.º: «Neste caso e no de, «por qualquer outro motivo, o procurador

«deixar de exercer o mandato, será nomeado um curador provisorio até se «completar o praso de dez annos.»

No artigo 66.º devem eliminar-se as palavras — *e por elle deferir a curadoria*. Não tem essas palavras alcance algum, pois não significam mais do que a expressão — *a fim de o tomar na devida consideração*, a qual se refere tanto ao caso em que no testamento sejam instituidos herdeiros, como ao de só haver legatarios, caso este que foi indevidamente excluido nas palavras cuja eliminação propomos.

No artigo 72.º ha, como já notámos, um erro de redacção na palavra — *succeder-lhe*. Em harmonia com o systema do nosso Codigo, que aliás se nos afigura pouco defensavel, parecendo-nos preferivel o que foi adoptado pelo Codigo civil allemão, o ausente presume-se fallecido no proprio momento da ausencia ou da data das ultimas noticias. Sendo assim, os bens que lhe adviêrem posteriormente até á installação da curadoria definitiva, e cuja aquisição dependa da condição da sua existencia, de modo algum podem passar para os herdeiros do ausente. E' todavia o que significa o pronome — *lhe*, que não pode deixar de referir-se ao ausente, e que deve ser substituido pelas palavras — *nesses bens*.

Na edição official do Codigo civil tambem se lê, no § 1.º do artigo 72.º, *lhe adviêram* em vez de *lhes adviêram*.

No artigo 73.º, fixando-se o inicio do praso dentro do qual os curadores definitivos fazem sua a quarta parte dos rendimentos, não se determina desde quando fazem sua a metade e a totalidade, havendo assim motivo para duvidar se deve ser desde que termina o praso de dez e de vinte annos, se desde o dia da entrega dos respectivos bens, e tanto que se tem dado ao artigo uma e outra interpretação. Embora possa sustentar-se que os rendimentos que não pertencem aos curadores definitivos no decurso do primeiro e do segundo praso ficam fazendo parte do patrimônio

¹ *Obra e tomo citados, pagina 71.*

nio do ausente, devendo ser capitalizados, parece-nos que é desde o dia da entrega dos respectivos bens que os curadores definitivos fazem sua a metade ou a totalidade dos rendimentos, sendo a ultima parte do artigo que mais nos leva a inclinar-nos para esta opinião. Sendo esta a verdadeira interpretação do artigo, deveria ser assim modificada a sua redacção: «Os curadores definitivos e demais intercessados farão sua, salvo o disposto no artigo precedente, desde o dia da entrega dos respectivos bens, a quarta parte dos rendimentos destes, apparecendo o ausente ou outros herdeiros dentro de dez annos, contados desde o dia do desaparecimento do mesmo ausente, ou da data das ultimas noticias que delle houver; apparecendo dentro do praso de dez a vinte farão sua metade a contar do dia da entrega dos bens, e apparecendo passados vinte annos farão seus todos os rendimentos desde a referida entrega.»

No artigo 80.º estabelece-se que o direito concedido aos ascendentes ou descendentes de haverem os bens do ausente, quando appareçam depois de constituida a curadoria definitiva, prescreve decorridos que sejam dez annos desde o termo da mesma curadoria.

Ora, para este effeito, a curadoria definitiva pode terminar pela certeza da morte do ausente, pelo lapso de vinte annos, e completando o ausente noventa e cinco annos de idade (artigo 79.º), parecendo que se dá a prescripção de dez annos, em qualquer desses casos, a contar do termo da curadoria definitiva. Quando se considere subordinado o § unico ao corpo do artigo, dar-se-á ainda assim a prescripção para os herdeiros legitimarios, decorrido que seja o praso de dez annos desde que o ausente complete noventa e cinco annos de idade, emquanto que para os outros herdeiros a prescripção só se dará quando haja decorrido o praso de vinte annos desde o desaparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias, podendo, como é obvio, ser mais longo neste caso o praso da

prescripção do que no primeiro, quando é certo que o legislador quiz favorecer os herdeiros legitimarios.

Não nos parecia necessario abrir uma excepção ás regras geraes relativamente a esta materia. Não proporemos todavia que se elimine o § unico do artigo 80.º e o artigo 81.º O que deve é modificar-se a redacção do § unico do artigo 80.º, de modo que a prescripção só se dê decorrido que seja o praso de trinta annos desde o desaparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias.

No § unico do artigo 80.º deve fazer-se tambem referencia ao artigo 81.º

Quanto á epigrapha dos capitulos e das secções, o capitulo 2.º deve ser assim epigraphado: *Da curadoria definitiva do ausente solteiro ou viuvo sem filhos*; o capitulo 3.º: *Da administração dos bens do ausente casado e do solteiro ou viuvo com filhos*, e a secção 2.ª deste capitulo: *Da curadoria definitiva do ausente com filhos*.

Escusado é justificar estas alterações, pois ninguem ignora que as actuaes epigraphes não correspondem ao conteúdo das respectivas disposições.

49. É conveniente que se modifique a redacção do artigo 102.º, declarando-se nelle expressamente que são considerados filhos legitimos os que nascerem dentro de cento e oitenta dias depois de realiado o matrimonio. Para se vêr que o texto desse artigo tem dado margem a que se interprete de um modo que não traduz o pensamento do legislador nem o systema doCodigo sobre filiação legitima, bastar-nos-á transcrever o que o sr. conselheiro Dias Ferreira diz a este respeito.

Baseando-se nos artigos 101.º e 102.º affirma: «É pois indispensavel, para a presumpção de legitimidade, que o nascido tenha sido concebido na constancia do matrimonio...». «Por excepção considera oCodigo legitimo o nascido na constancia do matrimonio, mas concebido antes, nos casos previstos nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 102.º...». «Nestes dois casos ha uma especie de

«legitimação por subsequente matrimónio.»¹.

Não é esta a doutrina que está sancionada no Código. Pelo systema que este seguiu, tanto se consideram legítimos os filhos concebidos como os nascidos na constancia do matrimonio, havendo só que distinguir entre elles pelo que respeita á presumpção de paternidade. É assim que a presumpção da paternidade do marido só pode ser illidida, quando o filho haja sido concebido na constancia do matrimonio, no caso do artigo 103.º, com a restricção consignada no artigo 105.º, ao passo que a presumpção de paternidade do marido relativamente aos filhos concebidos fóra do matrimonio e nascidos na constancia deste pode ser illidida por qualquer prova em contrario, salvo nos casos especificados nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 102.º

O Código, declarando neste artigo em que casos não pode ser impugnada a presumpção de paternidade do marido, não estabelece expressamente esta presumpção, sendo d'ahi que provem o equívoco em que caiu o considerado commentador do Código civil e tem caído outros juristas. Basta, porem, attender ao disposto no artigo 2468.º, que não permite, sendo o filho *nascido* na constancia do matrimonio, a declaração de que elle não é do marido, para se vêr que essa presumpção está sancionada no Código.

O artigo 102.º deveria ser collocado em seguida ao artigo 105.º, declarando-se no artigo 101.º que eram considerados legítimos os filhos concebidos ou nascidos na constancia do matrimonio.

Para evitar, porem, as duvidas que se tem dado, bastará que no artigo 102.º se faça a seguinte modificação: Tambem são havidos por legítimos os filhos nascidos dentro dos cento e oitenta dias seguintes á celebração do matrimonio. Esta presumpção admite prova em contrario, excepto etc.

(*Continúa*).

¹ *Obra e tomo citados, paginas 93 e 94.*

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1572, pagina 197)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 50. Modificações que devem fazer-se nos artigos 103.º, 108.º, 110.º e 115.º — 51. O artigo 123.º deve modificar-se de forma que seja applicado ao registo civil parochial; e deve declarar-se nelle que os menores de vinte e um annos não emancipados e as mulheres casadas não podem perfilhar sem auctorisação ou consentimento, e substituir as palavras — *auto publico* — por — *auto ou termo judicial*.

50. No artigo 103.º exige-se, para que possa ser illidida a presumpção da legitimidade dos filhos nascidos durante o matrimonio, passados cento e oitenta dias depois da sua celebração, ou dentro dos tresentos dias subseqüentes á sua dissolução ou á separação dos conjuges, que o marido tenha estado physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias ou mais dos tresentos que houverem prece-

dido o nascimento do lillo. Ora, sendo o praso minimo da gestação uterina de cento e oitenta dias e o maximo de tresentos dias, o intervallo entre as durações extremas assignadas á gestação é de cento e vinte dias, durante o qual o lillo ha de necessariamente ser concebido.

O erro que notamos talvez provenha de que, fixando-se no Codigo civil francês, artigo 312.º, para a gestação uterina o praso minimo de cento e oitenta dias e o maximo de tresentos, a jurisprudencia admite o intervallo de cento e vinte e um dias. E segundo o Codigo civil francês existe realmente este espaço, porque, como se vê dos artigos 313.º e 314.º, no 180.º dia que precede o nascimento já se pode ter realisado a concepção; e assim, o artigo 314.º, correspondente ao artigo 102.º do nosso Codigo, tem a seguinte redacção: *L'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être desavoué par le mari. . .*

Pelo nosso Codigo, porem, a concepção não se pode realisar no 180.º dia depois da celebração do matrimonio, como resulta da combinação dos artigos 101.º, 102.º e 103.º; o primeiro dia em que ella é possivel é o 181.º, e portanto a differença entre o praso maximo e minimo da gestação uterina é de cento e vinte dias. Foi este o espaço que se fixou no

artigo 125.º, e, como é obvio, não pode a este respeito justificar-se a diversidade de disposições relativas á filiação legitima e á illegitima.

O artigo 108.º, em que se especificam os casos em que os herdeiros do marido podem impugnar a legitimidade dos filhos, refere-se só aos nascidos na constancia do matrimonio. Do proprio artigo se vê que é applicavel tanto aos filhos nascidos como aos concebidos na constancia do matrimonio, que nasçam depois da sua dissolução. E' assim que os herdeiros podem impugnar a legitimidade do *filho nascido depois da morte do marido*. E' o que dispõe o n.º 3.º do artigo 108.º, sendo sufficiente o simples confronto entre este numero e o principio do artigo, para se vêr que é inaceitavel a redacção deste, devendo acrescentar-se a nascidos as palavras *ou concebidos*.

Neste artigo não se previne o caso de o marido se achar ausente em parte incerta, realisando-se o nascimento tresentos dias depois do desaparecimento ou da data das ultimas noticias, e a applicação dos principios geraes a esta hypothese pode suscitar graves difficuldades.

Em virtude da presumpção de paternidade estabelecida no artigo 101.º, embora o nascimento se verifique tresentos dias depois do desaparecimento do marido ou da data das ultimas noticias que delle houver, o filho não pode deixar de considerar-se legitimo. Alguns parochos, quando o marido não teve a possibilidade de cohabitar com a mulher em virtude de ausencia em parte certa ou incerta, declaram no assento do baptismo que é *filho de . . . , casada com . . . , ausente*, havendo exemplos de expressamente attribuirem ao filho a qualidade de adulterino. Apesar dessas declarações, o filho será considerado legitimo, em virtude da presumpção legal, até que se prove ou presume, pelo decurso de vinte annos desde o desaparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias, ou por haver completado noventa e cinco annos de idade, que o ausente falleceu e esteve

impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos que precederam o nascimento do filho. E parece que é só neste caso que os herdeiros do marido podem impugnar a legitimidade do filho, attento o character taxativo do artigo 108.º

Justificada, porem, a ausencia para a installação da curadoria definitiva, fica provado que o filho nascido tresentos dias depois do desaparecimento do ausente, ou das ultimas noticias, não é legitimo, e devia admittir-se portanto que os herdeiros do marido impugnassem a sua legitimidade, tanto mais que o pretendido filho entrará na posse definitiva dos bens decorridos dez annos desde o desaparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias, e que a acção dos herdeiros prescreve decorridos sessenta dias desde essa posse. Parece-nos, pois, que ao artigo 108.º n.º 3.º se deveria acrescentar o seguinte: «ou estando ausente, «sem que delle se saiba parte. Neste caso «os herdeiros do marido poderão impugnar «a legitimidade do filho, justificada que seja «a ausencia para a installação da curadoria definitiva.»

De passagem notaremos que o filho, cuja legitimidade seja impugnada em virtude da ausencia do marido, não pode ser considerado adulterino, attenta a incerteza da vida do ausente, emquanto se não provar que o ausente era vivo ao tempo em que elle foi concebido.

Attribuindo o Codigo só ao marido o direito de impugnar a legitimidade dos filhos concebidos ou nascidos na constancia do matrimonio, e, por transmissão, aos seus herdeiros, pode duvidar-se, em vista do character pessoal que esse direito parece revestir, se o tutor do marido interdicto pode propôr a acção em seu nome, e, quando o tutor seja a mulher, se o poderão fazer os herdeiros do marido depois da morte deste, demonstrando a impossibilidade de a acção ser intentada por elle nos prazos fixados pelo Codigo. Em nossa opinião, tanto ao tutor devidamente auctorizado como aos herdeiros deve ser attribuido o direito de impu-

gnarem a legitimidade do filho, modificando-se nesse sentido a redacção dos artigos 107.º e 108.º

Já tem sido notada a desarmonia que existe na redacção dos artigos 6.º e 110.º Neste artigo exige-se, para a aquisição do estado de filho, o nascimento com vida e figura humana. Começando o direito de personalidade com o nascimento (artigo 6.º), e dependendo esse direito da vida, as palavras *com vida* são uma redundancia, pois quem nasce morto não chega a adquirir o direito de personalidade e portanto o estado de filho. As palavras *com figura humana* também não tem justificação alguma, não sendo hoje licito duvidar que de uma mulher nasça um ser que não seja humano. O artigo 110.º ou deverá supprimir-se, ou ficar assim redigido: «O estado de filho adquire-se, para «os effeitos legaes, pelo nascimento.»

O artigo 115.º, em que se define a posse de estado, tem suscitado graves duvidas na sua applicação. No intuito de cortar os graves abusos a que o nosso antigo direito deu lugar, o legislador exigiu cumulativamente as circumstancias especificadas naquelle artigo, tanto para prova da legitimidade do filho, na falta de registo do nascimento ou de qualquer documento authentico, como para ser admissivel a acção de investigação de paternidade illegitima.

Quando traclarmos do artigo 130.º, veremos que o Codigo não devia ser tão exigente neste ultimo caso, e, embora se limite á lilição legitima, conveniente será que se modifique a redacção do artigo 115.º no sentido de se precisar o que se intende por *familia*. Esta palavra não pode deixar de abranger os *parentes*, pelo menos os de grau mais proximo¹. Nem todos os paes teem, porem, parentes, e, mesmo os que os teem, nem sempre convivem com elles de forma que estes tenham occasião de reputar e traclar por liho o que

pretende sê-lo. Não pode, pois, exigir-se que todos os parentes dos paes reputeem e tractem os filhos destes como taes, sendo ainda de notar que a incompatibilidade de interesses que se dá entre elles e os filhos os levará muitas vezes a negarem a paternidade. Em nosso parecer as palavras — *pelos familias destes* — deveriam ser substituidas por — *pelos parentes que com elles convivam*.

51. No artigo 122.º § 2.º n.º 2.º, devem substituir-se as palavras *até ao segundo grau inclusive da linha transversal* por *no segundo grau da linha transversal*.

O artigo 123.º, em que se estabelece por quem pode ser feita e como pode provar-se a perfilhação, tem suscitado algumas difficuldades na sua applicação.

Tractaremos, em primeiro lugar, do modo por que essa disposição se está tornando effectiva no registo parochial.

Vê-se do artigo 123.º que a perfilhação voluntaria só pode fazer-se pelo reconhecimento pessoal dos paes, e que, para a provar, não é sufficiente que no registo de nascimento se declare o nome delles. Até para a mãe é necessario o reconhecimento feito pessoalmente ou por bastante procurador, para que lhe possa ser attribuida a maternidade. É assim que o artigo 2467.º, que deve considerar-se como uma disposição regulamentar do artigo 123.º, preceitua que não será admittida no registo civil declaração de paternidade, maternidade ou avoenga, salvo quando o pae ou a mãe fizerem essa declaração pessoalmente ou por seu bastante procurador e a assignarem. Se o official do registo civil, contra o disposto neste artigo, declarar o nome dos paes, essa declaração considerar-se-á como não escripta, não podendo até ser adduzida como meio de prova na investigação da paternidade ou da maternidade illegitima.

Relativamente ao registo parochial os tribunaes teem-se pronunciado porem no sentido de que, sendo a mãe conhecida,

¹ Veja-se o que a este respeito dissemos nesta *Revista*, volume 35.º, n.º 1524, paginas 24 e 25.

o parochio pode declarar no assento de baptismo o nome della, e que esse assento deve considerar-se como documento authenticico de perilliação. Baseia-se essa jurisprudencia em que, pelo § 2.º do artigo 13.º do decreto de 2 de abril de 1862 e § 2.º do artigo 12.º do decreto de 9 de setembro de 1863, não é prohibido declarar no assento de baptismo o nome da mãe, devendo a esse respeito observar-se as constituições dos bispos e a pratica seguida anteriormente á publicação dos referidos decretos, pelas quaes era permittido ao parochio declarar no assento de baptismo de filho illegitimo o nome da mãe, sendo esta conhecida ou notorio o nome della. Em virtude desta jurisprudencia ha, alem da perilliação voluntaria e da judicial, a perilliação feita pelo parochio no assento de baptismo, sendo certo todavia que o Codigo não admittre esta perilliação.

A nosso vêr, a corrente que veiu a dominar na nossa jurisprudencia formou-se por não se haver attendido a que o artigo 123.º era applicavel tanto ao registo civil não parochial como ao parochial, e a que esse artigo de modo algum ficou dependente, como ficou o artigo 2467.º, da instituição do registo civil não parochial.

Nesta *Revista* sustentámos largamente a opinião de que, depois da promulgação do Codigo civil, a declaração do nome da mãe, feita pelo parochio no assento de baptismo, não provava a perilliação, sendo para isso necessario que do proprio assento constasse que essa declaração fôra feita pessoalmente pela mãe ou por meio de procurador. Tendo mais tarde de responder a uma consulta, expozemos qual a jurisprudencia que estava sendo seguida nos tribunaes¹. Mantemos, porem, a convicção de que essa jurisprudencia não representa a verdadeira interpretação das disposições legaes e que deve modificar-se a redacção do artigo 123.º de forma que não seja permittido fazer-se no registo

civil parochial o que expressamente é prohibido no registo civil não parochial.

Tem-se discutido se os menores de vinte e um annos não emancipados e a mulher casada podem perfilhar, aquelles sem auctorisação dos seus representantes legaes e esta sem consentimento do marido, pronunciando-se a nossa jurisprudencia, em vista dos effeitos que derivam da perilliação e das disposições geraes consignadas no Codigo sobre a capacidade dos menores e da mulher casada, negativamente, ao contrario do que succede na francêsa, que em geral affirma, baseando-se no silencio do Codigo e em que, se a incapacidade produzisse, relativamente á perilliação, os seus effeitos ordinarios, seria um obstaculo insuperavel ao reconhecimento dos menores, o qual, como acto livre e pessoal, deve emanar directamente da pessoa que o faz, sendo ainda de notar que, embora da perilliação derivem effeitos de ordem pecuniaria, é pelo lado moral que deve principalmente ser considerada¹.

O assumpto é da maior gravidade. Se por um lado deve ter-se em consideração os interesses do filho e se nos afigura inadmissivel que os representantes legaes do menor e o marido, quando a filiação esteja verificada, se opponham, por mero capricho ou interesses que a lei não pode reconhecer, ao reconhecimento della, ha por outro lado que attender á irreflexão dos menores que pode leval-os ao reconhecimento de pretendidos filhos, em condições em que o não deviam fazer, e a que a familia legitimamente constituida pode ser prejudicada, tanto sob o ponto de vista patrimonial como moral, pelo reconhecimento de filhos havidos pelos conjuges anteriormente ao matrimonio. E nesta materia não fazemos distincção entre o marido e a mulher, a qual não nos parece devidamente justificada.

Em nosso parecer, não deveria permittir-se a perilliação aos menores e aos conjuges, sem que para esse effeito lhes

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 32.º, n.º 1428, pagina 118.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 35.º, n.º 1547, pagina 392, e volume 25.º, n.º 1193, pagina 168.

tenha sido dada auctorisação ou prestado consentimento, podendo a recusa dessa auctorisação ou consentimento ser supprida judicialmente. O conselho de familia nunca deverá intervir neste assumpto, attenta a incompatibilidade de interesses que pode existir entre os lillhos perliha:andos e os parentes dos paes. No caso previsto no artigo 113.º, em que é attribuido ao conselho de familia o direito de nomear o tutor do menor, pode não haver graves inconvenientes, porque as considerações de ordem moral dominarão sem duvida as de character pecuniario. Em todo o caso o legislador teria sido mais prudente se incumbisse ao juiz a nomeação desse tutor, porquanto, se o lillho fôr declarado adúlterino, não poderá succeder nos bens da mãe, podendo ser chamados á successão os proprios parentes a quem o legislador confiou, em parte, a sua defesa.

Quanto ao modo por que pode provar-se a perlihação, declara-se no artigo 123.º que esta pode fazer-se no registo de nascimento ou em escriptura, testamento ou auto publico.

Tem-se pronunciado a nossa jurisprudencia no sentido de que a perlihação feita em testamento produz effeitos mesmo que o testamento seja revogado. Concordamos com essa doutrina, sendo todavia de notar que, não podendo o testamento produzir effeitos senão por morte do testador, se pode duvidar sobre a admissibilidade de uma acção que tenha por fim a prestação de alimentos, quando a perlihação haja sido feita no testamento. Será pois conveniente que se esclareçam todas as duvidas a este respeito¹.

Quanto ás palavras — *auto publico*, tem-se-lhes attribuido o sentido de — *acto publico*, comprehendendo nelle a procuração particular authenticada, um termo lavrado numa administração de concelho ou em qualquer repartição publica². Não

contestamos que seja essa a interpretação que deve dar-se ás referidas palavras, as quaes não são aliás tomadas sempre pelo legislador no mesmo sentido. Afigura-se-nos, porem, que o legislador não garantiu devidamente, se quiz significar pelas palavras — *auto publico* — qualquer documento authênlico ou authenticado, a liberdade de quem faz o reconhecimento e a conservação da prova em proveito do lillho. Notaremos ainda que, sem razão alguma justificativa, se fez a este respeito distincção entre o reconhecimento para a legitimação e para a perlihação.

Attentos os importantes interesses que estão ligados á perlihação, parece-nos que o reconhecimento só deveria fazer-se em actos notariaes ou em juizo, e por isso substituiriamos as palavras — *auto publico* — por — *auto ou termo judicial*.

(Continúa).



¹ Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1449, pagina 518.

² Veja-se esta *Revista*, volume 30.º, n.º 1373, pagina 322.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1573, pagina 213)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 52. Modificações de redacção e de doutrina que devem ser introduzidas nos artigos 124.º, 125.º, 126.º, 127.º e 129.º, no sentido de esclarecer as disposições nelles consignadas e de evitar os inconvenientes que de algumas derivam.

52. No artigo 124.º prohibe-se que o pae ou a mãe, quando o reconhecimento do filho seja feito separadamente, declarem no documento da perfilhação o nome da pessoa de quem houveram o filho reconhecido, ou indiquem qualquer circumstancia por onde essa pessoa venha a conhecer-se. Tem a nossa jurisprudencia entendido que a infracção da disposição consignada neste artigo não annulla a perfilhação, havendo-se apenas por não escriptas a declaração ou indicação referidas.

Concordamos com esta jurisprudencia e nenhuma modificação proporiamos ao artigo citado, se não fosse inaccéitavel, nos termos absolutos em que está formulada, a prohibição nelle exarada. Casos ha em que a declaração do nome de um dos paes, ou de circumstancias por onde possa vir a conhecer-se, é completamente necessaria para se estabelecer a identidade do filho. Assim, a perfilhação de um nascituro, que é permittida pelo Codigo e de que ha exemplos entre nós, não pode ser feita pelo pae sem declarar o nome da mãe. Ora a observancia rigorosa do disposto no artigo 124.º tornaria neste caso impossivel a perfilhação, sendo certo que o legislador não deve ter tido em vista restringil-a ou difficultal-a, mas apenas obviar a escandalos.

Parece-nos, pois, que ao artigo 124.º se deveria acrescentar o seguinte: «salvo nos casos em que seja necessario para se determinar a identidade do filho. «A revelação do nome ou indicação das circumstancias referidas só produzirão «effeito neste caso e para o fim indicado, «considerando-se em todos os outros casos «como não escriptas.»

O artigo 125.º tem suscitado algumas duvidas, que muito conveniente era que fossem esclarecidas, devendo até, em nosso

parecer, alterar-se a disposição nelle consignada.

Preceitua-se nesse artigo que, para a perfilhação feita por um dos paes separadamente, basta que o perfilhante fosse habil para contrahir o matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos, que precederam o nascimento do filho. Deverá considerar-se esta disposição como limitativa da consignada no artigo 122.º, sendo portanto valida e não podendo ser impugnada a perfilhação dos filhos adulterinos, feita pelo pae ou mãe, solteiros ao tempo da concepção, e a dos incestuosos por aquelle dos paes que primeiro os perfilhar, ou deverá o artigo 125.º considerar-se subordinado ao artigo 122.º, e consequentemente haver-se por nulla a perfilhação feita por aquelle dos paes que em absoluto fosse habil para casar, quando se prove que a filiação é adulterina ou incestuosa? E por que meios poderá fazer-se esta prova?

Tem-se sustentado¹, e com argumentos ponderosos, que o artigo 125.º é uma limitação ao disposto no artigo 122.º O legislador, presumindo que os filhos não sejam adulterinos ou incestuosos, declarou que era sufficiente para a perfilhação por um dos paes separadamente que elle fosse em absoluto habil para contrahir matrimonio ao tempo da concepção. Verificando-se esta condição, a perfilhação não pode ser impugnada, descobrindo assim o nosso legislador um meio salutar de proteger os filhos sem que se revelem escandalos com que seja offendida a moral publica. E já se julgou até que os filhos de uma pessoa solteira e de outra casada só são adulterinos em relação a esta².

Sustentámos³, e é essa a jurisprudencia que tem dominado, que a prohibição

do reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos é absoluta, estando portanto o artigo 125.º subordinado ao artigo 122.º, e devendo considerar-se nulla a perfilhação feita nos termos daquelle artigo, logo que se prove judicialmente que o filho foi havido de relações adulterinas ou incestuosas. Como interpretes persistimos na mesma convicção e na de que, para impugnar a perfilhação de um filho adulterino ou incestuoso é admissivel qualquer meio de prova, sendo que a disposição consignada no artigo 132.º é applicavel á acção de investigação de paternidade e de maternidade illegitima e não á contestação da mesma acção ou do reconhecimento voluntariamente feito pelos paes, para a qual a lei não estabelece restricção alguma.

Sendo esta, porem, a nossa convicção como interpretes, parece-nos conveniente restringir o direito de contestar a perfilhação feita nos termos do artigo 125.º O legislador deve, até onde o permittam os interesses da familia legitimamente constituida e sem quebra da moralidade publica, dispensar protecção aos filhos de relações adulterinas ou incestuosas. Os mais abalizados tractadistas de direito civil são hoje concordes neste ponto, afigurando-se-nos indiscutivel a doutrina que sustentam.

Sendo assim, não admittindo o nosso Codigo a acção de investigação de paternidade ou de maternidade, quando se tracte de filiação espuria, e só reconhecendo aos filhos adulterinos e incestuosos o direito de serem alimentados pelos paes, quando o facto da paternidade ou da maternidade esteja provado nos termos do artigo 136.º, afigura-se-nos que tambem só nestas condições deveria admittir-se a contestação da perfilhação feita separadamente por um dos paes, por motivo de adulterio ou de incesto. A mesma razão, que levou o legislador a prohibir a acção de investigação de paternidade ou de maternidade espuria, deve determiná-lo a prohibir, na hypothese de que estamos tractando, a contestação da perfilhação; sendo ainda de notar que ha, a favor da restricção que propomos, a valiosissima

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.ºs 80 e 104, paginas 466 e 883.

² Veja-se o accordão da relação de Lisboa de 28 de novembro de 1888, no *Direito*, volume 22.º, pagina 350.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.ºs 77, 80 e 104, paginas 399, 468 e 884, 3.º anno, n.º 137, pagina 526, e volume 33.º, n.º 1487, pagina 519.

consideração de que se evitam por meio della escandalos em beneficio dos filhos.

Em harmonia com as considerações expostas acrescentariamos o seguinte ao artigo 125.º: «A perfilhação feita posteriormente pelo outro pae ou mãe, de que resulte ser o filho adulterino ou incestuoso, será nulla, mas a perfilhação anterior subsistirá e só poderá ser contestada, achando-se a filiação espúria provada em processo civil ou criminal controvertido entre os paes ou outras partes, ou no caso do n.º 3.º do artigo 130.º, achando-se o facto judicialmente provado.»

Tem tambem suscitado duvidas a disposição consignada no artigo 126.º

Preceitua-se neste artigo que o filho maior não pode ser perfilhado sem o seu consentimento, donde parece dever concluir-se que este consentimento constitue uma condição previa e essencial para a validade da perfilhação, não podendo assim ser perfilhado em testamento o filho que seja maior, contra o que dispõe o artigo 123.º, quando não haja prestado anteriormente o consentimento. E tem-se sustentado na nossa jurisprudencia que o consentimento do filho não só deve ser expresso, mas que deve constar de titulo igual ao da perfilhação¹.

Parece-nos inadmissivel esta doutrina. O artigo 126.º limita-se a exigir o consentimento do filho maior, não declarando o modo por que deve ser prestado. Tem portanto de applicar-se os principios geraes, podendo esse consentimento ser prestado por escripto, por palavras, ou por factos de que se deduza². No artigo 126.º tambem se não determina quando o consentimento deve ser prestado; apenas exige esse consentimento para que a perfilhação seja valida. A admissão de dou-

trina contraria levaria a considerar nullas muitas perfilhações, em prejuizo do proprio filho, e sem motivo algum plausivel. Deve todavia modificar-se a redacção do artigo 126.º, eliminando-se todas as duvidas que suscita.

Mas será accetivel a doutrina sancionada neste artigo?

Da exigencia do consentimento do filho maior para a perfilhação conclue-se que elle pode oppôr-se a ella por uma simples recusa, o que não é muito consentaneo com os principios em que devem assentar as disposições do Codigo sobre esta materia. O reconhecimento do filho não representa um contracto em que a vontade possa manifestar-se livremente; é a declaração do facto da filiação, que, se existe, não pode ser recusado, parecendo portanto que não deve depender da vontade do filho a perfilhação, do mesmo modo que não depende da vontade dos paes nos casos em que contra elles pode propôr-se a acção de investigação de paternidade ou de maternidade¹.

Quando se julgue preferivel esta doutrina á que parece haver sido sancionada, o artigo 126.º deverá ser assim redigido: «Não poderá impugnar a sua perfilhação o filho que, sendo maior, haja prestado o seu consentimento.»

Quando, para obstar a que o filho fique sujeito aos deveres filiaes numa idade em que a perfilhação pode ser não o resultado da afeição ou do desejo de redimir uma falta mas uma ignobil especulação, se entenda dever manter a doutrina consignada no artigo 126.º, este deverá ser assim modificado na sua redacção: «A perfilhação de filho maior não produzirá effeitos sem o seu consentimento, que se presume ter sido prestado se dentro de um anno depois que della teve conhecimento o filho o não recusou em documento authentico.»

¹ Veja-se o *Direito*, volume 1.º, pagina 657, e o accordo do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de junho de 1881, nesta *Revista*, volume 21.º, n.º 1063, pagina 367.

² Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1414 e 1419, paginas 442 e 518.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 77, pagina 399.

No artigo 127.º attribue-se ao filho perfillado durante a menoridade o direito de impugnar a perfillação dentro dos quatro annos immediatos á sua emancipação ou maioridade. Já se julgou que o representante do menor não podia, em virtude da faculdade que a este é attribuida, contestar immediatamente a perfillação¹. O Supremo Tribunal de Justiça² seguiu doutrina contraria, revogando essa decisão, baseando-se em que, na especie dos autos, o tutor era parente dos menores e do fallecido pae destes, que primeiro os havia perfillado, e portanto tinha interesse na impugnação (artigo 128.º do Codice civil), e em que era muito prejudicial aos menores a demora esperando pela sua emancipação ou maioridade para contestar a acção.

Concordamos com a doutrina deste accordão e parece-nos que no artigo 127.º se deverá consignar expressamente que o tutor do menor ou aquelle dos paes que já o haja perfillado pode impugnar a perfillação.

No artigo 129.º em que, aliás sem inconveniente, se não especificam todos os direitos que derivam da perfillação, não se declara desde quando esta produz effeitos, assumpto importante e melindroso e sobre o qual já alguma cousa dissemos a proposito do n.º 3.º que a proposta additou ao artigo 1785.º³.

Os jurisconsultos, partindo do principio de que o reconhecimento do filho não é um acto que de per si produza effeitos juridicos, sendo apenas um meio de prova destinado a verificar o facto da filiação, uma condição para que esta exista juridicamente, sustentam, em geral, que os effeitos do reconhecimento não se produzem só a contar da sua data, mas desde o dia do nascimento do filho, em

que começa o facto natural da filiação, declarado pelo reconhecimento.

Seguimos, em face do nosso Codice, doutrina contraria, sustentando que, em regra, os effeitos da perfillação começam com o reconhecimento. Baseámo-nos para isso em que a legitimação, mais favorecida pelo Codice que a perfillação, não tem effeito retroactivo a qualquer epoca anterior ao matrimonio de que deriva, e que, derivando a perfillação do reconhecimento voluntario ou forçado, tambem não pode produzir effeitos senão desde esse reconhecimento, e em que o Codice, usando no artigo 129.º da palavra — *adquirem*, parece haver querido excluir a idéa da retroacção dos direitos nesse artigo especificados a qualquer epoca anterior á perfillação, considerando esta, não como declaratoria, mas attributiva do estado de filho perfillado¹.

Devemos notar todavia que, relativamente ao direito de successão, admittimos que tinha effeito retroactivo a perfillação, não só quanto á redução ou revogação das doações por inofficiosidade, mas ainda quanto ao direito de successão propriamente dicto, quando a perfillação tenha logar depois da morte dos paes, em qualquer dos casos especificados no artigo 133.º

Pondo de lado a questão exegetica, parece-nos que em face dos principios não pode deixar de attribuir-se á perfillação, pelo parentesco e consequencias que delle derivam, effeito retroactivo, sem prejuizo dos direitos que anteriormente a ella hajam sido legitimamente adquiridos por terceiros e que, como as doações, não fiquem até certo ponto dependentes da morte do pae perfillante, a respeito do qual esses effeitos se verificam.

Acrescentariamos, pois, ao artigo 129.º o seguinte § unico: «Os effeitos da perfillação principiam desde a data do «nascimento.»

(Continúa).

¹ Accordão da relação de Lisboa de 20 de novembro de 1886, na *Gazeta da relação de Lisboa*, 2.º anno, pagina 291.

² Accordão de 27 de junho de 1889, nesta *Revista*, volume 31.º, n.º 1403, pagina 270.

³ Veja-se esta *Revista*, n.º 1562 do corrente anno, pagina 37.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 7.º, n.º 339, pagina 420.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
Ientes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1574, pagina 228)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 53. O artigo 130.º deve ser modificado, permitindo-se em outros casos alem dos nelle especificados a acção de investigação de paternidade illegitima. — 54. Modificações que devem introduzir-se nos artigos 133.º e 135.º

53. O assumpto sobre que versa o artigo 130.º — casos em que é permitida a acção de investigação de paternidade illegitima — tem sido e continúa sendo um dos mais disculidos em direito civil. Não permite a indole do nosso trabalho a exposição e critica dos diversos systemas que ácerca delle tem sido formulados pelos publicistas e sancionados pelos legisladores, e nem sequer a tal respeito apresentamos a nossa opinião, que se não coaduna com o systema que

o Código admittiu, designadamente em materia de filiação espuria.

Tendo em vista, nas reformas que propomos, harmonisar entre si, ou com os principios de que derivam, as disposições consignadas no Código, e reconhecendo, com fundado orgulho, que o systema do nosso Código sobre investigação de paternidade illegitima é, entre os que nos Códigos modernos tem sido sancionados, um dos mais liberaes, indicaremos apenas as modificações que no artigo 130.º devem introduzir-se no sentido de se permittir a investigação da paternidade em alguns casos nelle não especificados, e que o deveriam ter sido, attentas as razões que levaram o auctor do Código a fazer ao principio de que não é permittida a acção de investigação de paternidade illegitima as excepções naquelle artigo consignadas.

Entré as razões, que se adduzem para não admittir, em principio, a acção de investigação de paternidade illegitima, occupa sem duvida o primeiro lugar, excluida a filiação espuria, a da difficuldade e incerteza da prova. É verdade que aos juizes compete a apreciação dos factos allegados, mas basta a possibilidade de um erro judiciario que tenha por effeito attribuir a alguém uma falsa paternidade, para que o legislador deva pro-

ceder, em tão melindroso assumpto, com a maior prudencia. Se a justiça não pode, para tornar effectivos os seus dictames, recuar perante debates escandalosos, e se a protecção dos interesses da familia legitimamente constituida não deve ir até ao extremo de se desconhecere[m] quaesquer direitos aos filhos illegitimos e de se lhes recusar portanto os meios de os fazerem valer, forçoso é que se attenda á difficuldade que ha em apurar o facto da paternidade, e que se não permita que a vil exploração vá, por entre perigosas incertezas, ferir a honra e assaltar a fortuna dos cidadãos.

Admittimos, pois, em principio a prohibição da investigação de paternidade illegitima.

Casos ha, porem, em que é possivel determinar, se não com certeza, pelo menos com elevado gráu de probabilidade, o facto da paternidade. Assim, pode o proprio pae tel-o confessado em documento escripto que não reuna os requisitos necessarios para prova da filiação, ou haver tractado o filho por tal; ter vivido em concubinato durante a epoca da concepção com a mãe e ser voz publica que esta só com elle tivera relações, etc.

Ora, verificando-se qualquer facto, cuja prova, como a dos que especificamos, seja conjunctamente a da paternidade, restando apenas provar a identidade do filho, em que o legislador nenhuns perigos tem a reccar, deve ser permittida a acção de investigação de paternidade illegitima. E foi este sem duvida alguma o criterio por que se orientou o nosso legislador ao admittir excepcionalmente a referida acção nos casos especificados nos n.ºs 1.º a 3.º do artigo 130.º É nossa opinião, porem, que foi pouco rigoroso ao deduzir as consequencias do principio que adoptou.

Assim, se o Codigo é por um lado pouco exigente, considerando admissivel a acção de investigação de paternidade illegitima, quando o pae haja expressamente reconhecido o filho em qualquer escripto, é por outro lado demasiadamente rigoroso, exigindo para o mesmo effeito a posse de estado com os mesmos

requisitos que para a prova da filiação legitima, e não admittindo a referida acção, quando o pae haja vivido em concubinato com a mãe durante a epoca da concepção.

Tractemos em primeiro logar da posse de estado.

Não basta, para a admissibilidade da acção de investigação de paternidade illegitima, que o pae, por confissão verbal repetida, em reconhecimento de todos os dias, haja tractado o filho por tal; é necessario que este assim seja tambem tractado pelos parentes do pae e pelo publico. Expondo o systema do Codigo, diz o conselheiro Dias Ferreira: «A posse de estado quando nella se fundar o pedido «é indispensavel para a *procedencia* da acção, como a prova da filiação para o «julgamento do pedido. Não podem os «tribunaes introduzir nas familias individos que lhes não pertençam realmente pelos vinculos do sangue e que «nellas não estejam pela vontade do pae «e da familia, e pelo consenso publico. «Torna-se preciso para a posse de estado «o reconhecimento do filho por todos os «parentes do pretense pae, incluindo os «interessados na acção, apesar dos julgados em contrario, porque na lei o que «está é que as acções de investigação de «paternidade illegitima, quando fundadas «na posse de estado, não podem vingar «senão verificado o concurso cumulativo «dos tres pedidos.»¹

Não se nos afigura verdadeira a doutrina exposta pelo considerado commentador, quando sustenta ser necessario que o lillo seja como tal reconhecido por todos os parentes do pae. Certo é, porem, que, por mais benigna que seja a interpretação que se dê ao n.º 2.º do artigo 130.º, nunca se poderá considerar procedente a acção de investigação de paternidade illegitima, quando o pae tenha parentes e nenhum haja reconhecido o filho, embora o pae sempre o tenha tractado por tal.

¹ *Codigo civil portuguezs anotado*, 2.ª edição, tomo 1.º, paginas 111 e 112.

E se esta hypothese é inadmissivel tractando-se de um filho legitimo, já o mesmo se não pode dizer a respeito de um filho illegitimo. Questões de interesse e sentimentos dê honra podem suscitar e tem suscitado incompatibilidades na familia, que levem esta a nunca considerar como parente o filho illegitimo de um dos seus membros.

O facto capital é o de o pae haver tractado publicamente o filho por tal, chamando-lhe filho, cuidando da sua educação, etc. Verificando-se este facto, que, sem grave perigo, pode ser provado por testemunhas, parece-nos que se deve permitir a acção de investigação de paternidade illegitima. A confissão publica, repetida, não tem menos valor que a feita num escripto particular.

Afigura-se-nos mesmo que é pouco coerente admitir a posse de estado, nos termos em que o Código o faz, para a procedencia da acção de investigação de paternidade illegitima, ao mesmo tempo que se admite como prova sufficiente da filiação legitima, na falta do registo do nascimento ou de documento authenticocomprobativo dessa filiação. Quem *possue* o estado de filho illegitimo não tem que investigar a paternidade. Nesse caso, verificado que seja o facto da posse, o da paternidade é uma consequencia inilludivel. Dizer que a posse de estado é necessaria para a procedencia da acção e a prova da filiação para o julgamento do pedido é sustentar uma doutrina que, se está de accôrdo com a letra da lei, é completamente inaceitavel em face dos principios e da propria natureza das cousas.

No n.º 3.º, em que de passagem notaremos haver um lapso de redacção, dizendo-se *epoca do nascimento* em vez de *epoca da concepção*, admite-se a acção de investigação de paternidade illegitima, quando haja estupro violento ou raptio, e se dê qualquer destes factos nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos que precederam o nascimento do filho. Não nos parece que, apesar da referencia feita ao artigo 101.º,

haja a favor da paternidade illegitima a presumpção que neste artigo se estabelece para a legitima, sendo admissivel qualquer prova por que o raptor ou esturador pretenda demonstrar que a concepção não coincidiu realmente com o facto do raptio ou do estupro. Assim, poderá determinar-se por meio de peritos qual foi realmente o tempo da gestação uterina illidindo-se a presumpção estabelecida na lei; poderá provar-se que a mãe teve, durante a epoca assignada á concepção, relações com outro individuo, etc.

Ha, porem, a bem fundada presumpção de que o raptor ou esturador seja o pae, e bem procedeu o legislador em admitir neste caso a acção de investigação de paternidade illegitima. Deveria, porem, ser coerente, admitindo-a tambem quando o pae tenha vivido em concubinato com a mãe durante a epoca da concepção, e que seja voz publica que ella só com elle tivera relações.

Não foi sem fundamento que alguns legisladores attribuiram ao concubinato effeitos relativamente aos filhos, e parece-nos que de modo algum deverá prohibir-se a acção de investigação de paternidade illegitima no caso de o haver. Em geral existe da parte da mulher que vive nessas condições fidelidade ao amante, e, quando a não haja, este poderá provar o facto em juizo, o que bastará para que lhe não seja attribuida a paternidade.

Em harmonia com as considerações expostas modificariamos pela seguinte forma os n.ºs 2.º e 3.º do artigo 130.º:

«2.º Tendo-o o pae reputado e tractado publicamente por filho;

«3.º No caso de estupro violento, de raptio ou de concubinato, coincidindo a epoca da concepção, nos termos indicados no artigo 101.º, com a epoca de qualquer desses factos.

«§ unico. Estes factos não serão tomados em consideração, quando se verificar que a mãe tivera relações nessa epoca com outro homem.»

54. No artigo 133.º n.º 2.º, parecia-nos conveniente assignar um praso

dentro do qual o filho que obtenha o documento deva propôr a acção.

Tambem seria conveniente resolver as duvidas que se teem suscitado sobre a admissibilidade, por parte dos herdeiros do filho, da acção de investigação de paternidade.

Parece-nos que essa acção deveria ser prohibida, exceptuando o caso de esses herdeiros serem descendentes, e que deveria admittir-se tambem neste mesmo caso a perfilhação voluntaria pelos paes depois da morte do liho.

No artigo 135.º, cuja doutrina nos abstemos de criticar em toda a sua amplitude, porque isso nos levaria muito longe, é necessario declarar que os filhos espurios não são estranhos aos paes e á familia destes em materia de casamento. Do modo por que o artigo está redigido parece dever concluir-se que entre os lihos espurios e entre elles e os parentes do pae não existe impedimento algum para o referido contracto, o que é completamente inadmissivel em face dos principios da moral.

Tambem nos parece que, dados os casos especificados no artigo 136.º, se deveria reconhecer o direito de os filhos espurios succederem uns aos outros, quando se lhes não attribua o direito de succederem aos paes na falta de descendentes legitimos.

Não pode invocar-se, contra a doutrina que defendemos, o escandalo publico, nem os interesses da familia legitimamente constituída. O escandalo deu-se com os factos especificados no artigo 136.º, os quaes são por lei considerados sufficientes para prova da paternidade e da maternidade; os interesses da familia legitima ficam devidamente salvaguardados.

E dadas as relações de lihação, que a propria lei reconhece, não devem estabelecer-se, relativamente aos direitos dos filhos, restricções que só podem ter explicação (que será ao mesmo tempo a sua condemnação) no odio que o legislador vote a esses filhos.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1575, pagina 244)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 55. No artigo 166.º deve fazer-se referencia ao caso previsto no artigo 277.º — 56. As disposições do nosso direito, relativas a suspensão e perda do poder paternal, devem soffrer uma larga remodelação no sentido de serem inhibidos desse poder os paes que delle se tornem indignos. — 57. O artigo 174.º deve ser alterado.

55. Nas disposições do Codigo civil respeitantes ao poder paternal devem introduzir-se, além das que já indicámos a proposito das segundas nupcias, algumas modificações.

Assim, no artigo 166.º deve fazer-se referencia ao caso previsto no artigo 277.º A falta de tal referencia e a impossibilidade de coexistirem o poder paternal e a tutela tem levado os nossos tribunaes a pronunciarem julgados encontrados,

applicando em alguns accordãos o artigo 166.º, apesar da perllilhação se ter effectuado posteriormente á nomeação de tutor feita pelo primeiro perflilhante, e decidindo noutros que a referida nomeação importa a suspensão ou a perda do poder paternal para o segundo perflilhante¹.

Parece-nos que é esta a verdadeira doutrina, pois os artigos 166.º e 277.º podem conciliar-se, não sendo este mais do que uma excepção ao principio naquelle formulado, excepção que se justifica pelo receio de que a perflilhação seja devida a intuitos ambiciosos.

No artigo 277.º parece que o legislador attendeu, para excluir o segundo perflilhante do poder paternal, só ao facto da nomeação do tutor, e que, tendo portanto esta sido feita em testamento ou escriptura anteriormente á referida perflilhação, produz effecto, determinando a perda ou suspensão do poder paternal

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de julho de 1878 e de 30 de março de 1886, nesta *Revista*, volume 17.º, n.º 843, pagina 175, e no *Boletim dos Tribunaes*, 1.º anno, pagina 372, e os accordãos da Relação do Porto de 11 de julho de 1878 e 17 de fevereiro de 1891, nesta *Revista*, volume 11.º, n.º 532, pagina 279, e na *Revista dos Tribunaes*, volume 10.º, pagina 121.

para o segundo perflilhante. Sendo assim, e é esta a opinião do conselheiro Dias Ferreira¹, o artigo 277.º constitue tambem uma excepção ao principio formulado no artigo 193.º

Não concordamos com esta doutrina, porque a nomeação de tutor, ou seja feita em testamento ou em escriptura publica, só produz effeito por morte dos paes; e, se ao tempo em que esta se verifica, já o filho houver sido perflilhado, a nomeação de tutor não pode produzir effeito algum, salvo o caso de impedimento daquelle dos paes que sobreviver. As disposições que regulam a nomeação de tutor testamentario são as mesmas para os filhos legitimos e illegitimos, salvas as excepções expressamente consignadas no Codigo, como resulta do principio exarado no artigo 166.º, e, em harmonia com as referidas disposições, parece-nos que não pode deixar de considerar-se verdadeira a doutrina que acabamos de expôr.

Para evitar, porém, quaesquer duvidas a este respeito, redigiríamos assim o artigo 166.º:

«Os filhos menores perflilhados estão «sujeitos ao poder paternal da mesma «fórma que os filhos legitimos; excepto «se os paes houverem contestado a sua «paternidade, e forem convencidos judicialmente, e se o primeiro dos paes «perflilhantes houver nomeado tutor ao «filho, e a perflilhação do outro pae se der «posteriormente á morte daquelle. . .»

56. Relativamente á suspensão e termo do poder paternal, não só devem modificar-se os artigos 168.º e 170.º, harmonizando-os com o direito vigente, e ampliar-se o disposto no artigo 169.º ao caso em que a suspensão do poder paternal seja motivada por surdo-mutismo, mas até devem introduzir-se profundas alterações no nosso direito respeitante a esta importantissima materia.

Em virtude das disposições da Nova Reforma Penal e dos principios exarados no Codigo civil não ha actualmente con-

demnação alguma criminal de que resulte a suspensão ou perda do pátrio poder. A propria condemnação penal pelos crimes que os paes commettam contra os filhos não produz effeito algum a esse respeito, pois que, para que os paes sejam inhibidos de reger a pessoa e administrar os bens dos filhos por qualquer abuso que commettam no exercicio do poder paternal, é necessario que algum parente ou o ministerio publico o requeiram, e que, o conselho de familia julgue procedente a arguição que elles façam contra os paes.

Não resulta portanto a perda do poder paternal do facto de o pae haver sido condemnado por attentar contra a vida do filho ou contra o seu pudor.

Mas ha mais. Os paes que pelo seu procedimento escandaloso não deem as minimas garantias de que educarão convenientemente os filhos, tanto physica como moralmente, não podem, só por esse facto, ser inhibidos das faculdades que a lei lhes confere. Ora é no lar domestico que se formam os bons cidadãos, e, quando elle, em vez de uma escola de virtudes, é um antro de vicios, cria os mendigos, os vadios e os criminosos. Não raro succede que são os proprios paes que, abusando da sua situação, fazem entrar os filhos na vida da mendicidade, da vadiagem e da devassidão.

O Estado, já pela protecção que deve aos menores, já pelo seu proprio interesse, de modo algum pode descurar este assumpto, e a experiencia largamente nos tem mostrado não poder considerar-se efficaz o preceito consignado no artigo 141.º do Codigo civil, para evitar ou cohibir os abusos do poder paternal. Necessario é, pois, que por meio de disposições adequadas se proteja effizamente a infancia, no lar domestico, e que o legislador não fixe simplesmente a vista nas fabricas, pois o lar domestico pode ser ainda mais perigoso do que estas.

Sobre este assumpto julgamos digna de ser imitada pelo nosso legislador a lei francesa de 24 de julho de 1889, que tem por titulo *Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, em

¹ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 1.º, pagina 154.

que se estabelece um systema completo de causas que determinam de pleno direito a perda do poder paternal, ou auctorizam o poder judicial a inhibir total ou parcialmente os paes desse poder.

Por essa lei a perda do poder paternal resulta, como consequencia legal, das seguintes condemnações dos paes: por excitação habitual do seu proprio filho á devassidão, — pela reincidencia na excitação habitual de quaesquer menores á devassidão, — por qualquer crime commettido contra a pessoa do filho, — pela reincidencia no delicto commettido contra a pessoa do filho, — por crime commettido pelo pae junctamente com o filho.

A perda do poder paternal é auctorizada em qualquer dos seguintes casos: condemnação por qualquer crime, exceptuados os politicos, — segunda condemnação por subtracção, occultação, exposição ou abandono de creanças, ou por vadiagem, — segunda condemnação por embriaguez em publico, — qualquer condemnação pela applicação da lei de 7 de dezembro de 1874, isto é, por os paes entregarem o filho a pessoa que exerça uma das chamadas profissões ambulantes ou a pessoas que exerçam a profissão da mendicidade, e por os empregarem publicamente, ou sob as apparencias de um officio, na mendicidade, — pela primeira condemnação por excitar os menores á devassidão, — por entregarem o filho a uma casa de correcção em virtude do disposto no artigo 66.º do Codice penal, — e, fóra do caso de qualquer condemnação penal, quando os paes, pela sua embriaguez habitual, mau procedimento notorio e escandaloso, ou por maus tractos comprometterem a saude, a segurança ou a moralidade do filho.

Pela lei de 19 de abril de 1898, sobre a repressão das violencias e attentados commettidos contra os filhos, os juizes, a quem compete a instrucção e julgamento dos crimes, podem resolver sobre a collocação dos filhos, tirando-os aos paes e entregando-os a um parente, a uma pessoa caritativa ou á assistencia publica.

Essa lei permite tambem que os juizes decretem a perda parcial do poder

paternal. Assim, podem privar os paes do direito de terem os filhos em sua companhia e ainda decretar a perda desse poder só em relação a um dos filhos.

Pela lei de 1889 a perda do poder paternal não é irremediavel e definitiva. O pae e a mãe teem o direito de pedir a sua reintegração nesse poder, quando, se forem d'elle privados em virtude de condemnação criminal, se tenham rehabilitado, e, se o tiverem sido pelo tribunal civil, e sem que hajam incorrido em condemnação criminal, tres annos depois de a sentença haver passado em julgado.

Ahi fica em resumo o que na legislação franceza, onde o assumpto foi largamente estudado, se encontra acerca da perda do poder paternal relativamente aos paes que d'elle se tornem indignos.

No Codice civil allemão, promulgado em 18 de agosto de 1896, lemos a este respeito o seguinte no artigo 1666.º:

«Se o interesse moral ou physico do «filho corre perigo, por o pae abusar do «direito de tractar da pessoa do filho, o «desprezar, ou ter um procedimento des- «honroso ou immoral, o tribunal das «tutelas deve tomar as providencias ne- «cessarias para evitar o perigo. Espe- «cialmente, pode ordenar que o filho «seja collocado em casa de uma familia «decente que o eduque, num estabeleci- «mento de educação ou numa casa de «correcção. Se o pae offendeu o direito «do filho a alimentos, e se ha motivo «para receiar que este direito seja gra- «vemente posto em perigo de futuro, «pode privar-se o pae da administração «e do usufructo legaes.»

Poder-se-hia modificar neste sentido a redacção do artigo 141.º do nosso Codice, estabelecendo-se na legislação penal e na administrativa as providencias complementares.

Terminaremos este assumpto, notando que, embora da condemnação criminal não resulte actualmente nem a suspensão nem a perda do patrio poder, ha todavia penas cujo cumprimento é incompativel com o exercicio desse poder, e torna-se

portanto necessario providenciar acerca dos illios que por esse facto não tenham quem convenientemente os eduque.

57. No artigo 174.º ha uma incoherencia do legislador, que já notámos, e que deve desaparecer.

Por esse artigo impõe-se a obrigação alimenticia aos irmãos legitimos, germanos, uterinos ou consanguineos, subsidiariamente e pela ordem exposta. Ora é sabido que a obrigação alimenticia tem por base a successão legitima, e o legislador não só fez, sem razão alguma, uma excepção a esse principio relativamente aos irmãos, mas foi preferir, contra o systema por elle adoptado em materia de tutela, os irmãos uterinos aos consanguineos.

Sucedendo os irmãos germanos, relativamente aos uterinos e consanguineos, em dobrada parte da herança, devem tambem contribuir em parte dobrada para os alimentos, não se estabelecendo para todos elles uma obrigação subsidiaria mas conjuncta. É neste sentido que, em nosso parecer, se deve alterar a disposição do artigo 174.º

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1576, pagina 260)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 58. Modificações que devem introduzir-se na redacção de alguns artigos respeitantes a tutela dos menores. — 59. É necessario alterar os artigos 304.º e 306.º, harmonizando este ultimo com as disposições reguladoras dos direitos conjugaes.

58. O artigo 187.º, em que se enumeram as entidades que formam a tutela, está incompleto, pois não se faz nelle referencia ao conselho de tutela, cuja organização e attribuições estão reguladas no artigo 226.º

As epigraphes das secções 2.ª, 3.ª e 4.ª do capitulo 3.º, titulo IX, são inexactas, pois não se tracta nellas senão de uma das entidades da tutela, devendo esta palavra ser substituida por — *tutor*.

A redacção do artigo 195.º deve ser modificada de modo que delle se não

possa inferir, por argumento *a contrario sensu*, que, cessando o impedimento da mãe, a nomeação de tutor feita pelo pae subsiste, ficando assim a mãe privada do direito que tinha de o nomear. Esta doutrina que, como já demonstrámos¹, é inaceitavel em face dos principios consignados no Codigo, de modo algum pode justificar-se.

O proprio conselheiro Dias Ferreira, que na interpretação do artigo referido segue doutrina diversa da nossa, condemna-a sob este ponto de vista. Assim diz elle que «pelo projecto primitivo ficava «com razão sem effeito a nomeação pelo «pae no impedimento da mãe, ou pela «mãe no impedimento do pae, logo que «cessasse o impedimento, porque, achan-do-se um e outro igualmente investidos «do patrio poder, era ao sobrevivente que «devia pertencer a nomeação»².

O artigo deverá ser redigido como estava no projecto primitivo (artigo 198.º); sendo de notar que a Commissão revisora o approvou, sem modificação alguma, em sessão de 19 de junho de 1860, e não

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 34.º, n.º 1489, pagina 10.

² Veja-se a *obra citada*, 2.ª edição, volume 1.º, pagina 154.

consta das *Actas* que tomasse mais alguma resolução ácerca delle.

No artigo 200.º n.ºs 3.º e 4.º deveria adoptar-se, relativamente aos ascendentes e aos irmãos, o mesmo principio que se adopta para os tios no n.º 5.º do mesmo artigo — o da preferencia pela idoneidade relativa. Não ha motivo algum que racionalmente justifique a distincção, nem pode admittir-se que circumstancias fortuitas como a da idade ou a de o parentesco ser pela linha paterna ou pela materna devam determinar qualquer preferencia, num assumpto em que especialmente se deve attender á idoneidade para desempenhar um cargo tão importante como é o da tutela.

No artigo 205.º deve modificar-se a sua redacção de modo que abranja o tutor testamentario nomeado pelos paes, nos casos em que essa nomeação não tem de ser confirmada pelo conselho de familia. Não ha duvida de que, ainda mesmo nesses casos, tem de haver protutor, pois o artigo 187.º considera-o como uma das entidades da tutela, sem estabelecer distincção alguma; o artigo 205.º declara que *em todos os casos de tutela haverá um protutor*, e o artigo 235.º n.º 1.º commina a pena da remoção da tutela ao tutor testamentario ou *legitimo*, que começar a exercer o seu cargo antes da nomeação do protutor.

Devem portanto ser supprimidas no artigo 224.º as palavras — *nos casos em que deve haver esta nomeação*, e acrescentar-se ao artigo 205.º — «ou em sessão «que para esse fim fôr convocada».

Ácerca do artigo 214.º tem havido graves duvidas sobre se está em vigor, depois das alterações que pela Nova Reforma Penal foram feitas ao artigo 189.º do Codigo penal, e conveniente é que sejam resolvidas, pois a jurisprudencia ainda não pode considerar-se assente a este respeito.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta que a falta de vogal do conselho de familia nos inventarios é punida nos termos do artigo 214.º do Codigo civil, não havendo esse artigo sido revogado, «porque «o artigo 188.º do Codigo penal expres-

«samente resalva o caso de por lei ou «disposição de igual força se achar esta «belecida pena diversa»¹.

Expozemos nesta *Revista* doutrina contraria, baseando-nos em que o § 2.º do artigo 188.º do Codigo penal agrava a pena estabelecida no artigo com a de multa por seis menses, *se a desobediencia fôr qualificada*, e em que o artigo 189.º considera como desobediencia qualificada a que fôr feita na qualidade de membro do conselho de familia².

A doutrina que sustentámos é a que tem sido seguida pelos tribunaes³. Despreendendo-nos, porem, da questão de exegese, achamos mais razoavel a que está consignada no Codigo civil, afigurando-se-nos que é a que deve ser sancionada.

No artigo 284.º devem introduzir-se as modificações necessarias para o harmonizar com a actual legislação administrativa relativa aos expostos, abandonados e desvalidos.

59. Pelo que respeita á emancipação, começaremos por notar a incoherencia que existe entre os artigos 304.º n.º 2.º, e 1061.º § 1.º

Por este artigo compete conceder licença para o casamento, na falta dos paes ao avô que exercer a tutela, que emancipa por esse meio os menores nos termos do artigo 304.º n.º 1.º, ao passo que se exige a intervenção do conselho de familia, embora o avô exerça a tutela, quando a emancipação seja feita por meio de concessão.

Escusado será notarmos que os efeitos juridicos que do casamento derivam não são menos graves que os que resultam da emancipação, e que, attribuindo-se ao avô, quando exerça a tutela, o direito de auctorisar o casamento, tambem se lhe

¹ Veja-se a obra e tomo citados, pagina 166.

² Veja-se o volume 20.º, n.º 1012, pagina 374.

³ Vejam-se os accordãos da relação do Porto de 8 de agosto de 1887, 7 de junho de 1892 e 5 de fevereiro de 1895, na *Revista dos tribunaes*, volume 6.º, pagina 184, volume 11.º, pagina 57, e volume 13.º, pagina 284.

leve dar o de emancipar, tanto mais que do casamento resulta a emancipação, logo que seja devidamente auctorisado.

A disposição consignada no artigo 306.º, que já tem suscitado duvidas nos tribunaes, difficilmente se pode harmonisar com os principios em que assenta a organização da familia, tanto em relação aos direitos dos conjuges como ao regimen de bens no matrimonio.

Por esse artigo a emancipação por casamento só produzirá os seus effectos legaes, tendo o varão dezoito annos completos, e a mulher dezeseis, e tendo sido o casamento competentemente auctorisado. Casando-se o menor sem a necessaria auctorisação, preceitna o § unico do artigo referido que continuará a ser considerado como menor emquanto á administração dos seus bens, até á maioridade; mas ser-lhe-ão arbitrados dos rendimentos dos dictos bens os alimentos necessarios ao seu estado.

Em virtude destas disposições, se o marido tiver menos de dezoito annos e a mulher menos de dezeseis, subsiste a tutela ou o poder paternal, tanto pelo que respeita á regencia da pessoa como á administração dos bens, quer o casamento haja sido auctorisado, quer não. Nesta hypothese, o menor que tenha mais de dezoito annos, sendo do sexo masculino, ou de dezeseis, sendo do feminino, ficará sujeito á tutela ou ao poder paternal, mas só pelo que respeita á administração dos seus bens.

Como combinar, porem, estas disposições com as que regulam os direitos dos conjuges?

Assim, a mulher deve obediencia ao marido (artigo 1185.º); tem obrigação de o acompanhar, excepto para país estrangeiro (artigo 1186.º); tem por domicilio o do marido (artigo 49.º); ao marido pertence a administração de todos os bens do casal e á mulher na falta ou no impedimento d'elle (artigo 1189.º). Mas o menor deve obediencia ao pae e ao tutor (artigos 142.º e 243.º n.ºs 1.º a 3.º); o domicilio legal dos menores é o de seus paes ou tutores (artigo 47.º), que

podem requerer judicialmente que lhes sejam entregues (Codigo de processo civil, artigo 667.º); aos paes e tutores pertence a administração dos bens dos menores (artigos 137.º e 243.º).

Não hesitamos em declarar que não descobrimos meio algum de conciliar entre si direitos e obrigações de tal forma encontrados. A opinião, que vimos sustentada por um douto juiz¹, de que os effectos legaes a que se refere o artigo 306.º são unicamente os da administração dos bens, é, em nosso parecer, inadmissivel, pois que o § unico do artigo 306.º respeita unicamente aos menores de mais de dezoito annos, sendo do sexo masculino, e de dezeseis, sendo do feminino. Se assim não fóra, as palavras — *continuará a ser considerado como menor* — não teriam explicação alguma, pois que, quando não houvessem attingido aquella idade, não ficariam emancipados, embora o casamento tivesse sido auctorisado.

O que poderia affirmar-se talvez era que, subsistindo no caso do § unico os effectos da menoridade unicamente pelo que respeita á administração dos bens, tambem no caso do corpo do artigo os effectos legaes deveriam restringir-se a essa administração, desapparecendo assim, pelo que respeita ao exercicio dos direitos pessoaes do marido e do pae ou tutor, as incompatibilidades notadas. Mas ficariam subsistindo ainda as incompatibilidades respeitantes á administração dos bens, a qual pertence ao marido, e á mulher na falta ou no impedimento d'elle, donde se conclue que os bens pertencentes ao marido menor devem ser administrados pela mulher.

A doutrina exposta é, porem, em nosso parecer, inaceitavel. Desde que o conjuge é menor, ha de haver necessariamente quem o represente e ao marido e á mulher só são attribuidos os encargos da tutela nos casos de interdicção por demencia e por surdo-mutismo. No caso de menoridade, nenhuma disposição ha que attribua ao marido ou á mulher a qualidade de tutores.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 22.º, n.º 1093, pagina 280.

É assim que consideramos menos verdadeira a doutrina de que a jurisdição orphanologica cessa para a mulher menor de dezeseis annos, quando o casamento tenha sido devidamente auctorizado, como já se julgou nos nossos tribunaes ¹, pois essa jurisdição não pode deixar de existir, attenta a disposição consignada no artigo 306.º que de modo algum pode ser destruido pelas disposições relativas ao exercicio dos direitos conjugaes.

Desprendendo-nos, porem, de questões de exegese, vamos expôr a nossa opinião acerca do modo por que devem harmonisar-se as disposições do Codigo, cuja antinomia deixamos notada.

Reforma radical, que mereceria o nosso inteiro applauso, seria a que prohibisse terminantemente o casamento aos menores de dezoito annos, sendo do sexo masculino, e de dezeseis, sendo do feminino.

Basta um exame superficial das funcções que a familia desempenha, seja qual fôr o aspecto sob que se considerem, individual ou social, para que não possa haver a minima hesitação em condemnar de um modo absoluto o casamento numa idade em que o organismo não está completamente desenvolvido, e em que não ha a reflexão necessaria para ponderar as gravissimas consequencias que desse acto derivam, nem o sufficiente discernimento para o exercicio dos direitos e obrigações que aos conjuges são attribuidos.

Quando não se altere, porem, a disposição consignada no artigo 1073.º, que permite contrahirem casamento aos maiores de quatorze annos, sendo do sexo masculino, e de doze, sendo do feminino, é necessario, para evitar conflictos no exercicio dos direitos paternaes e conjugaes, que se regresse ás tradições do nosso antigo direito, considerando-os emancipados só pelo facto do casamento.

Não pode justificar-se que continue sujeito ao poder paternal ou á tutela o marido, quando a lei lhe attribue, nessa qualidade e na de pae, importantissimos

direitos, como não pode justificar-se tambem que a mulher fique sujeita á jurisdição orphanologica, quando a lei preceitua que ao marido incumbe especialmente a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher (artigo 1185.º).

Caso, porem, se julgue que a emancipação só deve dar-se pelo casamento, quando os conjuges hajam attingido a idade fixada no Codigo, deve consignar-se expressamente na lei o principio de que o conjuge maior ou emancipado fica exercendo relativamente ao menor as funcções de tutor, com os mesmos direitos que no caso da interdicção por demencia ou por surdo-mutismo, sendo assim supprido o consentimento do menor, relativamente aos actos em que é exigido por lei, pelo juiz. Não ha motivo algum plausivel para estabelecer a este respeito distincção entre a incapacidade por menoridade e a que resulte da interdicção.

É em harmonia com esta doutrina dever-se-á modificar a redacção do artigo 309.º, de forma que o conjuge maior ou emancipado possa, requerendo-o ao juiz, entrar na administração dos bens do conjuge menor.

(*Continúa*).

¹ Veja-se esta *Revista* no logar atraz citado.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1577, pagina 276)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO — 60. É inadmissivel o principio, sancionado no nosso Codigo, da incapacidade absoluta dos alienados. — 61. Os artigos 306.º, 320.º e 322.º devem ser modificados — 62. Deve generalisar-se o disposto no artigo 337.º a outras enfermidades phisicas e substituir-se a tutela pela curatela, quando a interdicção só respeite á administração dos bens.

60. Um dos titulos do nosso Codigo civil que de mais urgente e radical reforma carecem é o que se inscreve — *Da incapacidade por demencia.*

Já era difficil, ao tempo em que o Projecto do Codigo civil foi elaborado, justificar o principio em que assentam as disposições do Codigo relativas á incapacidade proveniente de alienação mental — o da incapacidade absoluta do alienado, pois que em alguns Codigos estrangeiros, e, entre elles, no Codigo

civil francês, que foi a principal fonte do nosso, estavam sancionadas a esse respeito normas mais racionais, admitindo-se casos de alienação mental com incapacidade relativa (Codigo civil francês, artigo 499.º). Hoje, perante as affirmações inilludiveis da psychiatria, que admite varias especies de doenças mentaes, em que a intelligencia, a vontade e a sensibilidade podem faltar total ou parcialmente, e perante a affirmação, não menos peremptoria, da sciencia juridica de que a incapacidade legal ou a interdicção deve ser estabelecida até onde a incapacidade natural o reclame, não tem defesa alguma o principio consignado no nosso Codigo civil relativamente ao modo por que deve supprir-se a incapacidade por doenças mentaes.

Até no emprego da palavra — *demencia* — pela qual o nosso legislador traduziu, de um modo generico, estas doenças, foi elle pouco feliz. Relacionando a disposição exarada no artigo 314.º com a epigraphe do respectivo titulo, vê-se que a *demencia* era, para o auctor do nosso Codigo, *qualquer estado anormal das faculdades mentaes do qual resulte a incapacidade de reger a pessoa e administrar os bens.*

Ora a demencia constitue uma especie determinada nas doenças ou alienações

mentaes. Na classificação de Lombroso a demencia é incluída no grupo das alienações adquiridas, e define-a—o enfraquecimento de todas as faculdades intellectuaes e moraes que chega á sua total aniquilação¹.

Não somos de parecer que, para coarctar o arbitrio do poder judicial e obviar a abusos dos peritos, se especifiquem na lei as doenças mentaes em virtude das quaes se deva dar a interdicção da regencia da pessoa e da administração dos bens. Não ha classificação alguma que se possa considerar verdadeiramente scientifica, tendo todas ellas character empirico, e portanto faltam ao legislador os elementos indispensaveis para um trabalho dessa natureza, o qual aliás seria inutil, pois a classificação legal de modo algum removeria as difficuldades e portanto o arbitrio na sua applicação pratica.

No Codigo civil allemão, sem duvida alguma o mais perfeito que até hoje tem sido publicado, não se especificam as especies de alienação mental que podem ser causa de interdicção, consignando-se nelle (artigo 6.º n.º 1.º) a seguinte disposição: «Pode ser interdito o que em «consequencia de doença mental ou de «fraqueza de espirito não pode gerir os «seus negocios».

Sendo, porem, deste parecer, o que se nos afigura inadmissivel é que se denominem todas as doenças mentaes por uma palavra que apenas designa uma das suas especies. Não se pode dar o nome de demente a um maniaco, a um melancolico, a um epileptico, a um alcoolico, a um morfínico, e certo é que estas formas de alienação podem tornar o individuo incapaz de reger a sua pessoa ou administrar os seus bens e tornar-se portanto necessaria a interdicção.

Esta, porem, só deve ser geral, quando o individuo tenha uma incapacidade natural absoluta, como a que se dá no crotino, no idiota e em alguns dementes. Quando a incapacidade natural não seja

absoluta, a interdicção não deve ser geral, pois o remedio deve ser proporcionado ao mal.

Será conveniente, como fez o Codigo civil francês, determinar na lei, para o caso de interdicção parcial ou de inhabilitação, quaes os actos que o inhabilitado pode praticar?

Pronunciamo-nos pela negativa, e é essa a doutrina que está sancionada no nosso Codigo relativamente á incapacidade por surdez-mudez e por prodigalidade, em que se admite o principio de que serão interditos do exercicio pessoal dos seus direitos, nos limites da sua incapacidade, os surdos-mudos pelo que respeita á regencia da pessoa e administração dos bens e os prodigos só pelo que respeita a esta (artigos 338.º e 344.º).

Variando a incapacidade de individuo para individuo, mesmo no caso de se acharem affectados da mesma doença mental, não pode o legislador determinar previamente quaes os actos de cujo exercicio deve ser privado o alienado. Qualquer principio, que na lei se estabeleça a esse respeito, dará logar a injustiças mais revoltantes que o arbitrio do poder judicial.

No Codigo civil allemão foi sancionada a este respeito a seguinte disposição (artigo 1910.º): «Quando um maior, que «não está sob tutela, é incapaz, em consequencia de enfermidades mentaes ou «physicas, de tractar de certos negocios «particulares ou de um determinado genero de negocios, e especialmente dos «que respeitam a seus bens, pode ser-lhe «nomeado um curador para tractar desses «negocios».

E' esta a doutrina que se nos afigura que deve ser sancionada no nosso Codigo.

Em harmonia com as considerações expostas intendemos que deve ser substituída, na epigraphe do titulo x, a palavra — demencia — por — alienação mental — e que o artigo 314.º deve ser assim re-digido: «Será declarado interdito o que, «em consequencia de uma doença mental

¹ *Lezioni de medicina legale*, 2.ª edição, pagina 251.

«ou de fraqueza de espirito não tenha a «capacidade necessaria para reger a pessoa e administrar os seus bens. Quando «essa incapacidade seja absoluta, ficarão «sob tutela, e, sob curatela, quando essa «incapacidade seja relativa só a certos e «determinados actos, os quaes deverão «ser especificados na sentença da inter-«dicção».

Consignando-se no Código esta disposição, devem estabelecer-se normas especiaes para a nomeação do curador, tendo-se em consideração que nem sempre será idoneo para exercer a curatela quem o é para exercer a tutela.

61. Indicada, de um modo geral e no seu principio fundamental, a reforma que no Código deve fazer-se em materia de incapacidade por doenças mentaes, vejamos agora quaes as disposições do titulo respectivo que tem suscitado difficuldades de exegese, e que, por esse motivo, devem ser modificadas.

O artigo 316.º, em que se determinam os casos em que a interdicção por demencia pode ser requerida pelo ministerio publico, tem sido diversamente interpretado. Assim, ha quem opine que as palavras — *falta das pessoas mencionadas no artigo antecedente*, que se lêem no n.º 1.º desse artigo, significam *não existencia*, enquanto que outros sustentam que significam *o facto de essas pessoas, embora existam, não requererem a interdicção*¹. Somos de parecer que a exegese rigorosa é a primeira, porquanto, se a palavra — *falta* — significasse a abstenção de requererem a interdicção, não se comprehenderia o n.º 2.º do artigo, pois ficaria sendo completamente superfluo.

Se pensamos, porem, assim como interpretes, parece-nos que, em virtude da protecção que a sociedade deve aos alienados e para evitar que sejam victimas de uma vil exploração por parte dos parentes, em cujas alleições o nosso legislador depositou demasiada confiança, ao

ministerio publico deve ser imposta a obrigação de requerer a interdicção por alienação mental, sempre que os parentes a não requeiram, e que o alienado possa ser por esse motivo prejudicado no seu patrimonio, alterando-se neste sentido o artigo 316.º

O artigo 320.º n.º 3.º, em que se preceitua que, na falta do conjuge e dos pais, será deferida a tutela aos filhos maiores, tambem tem suscitado duvidas. Na opinião do conselheiro Dias Ferreira, a palavra — *filhos* — refere-se a ambos os sexos, porque é esse o sentido em que aquella palavra se toma quando vem desacompanhada de outra designação¹. Nesta *Revista*² sustentámos que na palavra — *filhos* — o legislador só comprehende os do sexo masculino, não podendo portanto as filhas ser tutoras legitimas nem dativas. Legitimas, porque o artigo 234.º n.º 3.º preceitua que só as ascendentes do menor podem ser tutores, protutores ou vogaes do conselho de familia, e esse artigo é applicavel á tutela dos alienados por força do disposto no artigo 328.º; dativas, porque o n.º 4.º do artigo 320.º prohibe que seja nomeada tutor a pessoa que deva succeder ao interdito.

É neste sentido que se tem pronunciado a jurisprudencia, mas parecia-nos mais razoavel que se não tirasse a tutela dos paes dementes a uma filha para a confiar a um estranho, e que se modificasse neste sentido a disposição consignada no n.º 3.º do artigo 320.º

Ao artigo 322.º, em que se dispõe que no caso de a tutela recair no pae ou na mãe exercerão estes o poder paternal, já o Supremo Tribunal de Justiça deu uma interpretação, em virtude da qual foi attribuido á mãe o usufructo de um filho interdito por surdo-mutismo. No respectivo accordão diz-se que «a regra de «que o direito do usufructo, concedido

¹ Veja-se o dr. Abel d'Andrade, *A vida do direito civil*, opusculo v, pagina 19, nota 2.

¹ Veja-se a obra citada, 1.º volume, pagina 228.

² Veja-se o volume 15.º, n.º 741, pagina 196.

«aos paes, se extingue pela maioria de
«ou emancipação dos filhos, não é appli-
«cavel aos interdictos por serem demen-
«tes, porque, enquanto se conservam
«neste estado, são sempre equiparados
«aos menores, e os paes exercem sobre
«elles o seu poder paternal em toda a
«sua extensão e em todos os effeitos
«legaes, contando-se o direito ao usu-
«fructo dos bens»¹.

Esta doutrina é completamente inaccet-
tavel. Approximando-se o artigo 322.º
do artigo 321.º vê-se que dos artigos
101.º e seguintes só devem ser appli-
cados aos interdictos os que regulam a
incapacidade e não os que determinam
os direitos que os paes teem quanto á
propriedade e ao usufructo dos bens ad-
quiridos pelos menores. Nem a applica-
ção destes artigos poderia fazer-se sem
que surgissem antinomias irreductiveis,
como, por exemplo, na hypothese de o
interdicto ser casado e de o conjuge
não poder, por incapacidade legal, ser
tutor.

Apesar de não hesitarmos em consi-
derar inadmissivel a doutrina susten-
tada pelo Supremo Tribunal de Justiça,
parece-nos conveniente que se modifique
a redacção do artigo 322.º de modo a
evitar ou prevenir de futuro quaesquer
duvidas.

62. Relativamente á incapacidade dos
surdos-mudos, deve ser modificada a re-
dacção do artigo 337.º, de modo que elles
fiquem sob *tutela* ou *curatela* conforme
sejam inhibidos da regencia da sua
pessoa e bens ou só da administração
total ou parcial dos bens. A confusão
que o Codigo faz entre a tutela e a cura-
tela é inadmissivel, sendo, como são,
muito diversas a natureza e as conse-
quencias que derivam da tutela e da
curatela, e não podendo duvidar se, em
face do principio formulado no artigo
338.º, que a incapacidade do interdicto
pode respeitar só á administração dos

bens e, mesmo quanto a estes, ser re-
stricta.

Tambem nos parece que sem razão
alguma se excluíram do artigo 337.º os
mudos e os cegos. E alem destas enfer-
midades outras ha que tambem podem,
pelo seu gráu de permanencia, tornar ne-
cessaria a nomeação de um curador.

Em nossa opinião a expressão —
surdos-mudos, que se lê na epigraphe
do titulo XI, deveria ser substituida por
enfermidade physica e modificada da se-
guinte forma a redacção do artigo 337.º:
«O maior que, em virtude de enfermi-
«dade physica, e designadamente se fôr
«surdo, cego, ou mudo, não poder reger
«a sua pessoa ou administrar os seus bens
«será posto sob tutela ou ser-lhe-á no-
«meado um curador, conforme fôr abso-
«luta ou relativa a incapacidade».

Redigindo-se assim este artigo, deve
ser substituida por — *curatela* — a pala-
vra — *tutela* — do artigo 338.º e dizer-se
no artigo 339.º: «A tutela ou curatela
«podem ser requeridas...».

(*Continúa*).

¹ Accordão de 18 de agosto de 1885, nesta *Revista*,
volume 27.º, n.º 1279, pagina 461.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 4577, pagina 276)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 63. Deve ser alterado o artigo 340.º no sentido de se admittir tambem a interdicção por prodigalidade nos casos em que o prodigo não seja casado, nem tenha ascendentes ou descendentes legitimos. — 64. Modificações que devem introduzir-se nos artigos 379.º a 384.º para resolver as duvidas que elles teem suscitado.

63. O artigo 340.º, em que se estabelece, como condição para que seja decretada a interdicção por prodigalidade, que o prodigo seja casado ou tenha ascendentes ou descendentes legitimos, tem sido diversamente interpretado.

Sustentámos nesta *Revista* ¹ que a interdicção por prodigalidade podia ser decretada havendo filhos perflhados, e que

a palavra — *legitimos* — tinha a mesma significação que — *legitimarios*, baseando-nos não só em que o artigo 341.º, em que se determina quem pode requerer essa interdicção, fala em *descendentes* sem fazer distincção alguma, mas ainda no espirito da lei, sendo que o lillo legitimo não pode invocar para a interdicção por prodigalidade titulo algum, nem o da obrigação alimenticia, nem o da successão legitimaria, que não possa ser invocado tambem pelo lillo perflhado.

O conselheiro Dias Ferreira expõe doutrina contraria ¹, que tem sido tambem a seguida em alguns accordãos ², affirmando que os filhos perflhados não podem requerer a interdicção por prodigalidade, e que esta só pode ser decretada sendo o prodigo casado, ou tendo herdeiros legitimo-legitimarios.

Não contestamos que a letra do artigo 340.º, os trabalhos preparatorios do Código civil ³ e o character da disposição, que exclue a sua applicação extensiva auctorisam esta interpretação; mas é in-

¹ *Código civil português annotado*, 1.º volume, pagina 241 da 2.ª edição.

² Veja-se o accordão da relação de Lisboa de 12 de junho de 1872, nesta *Revista*, volume 9.º, n.º 418, pagina 27.

³ Vejam-se as *Actas* da Comissão revisora, pagina 56.

contestavel que de modo algum pode defender-se em face dos principios, e que o legislador caiu até numa deploravel incoherencia, negando não só aos irmãos, mas até aos lillos pertilhados o direito de requererem a interdicção por prodigalidade, e impondo-lhes a obrigação alimenticia.

Alguns membros da Commissão revisora impugnaram de um modo absoluto, baseando-se na natureza do direito de propriedade e na impossibilidade de definir precisamente a prodigalidade, a interdicção por prodigalidade; e, se é certo que não conseguiram que as suas idéas vingassem, talvez não pouco influissem para que fossem reduzidos os casos em que essa interdicção era admittida pelo Projecto primitivo, em que aliás se notava já a incoherencia de se reconhecer aos ascendentes, descendentes e irmãos legitimos o direito de requererem a interdicção por prodigalidade, recusando-se esse direito aos ascendentes e descendentes illegitimos.

Ora o que a justiça pedia era que, em vez de se restringirem os casos em que pelo Projecto primitivo era admittida a interdicção por prodigalidade, fossem ampliados, não se estabelecendo como condição o ser o prodigo casado ou ter ascendentes ou descendentes, e attribuindo-se o direito de a requerer a qualquer parente successivel, á mulher e aos seus parentes, e ao ministerio publico.

Pelo Codice allemão são attribuidos á prodigalidade os mesmos efeitos que á fraqueza de espirito; e com razão: pois não pode contestar-se que ou tem desequilibrio mental ou é fraco de espirito quem dissipa os seus bens por habito e de forma a poder cair na indigencia, comprometendo não só o futuro de sua familia mas o proprio; e até em algumas doenças mentaes, como na melancolia, na hypocondria, na mania como uma das notas caracteristicas a tendencia para o desprezo dos bens¹.

Na legislação romana eram os prodigos equiparados aos loucos, e o mesmo succedia na nossa antiga legislação, que os sujeitava á interdicção como os dementes, podendo essa interdicção ser requerida pela mulher e pelos parentes.

A nossa antiga legislação devia ser modificada no sentido de se limitarem os efeitos da interdicção á administração total ou parcial dos bens, nos termos em que o Codice civil o fez; mas de modo algum devia restringir-se a interdicção por prodigalidade aos casos em que o prodigo seja casado ou tenha ascendentes ou descendentes legitimos.

Não representa a interdicção uma pena que a sociedade inflija ao prodigo, mas uma protecção que lhe dispensa, em beneficio proprio e de sua familia, evitando que seja victima de torpes explorações pela falta de sufficiente capacidade para administrar o seu patrimonio. A privação da autonomia civil só constitue uma verdadeira usurpação dos direitos individuaes, quando o individuo tem as condições necessarias para os exercer pessoalmente.

Ora a prodigalidade habitual revela que não existe essa capacidade, e, sendo assim, essa falta deve ser supprida pela curatela. O proprio legislador assim o reconheceu em principio, considerando o prodigo como *incapaz*, e ninguem pode contestar que essa incapacidade tanto se dá em quem tenha familia legitimamente constituida como em quem a não tenha.

Como não pode estabelecer-se um criterio seguro por onde se verifique se ha prodigalidade, tem que admittir-se a este respeito o prudente arbitrio do juiz. Parece-nos todavia conveniente, visto que um individuo pode gastar mais ou menos conforme a fortuna que tem, que se declare na lei que só pode ser interdicto quem dissipe os seus bens de forma que haja grave receio de que venha a cair na indigencia.

Em harmonia com as considerações que acabamos de fazer parece-nos que os ar-

¹ Krafft-Ebing, *Trattato de psicopatologia forense*, traducção de Borri, pagina 530.

Artigos 340.º e 341.º deverão ser assim alterados:

«Artigo 340.º Serão interdictas da administração dos seus bens as pessoas maiores ou emancipadas que, por sua habitual prodigalidade, se exponham a si ou á sua familia a cair na indigencia.

«Artigo 341.º Esta interdicção pode ser requerida pelos parentes do prodigo, por sua mulher, por qualquer parente desta, e pelo ministerio publico.»

O artigo 343.º, em que se preceitua que a acção de interdicção seja processada sem citação do arguido, deve ser tambem alterado. Tractando-se de privar o prodigo da sua autonomia civil, parece-nos injustificavel que elle não seja ouvido sobre os factos que para legitimar esse pedido se allegam, tanto mais que fica no prudente arbitrio do juiz avaliar, conforme as circumstancias, se esses factos são ou não sufficientes para caracterisar a prodigalidade, e que a defesa do pretensio prodigo constituirá sem duvida um dos mais seguros meios de informação. E para evitar que o prodigo dissipe num momento, após a citação, os seus bens, é sufficiente preceituar que podem ser annullados os actos praticados pelo prodigo desde que foi proposta a acção de interdicção.

64. Os artigos 379.º a 381.º, em que se classificam as cousas *em relação ás pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que dellas se podem livremente aproveitar, em publicas, communs e particulares*, tem suscitado graves divergencias na nossa jurisprudencia, que respeitam principalmente á propriedade das cousas publicas e communs.

Começaremos por notar uma das causas dessas divergencias na diversidade de redacção entre a epigraphe do titulo, de que fazem parte os artigos referidos, e o artigo 379.º Se attendermos á epigraphe, parece que o legislador só teve

em vista para essa classificação *as pessoas a quem as cousas pertencem*, donde alguns juriconsultos tem tirado a illação de que as palavras do artigo 379.º — *ou dellas se podem livremente aproveitar* — não representam mais do que a repetição da mesma idéa, sendo que o dominio dessas cousas pertence ás mesmas pessoas a quem pertence o seu uso.

Será assim?

Tractemos em primeiro logar das cousas publicas.

Temos sustentado nesta *Revista*¹ a doutrina de que não pertence aos individuos que dellas se aproveitam, mas ao Estado ou ás corporações locaes que as administram, a propriedade das cousas publicas, e persistimos na mesma convicção.

Vê-se do artigo 380.º que as cousas publicas não são cousas *nullius*, pois foram *apropriadas ou produzidas pelo Estado e corporações publicas*, e a sua propriedade não pode attribuir-se ás pessoas que dellas directamente se utilisam, quando não se considerem organicamente representadas no Estado ou corporações publicas a que pertencem, porque as cousas publicas, emquanto conservarem essa natureza, são insusceptiveis de propriedade privada. Por outro lado, é ao Estado e ás corporações publicas que pertence, relativamente ás cousas publicas, o direito de exclusão e de defesa, de restituição e de indemnisação e a faculdade de dispôr dellas como proprias, logo que percam a qualidade de publicas.

O facto de serem inalienaveis e imprescriptiveis e de estarem fóra do commercio não exclue o dominio por parte do Estado e das corporações locaes, significando apenas que o direito de propriedade não é pleno, mas limitado, não é actual, mas virtual. Sendo consagradas ao uso commum

¹ Volume 13.º, n.º 634, pagina 146.

das gerações presentes e das futuras, diz-se que essas cousas estão no *dominio publico*, porque todos se podem utilizar dellas e não porque lhes pertença a propriedade. Se assim não fôra, teriamos o direito de compropriedade e a consequente faculdade de requerer a divisão.

Pertencendo a propriedade das cousas publicas ao Estado ou ás corporações locais, não podem todavia confundir-se com os bens *patrimoniaes*, pois que estes, ou sejam destinados, como os quartéis, as fortalezas, as Universidades, a um serviço publico, ou a satisfazer, pela sua troca por outros bens, necessidades publicas, não podem ser directamente utilizados pelos cidadãos.

Não é portanto pelas pessoas a quem pertence o direito de propriedade que se distinguem as cousas publicas das *patrimoniaes*, mas pelo seu fim ou destino.

Pelo que respeita ás cousas communs, não determina o Codigo a quem pertence a sua propriedade, declarando apenas que são as cousas naturaes ou artificiaes, *não individualmente apropriadas*, das quaes só é permittido tirar proveito aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação publica. Não ha duvida, porem, de que essas cousas estão apropriadas, de que a sua propriedade não pertence aos que dellas se aproveitam, pois que, nesse caso, havendo propriedade commum, estariam individualmente apropriadas.

Parece-nos, pois, que o dominio dessas cousas, como communs, não pode deixar de se considerar em principio pertencente ao municipio ou á parochia.

As cousas que são communs sob certos aspectos podem ser, porem, sob outros aspectos, publicas ou particulares.

E' assim que não pertence só aos individuos que residam numa determinada circumscripção, mas a todos, naturaes ou estrangeiros, o direito de pescar nas aguas communs, e o de aproveitar para as primeiras necessidades a agua dos re-

servatorios, poços e fontes construidos á custa das camaras municipaes e das juntas de parochia¹; que só os vizinhos podem occupar as substancias vegetaes produzidas nessas aguas e que os leitos ou alveos das correntes de uso commum se consideram publicos, communs ou particulares, conforme a categoria a que pertencer o terreno que atravessarem, sendo portanto particular o leito ou alveo da corrente de uso commum que atravessa um predio particular.

D'aqui a difficuldade que ha em caracterisar devidamente as cousas communs e em formular portanto uma noção legal pela qual se delimitem com precisão e se determine a quem pertence a sua propriedade.

Afigura-se-nos em todo o caso que algumas modificações podem introduzir-se nos artigos 379.º a 381.º, que esclareçam algumas das duvidas que teem suscitado.

Assim, deve acrescentar-se á epigraphie do titulo em que foram incluidos esses artigos as palavras — *ou dellas podem directamente aproveitar-se*.

No artigo 379.º deve substituir-se o adverbio — *livremente* — por — *directamente*, pois é pelo uso directo, que pode ser livre ou não, que as cousas publicas e communs se distinguem das *patrimoniaes*.

No artigo 380.º podem substituir-se as palavras — *apropriadas ou produzidas pelo Estado* — por — *pertencentes ao Estado*. Para que pertençam ao Estado ou ás corporações publicas é necessario que por elles fossem apropriadas ou produzidas, e resolver-se-á assim a duvida quanto á propriedade dessas cousas.

(Continúa).

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1394, pagina 113.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Mannel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Mannel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1579, pagina 308)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO — 64 (cont.). Modificações que devem introduzir-se nos artigos 379.º a 381.º para resolver as duvidas que elles teem suscitado. — 65. A disposição transitoria consignada no artigo 438.º deve ser esclarecida, precisando-se o sentido das palavras — *lei* — e — *uso e costume*, e tambem é conveniente determinar o alcance da expressão — *justo titulo* — que se lê no artigo 450.º

64 (cont.). Quanto ao artigo 381.º, parece-nos que poderá ser assim modificado: «São communs as cousas naturaes ou artificiaes de que, em relação ao fim a que especialmente são destinadas, só é permittido utilisarem-se directamente, guardados os regulamentos administrativos, os individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que della façam parte, e cuja propriedade, salvas as excepções

«consignadas na lei, pertence á respectiva corporação.»

Redigido assim o artigo, desaparecerá a antinomia que se nota entre elle e algumas disposições do Codigo, em que se attribue a todos os cidadãos o direito de se aproveitarem de algumas utilidades que as cousas communs prestam; formular-se-á a verdadeira caracteristica destas cousas, que consiste em se attribuir directamente aos habitantes de uma determinada circumscripção administrativa, ou o goso directo de todas as utilidades que a cousa presta, ou só de parte dessas utilidades, e resolver-se-ão as duvidas que se suscitam na nossa jurisprudencia relativamente á propriedade das cousas communs.

A este respeito notaremos que nos parece muito contestavel, e desharmonico até com as disposições relativas ás aguas publicas, o principio de que o leito ou alveo da corrente ou lago de uso commum forma parte integrante dos predios que atravessa ou lhe ficam adjacentes.

Sabido é que a agua, considerada na corrente ou em lago, é uma cousa immovel, formando um todo com o respectivo leito ou alveo e as margens, e, sendo assim, desde que a corrente ou o lago seja commum, commum se deve

considerar também o leito e as margens. Afigura-se-nos, pois, contradictorio considerar o leito como individualmente apropriado, e como coisa commum, e portanto não individualmente apropriada, nos termos do artigo 381.º, a corrente ou o lago.

É justo que, mudando o curso da corrente, a propriedade do leito ou da parte deste que pela corrente fôr abandonada, seja attribuida aos proprietarios marginaes. Nesse caso applicar-se-á, porem, o principio da accessão, em virtude do qual ficará pertencendo ao predio o leito que até então tinha, com a corrente, uma existencia autonoma.

E este mesmo principio se deveria applicar aos leitos ou alveos das correntes navegaveis e fluctuaveis.

Quanto aos lagos, quer sejam públicos, quer communs, parece-nos que, attento o facto de que a altura das aguas, regulada pelo ponto de saida, quasi sempre se conserva inalteravel, e que se mantem assim ordinariamente fixas as margens, não deveria ser attribuido aos proprietarios marginaes o direito de accessão.

Quando aos proprietarios marginaes das correntes e dos lagos de uso commum não seja attribuido o direito de propriedade dos respectivos leitos ou alveos, alterando-se nesse sentido as disposições consignadas no Codigo civil e no decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, o artigo 381.º deveria ser redigido de forma que, sem excepção, se attribuisse ás corporações administrativas a propriedade das cousas communs.

Alem das modificações a que acabamos de nos referir, deverão introduzir-se no Codigo civil as alterações que, relativamente á classificação das aguas, foram feitas pelo citado decreto de 1 de dezembro de 1892, no qual se consignaram a este respeito algumas disposições, que se nos afiguram inaceitaveis. E' assim que, por esse decreto, se consideram communs os lagos, lagoas ou pantanos circumdados por diferentes predios particulares (artigo 2.º), ao mesmo tempo que (artigo 3.º) se consi-

deram particulares as aguas que, ultrapassando o predio particular em que nascem, atravessem outros predios particulares e sejam nestes consumidas.

Não desenvolveremos este assumpto, porque a remodelação da nossa legislação sobre aguas, que sabemos que está constituindo objecto de estudos por iniciativa do ministerio das obras publicas, a fim de se harmonisarem devidamente os interesses da economia agricola e da industrial, exigia um largo desenvolvimento que de modo algum se compadece com a indole do nosso trabalho.

65. Não deixa de nos causar certa estranheza que, tendo sido authenticamente interpretadas na proposta disposições transitorias do Codigo civil, entre as quaes algumas que não podem já suscitar questões judiciaes, se deixasse no olvido o artigo 438.º, ácerca do qual tão graves duvidas se tem suscitado na jurisprudencia, quanto ao sentido em que devem tomar-se as expressões — *direitos adquiridos sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume*.

Vamos expôr resumidamente essas divergencias e a nossa opinião sobre o modo por que devem ser resolvidas.

Pela palavra — *lei*, intendem alguns juriconsultos¹ que o legislador quiz significar tanto a lei geral anterior, e designadamente a resolução regia de 17 de agosto de 1775 e o alvará de 27 de novembro de 1804, como qualquer lei especial por que tivesse sido concedido, anteriormente ao Codigo, o direito a certas e determinadas aguas, como o decreto de 3 de julho de 1758 em relação ás aguas do rio de Barcarena e a lei de 2 de julho de 1867 em relação ás do Alviella; e outros sustentam que o Codigo apenas se referiu a esta legislação, excluindo a geral².

¹ Dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegaveis nem fluctuaveis segundo o direito civil moderno*, paginas 234 a 246. Veja-se também esta *Revista*, volume 23.º, n.º 1130, pagina 296.

² Veja-se esta *Revista*, volume 7.º, n.º 340, pagina 435, e o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 1.º, pagina 310.

Quanto ás palavras — *uso e costume*, têm sido interpretadas como significando já o *costume local* ou o *uso e costume geral da terra*, já o uso e costume como fonte de direito nos termos da lei de 18 de agosto de 1769, já a posse de que haja resultado a prescrição¹.

Não expondo os argumentos em que se tenha fundamentado ou possa fundamentar-se qualquer das referidas interpretações sobre a significação das palavras — *lei* — e — *uso e costume*, procuraremos determinar qual foi o pensamento do legislador ao consignar no Código os artigos 438.º e 444.º § unico, e indicar as modificações que, para o traduzir de uma forma clara, se devem fazer na redacção do artigo 438.º

O fim do legislador ao exarar no Código os artigos 438.º e 444.º § unico foi incontestavelmente o de salvaguardar os direitos que, em face da legislação em vigor ao tempo em que foi promulgado o Código civil e que este alterou profundamente, houvessem sido legitimamente adquiridos, tanto em relação ás aguas que pela antiga legislação eram publicas e que pelo Código ficaram sendo communs, como ás particulares. Nem podia o legislador desconhecer esses direitos, já porque não tinha para isso competencia, pois as côrtes que approvaram o Código civil não tinham o character de constituintes e só estas podem attribuir ás leis effeito retroactivo (Carta constitucional, artigos 144.º e 145.º § 2.º), já porque iria causar as mais graves perturbações na nossa economia agricola e industrial.

Sendo este o pensamento do legislador, os artigos 438.º e 444.º § unico não representam mais do que um meio de resolver as difficuldades que na sua applicação pratica suscitaria o artigo 8.º, em que se encontra formulado o principio geral rela-

tivo á applicação das leis no tempo, difficuldades que poderiam suscitar-se, já em virtude da natureza especial das relações juridicas em materia de aguas, sendo que o direito adquirido tem neste caso character perpetuo, já em virtude das condições necessarias para a prescrição.

Era esta admittida pela legislação antiga como um meio legitimo de adquirir direito ao uso das aguas, mas podendo este uso representar actos meramente facultativos e não devendo basear-se nestes a prescrição, necessario era definir, principalmente pelo facto de o Código declarar imprescriptivel o direito ás aguas das correntes não navegaveis nem fluctuaveis e das fontes e nascentes, quaes as condições que devia revestir a posse para que, havendo decorrido o tempo necessario para a prescrição no dominio da legislação antiga, essa prescrição se considerasse como um direito adquirido.

O direito ao uso das aguas podia ser adquirido em virtude da nossa legislação antiga, não só pela prescrição, mas pela preocupação, e tambem o podia ser, nos termos das leis e de usos e costumes locais, por contracto com os proprietarios das mesmas aguas, por concessão expressa feita pelos mesmos proprietarios entre os quaes se incluia o Estado como proprietario das aguas publicas. Ora o legislador quiz resalvar todos esses direitos, e a todos comprehendeu realmente, quando ás palavras — *lei* — e — *uso e costume* — se attribua o sentido de *lei geral ou local, escripta ou consuetudinaria*.

Não foi, porem, feliz o legislador dizendo — *direitos adquiridos sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume*. Pela lei e pelo costume, quer sejam geraes, quer sejam locais, não se attribuem direitos a aguas determinadas; simplesmente se estabelecem normas pelas quaes esses direitos podem adquirir-se. Essas leis e costumes conferem faculdades que se concretisam pelos factos acquisitivos realisados em harmonia com ellas, e só por estes é que se torna certo e determinado o objecto da relação juridica.

Da defeituosa redacção da lei, derivou o considerar-se a palavra — *lei* — como

¹ Veja-se dr. Assis Teixeira, *obra citada*, paginas 246 e seguintes, e os auctores por elle citados, e o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de julho de 1902, na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 16.º, pagina 396.

referindo-se unicamente á *lei especial por que se attribua o direito ao uso de determinadas aguas* e a palavra — *uso e costume* — como synonyma de *posse*. Para se vêr, porem, que não deve ligar-se a essas palavras tal significação, bastará attender a que a lei especial está comprehendida nas palavras — *concessão expressa* — e a posse na *prescrição*, a que o mesmo artigo se refere. Nem seria admissivel, baseando-nos, como faz o conselheiro Dias Ferreira, nas palavras — *certas e determinadas aguas*, dar á palavra — *lei* — o sentido de lei especial, e á palavra — *uso e costume* — o sentido de *direito consuetudinario local*, pois que, sendo este uma norma de proceder dos individuos de uma determinada localidade, não pode só de per si representar um direito individual a certas e determinadas aguas.

A expressão — *direitos adquiridos sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume* — não pode, em nossa opinião, deixar de significar o direito adquirido em virtude de um facto *adquisitivo realiado em harmonia com a lei, uso ou costume*.

Para traduzir esta idéa, desnecessarias se tornam as palavras — *lei* — e — *uso e costume*, pois que só pode haver direitos adquiridos em virtude de um facto que, pela legislação em vigor ao tempo em que se realisa, produza certas e determinadas consequencias juridicas. E desnecessario é tambem falar em *sentença*, pois que esta não faz mais do que reconhecer o direito adquirido. Outro tanto se não dá com a concessão que haja sido feita pelo Estado, a qual, quando não tenha natureza contractual, reveste um caracter precario.

Em harmonia com as considerações expostas, parece-nos que as duvidas que o artigo 438.º tem suscitado desaparecerão, quando se lhe dê a seguinte redacção: «O que fica disposto nos artigos «precedentes não prejudicará os direitos «legitimamente adquiridos ao tempo da «promulgação deste Codigo e as concessões que hajam sido feitas do uso de «certas e determinadas aguas.» E não é necessario, attenta a disposição consi-

gnada no § unico, fazer referencia no corpo do artigo á prescrição.

As palavras — *justo titulo* — que o legislador empregou no artigo 450.º tambem teem suscitado duvidas de interpretação. Assim ha quem sustente com o conselheiro Dias Ferreira ¹ que essas palavras se referem a qualquer titulo legitimo de aquisição, tanto nos termos da lei nova, como da antiga, não sendo applicaveis, na hypothese do artigo 450.º, os artigos 438.º e 439.º, que só regulam as aguas não navegaveis nem fluctuaveis e quaesquer outras a que o legislador faça expressa referencia; emquanto que outros consideram essa disposição subordinada ao preceito consignado no § unico do artigo 444.º, significando portanto as palavras — *justo titulo* — qualquer dos meios de aquisição a que aquelle artigo se refere.

A duvida é fundamentada e conveniente seria que fosse devidamente esclarecida.

Em nossa opinião o artigo 450.º nas palavras — *aguas desse predio* — refere-se tanto ás subterraneas com ás fontes e nascentes, não fazendo entre ellas, nem devendo fazer, distincção alguma, e talvez o artigo deva ser interpretado neste sentido.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1580, pagina 324)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 66. Devem harmonisar-se as disposições consignadas nos artigos 486.º, 2354.º, 2367.º e 2370.º — 67. É conveniente resolver a duvida, que em face da redacção do artigo 542.º se tem suscitado, sobre se pode ser deferido juramento aos herdeiros do devedor, e bem assim a que resulta da combinação entre este artigo e o artigo 544.º sobre a admissibilidade do juramento depois de decorrido o prazo fixado neste artigo. — 68. Deve fazer-se desaparecer a antinomia que ha entre os artigos 545.º, 543.º, 544.º, 1642.º e 1684.º

66. Entre os artigos 486.º, 2354.º, 2367.º e 2370.º nota-se a seguinte contradicção: os dois primeiros admittem a defesa da posse e da propriedade, repellindo a força pela força, nos mesmos casos em que os dois ultimos declaram illegitima a defesa propria, quando seja possivel o recurso á força publica.

Esta antinomia, que resultou das modificações introduzidas pela Comissão

revisora no artigo 578.º do Projecto primitivo, correspondente ao artigo 486.º do Código¹, deu logar a opiniões encontradas na jurisprudencia sobre o modo por que deviam conciliar-se aquellas disposições².

Pela Nova Reforma Penal desapareceu essa antinomia, ficando a legitimidade da defesa propria dependente da possibilidade do recurso á força publica, quer se tracte da defesa das pessoas, quer da propriedade (Codigo penal, artigos 44.º n.º 5.º, 46.º n.º 2.º), e não sendo permittido a ninguem defender-se, repellindo a força pela força, se a violação ou usurpação de que fór victima não representar uma modificação no seu estado actual (Codigo penal, artigo 46.º n.º 1.º).

Neste sentido devem ser alterados os artigos 486.º e 2354.º

67. A redacção do artigo 542.º suscitou a seguinte duvida, que não está definitivamente resolvida. O juramento só pode ser deferido aos originarios deve-

¹ Vejam-se as *Actas da Comissão revisora*, paginas 104 e 105.

² Veja-se o dr. Dias da Silva, *Estudo sobre a responsabilidade civil*, volume 1.º, paginas 170 a 183.

dores, ou poderá sel-o também aos seus herdeiros e representantes?

Apesar de a expressão — *pessoa que a oppõe* — comprehender tanto o originario devedor como os seus herdeiros ou representantes, tem-se affirmado, já pelo confronto entre esse artigo e o artigo 2275.º do Codigo civil francês, que parece ter sido a sua fonte, já em virtude das disposições consignadas nos artigos 2411.º n.º 2.º e 2520.º, que o juramento só pode ser deferido ao originario devedor, não se admittindo excepção alguma¹.

Afigura-se-nos que, não obstante ser o juramento o unico meio de prova de que pode soccorrer-se o credor na hypothese prevista no artigo 542.º, a disposição neste exarada não pode deixar de considerar-se subordinada ao preceituado no artigo 2520.º, e que portanto não pode exigir-se o juramento senão sobre *factos que toquem pessoalmente á parte a quem é deferido*. É opinião nossa, porem, que se tem exagerado o alcance destas palavras, não admittindo o denominado *juramento de credulidade*, e consequentemente que ao herdeiro possa ser deferido o juramento, quando este tenha pessoalmente conhecimento de que a divida foi ou não paga.

A expressão — *factos que toquem pessoalmente á parte* — não significa, em nosso parecer, só os factos pessoaes que determinaram a formação, modificação ou extincção da relação juridica, ou que lhe digam respeito. Grammaticalmente não pode defender-se tal restricção, e, juridicamente, mostra-nos que é inadmissivel o artigo 2411.º n.º 2.º, em que se declara que a confissão em depoimento requerido pela parte pode ser exigida *sobre factos pessoaes certos e determinados, relativos ao objecto em questão, ou de que a parte possa ter conhecimento*.

Sendo a mesma a natureza da confissão e do juramento decisorio, afigura-se-nos incontestavel que a expressão citada do artigo 2520.º se deve inter-

pretar pelo n.º 2.º do artigo 2411.º E a justiça assim o exige, sendo que a parte pode ter conhecimento de quaesquer factos respeitantes á relação juridica que é objecto do litigio, mesmo no caso de não ter intervindo pessoalmente nessa relação, que sejam sufficientes para decidir a questão. Assim, pode o herdeiro saber, porque o proprio autor da herança lh'o declarou, que a divida não foi paga.

Este facto toca pessoalmente ao herdeiro, e intendemos portanto que pode ser exigido juramento sobre elle.

No logar proprio proporemos a modificação que deve introduzir-se na redacção do artigo 2520.º, que está sendo diversamente interpretado. Pelo que respeita ao artigo 542.º, parece-nos sufficiente, para resolver as duvidas que se tem suscitado relativamente á exigibilidade do juramento aos herdeiros do devedor, que em seguida ás palavras — *declare sob juramento* — se diga — *quando seja obrigada «a prestal-o»*.

Outra duvida que se tem suscitado relativamente ao juramento nas prescripções de curto praso, em que é admittido esse meio de prova, é — se elle pode ter logar quando haja decorrido o praso em que o credor pode oppôr ao devedor a má fé, nos termos do artigo 544.º

Não podendo haver boa ou má fé senão quando a divida realmente existe, parece que, havendo terminado o praso em que o credor não pode allegar a má fé, também lhe não é permittido recorrer ao juramento. Por outro lado, porem, o artigo 542.º não estabelece a este respeito restricção alguma, e parece que, attento o fundamento especial das prescripções de curto praso, a que este artigo respeita, que é a presumpção de pagamento, desde que não haja esta presumpção, o devedor só deve poder exonerar-se do pagamento da divida, sem que seja obrigado a prestar juramento, decorrido que seja o praso maximo da prescripção.

Em nossa opinião, é esta a doutrina que o Codigo sancionou, embora de um

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 1.º, pagina 383.

modo obscuro, sendo que o artigo 544.º, pelo logar em que foi collocado, parece dever applicar-se tanto ás prescripções de curto praso a que respeita o artigo 542.º, como ás que veem consignadas no artigo 543.º, e que teem, como vamos vêr, um fundamento muito diverso.

Assim, pelo que respeita ás prescripções a que se refere o artigo 542.º, o artigo 544.º deve, combinando-se com este, ser assim interpretado: Se já houver decorrido o praso em que o credito era exigivel, mas não o terço desse praso, a que se refere o artigo 544.º, o credor, se não allegar a má fé do devedor, só pode exigir deste o juramento, não lhe sendo permitido adduzir outras provas. Se, porem, allegar a má fé do devedor, pode exigir o juramento ou produzir outras provas, como julgar mais conveniente aos seus interesses.

Não indicaremos já a modificação que deve introduzir-se na redacção do artigo 544.º para traduzir esta doutrina, visto que outra duvida se suscita em face desse artigo, da qual vamos tractar.

68. Entre os artigos 515.º, 543.º n.º 1.º, 1642.º e 1684.º ha flagrante contradicção, que tem sido notada pela jurisprudencia e diversamente resolvida.

A todas as prescripções de curto praso especificadas no artigo 543.º parece que deve applicar-se não só a disposição generica consignada no artigo 515.º, mas a consignada no artigo 544.º, sendo portanto necessario que o devedor deduza a excepção da prescripção para que esta lhe aproveite, e, quando haja má fé, que decorra o praso de seis annos e oito meses para que se dê a prescripção.

Pelos artigos 1642.º e 1684.º é negada, porem, absolutamente ao credor qualquer acção respeitante a juros e fóros vencidos de mais de cinco annos, independentemente da excepção da prescripção, e parece portanto que os tribunaes não podem, embora o devedor não deduza a excepção, condemnal-o no pagamento.

Sendo flagrante a contradicção entre os artigos citados, pois que o n.º 1.º do

artigo 543.º refere-se expressamente ás *pensões emphyteuticas, sub-emphyteuticas e censiticas e aos juros e quaesquer prestações vencidas*, não procurou a jurisprudencia propriamente harmonisar essas disposições, mas determinar qual a que devia ser preferida.

Inclinámo-nos á opinião de que aos fóros e juros deviam applicar-se as disposições consignadas nos artigos 515.º, 543.º n.º 1.º e 544.º¹, a qual é tambem a do conselheiro Dias Ferreira, que, apesar das decisões dos tribunaes em contrario², a manteve na 2.ª edição do seu *Codigo civil português annotado*³.

Notada a contradicção, vejamos como deve ser resolvida.

Attento o fundamento especial das prescripções consignadas no artigo 543.º, se exceptuarmos a do n.º 3.º, que nelle se acha indevidamente inserida, parece-nos que contra essas prescripções não deveria oppôr-se a má fé do devedor, mantendo-se a esse respeito a doutrina votada pela Commissão revisora⁴, e que foi, em nosso parecer, inconvenientemente alterada pela Commissão de legislação civil da camara dos deputados.

O legislador, fixando o praso de cinco annos para a prescripção dos juros, fóros, prestações, etc., teve em vista evitar que, pela sua accumulacção, o credor collocasse o devedor em graves difficuldades economicas, provocando a sua ruina. E como o Estado tem interesse em que não haja graves perturbações no patrimonio dos cidadãos, não é só a utilidade

¹ Veja-se o volume 8.º, n.º 385, pagina 328, volume 15.º, n.º 754, pagina 404, volume 16.º, n.º 815, pagina 548, volume 17.º, n.º 841, pagina 134.

² Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de junho de 1877, em que todavia se affirma, relativamente aos juros, ser necessario deduzir a excepção de prescripção, de 9 de dezembro de 1884 e 12 de janeiro de 1886, nesta *Revista*, volume 15.º, n.º 749, pagina 336, e volume 28.º, n.º 1301, pagina 270; da relação de Lisboa de 19 de fevereiro de 1876, no *Direito*, 8.º anno, p.º. .: 399; da relação do Porto de 20 de dezembro de 1881 e 9 de janeiro de 1883, no *Direito*, volume 15.º, paginas 142 e 462.

³ Veja-se o tomo 2.º, 1.ª edição, pagina 88, e tomo 1.º, 2.ª edição, pagina 385.

⁴ Vejam-se as *Actas da Commissão revisora*, pagina 379, e o Projecto do Codigo civil de 1864, artigo 532.º

privada destes, mas o proprio interesse publico que aconselha o não se permittir a exigencia, decorridos que sejam cinco annos, de quaesquer prestações que se vençam periodicamente.

A respeito destas prescripções não ha, portanto, motivo para distinguir entre boa e má fé do devedor, pois é sempre certa a negligencia do credor e foi a esta e ás consequencias que della derivam para o devedor que o legislador attendeu. É tambem nenhum motivo ha para distinguir, como incoherentemente fez o legislador, entre os juros e os fóros e quaesquer outras prestações que se vençam periodicamente, pois o fim que o legislador teve em vista é o mesmo em todas ellas.

Sendo assim, a alteração que se nos afigurava mais accetavel seria a supressão do artigo 544.º, ou a sua substituição pelo artigo correspondente do Projecto de 1864.

Querendo manter-se, porem, a doutrina do Codigo relativamente ás prescripções de curto praso a que se refere o artigo 542.º, deve ampliar-se essa doutrina á prescripção consignada no n.º 3.º do artigo 543.º, e introduzir a seguinte modificação na redacção do artigo 544.º: «Contra as prescripções mencionadas nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo antecedente não pode ser opposta a má fé, e o juiz conhecerá dellas officiosamente; contra as outras prescripções mencionadas nos artigos 538.º e seguintes, não pode ser opposta a má fé, tendo decorrido os prazos marcados nesses artigos, e mais um terço dos referidos prazos, mas é permittido ao credor requerer o juramento do devedor nos termos do artigo 542.º».

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilberme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1582, pagina 356)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 69. Deve modificar-se a redacção do artigo 562.º, preceituando que não se inclua no praso da prescripção o dia em que esta começa. — 70. Devem ser modificados os artigos 642.º, 658.º, 659.º e 835.º para desfazer as duvidas que suscitam ou os erros de doutrina ou de redacção que conteeem. — 71. Duvidas que o Codigo suscita em materias de privilegios creditorios.

69. No Codigo civil, em que se nota a falta de uma disposição geral relativamente ao modo por que devem contar-se os prastos, preceitua-se relativamente á prescripção no artigo 562.º que o dia em que esta começa a correr se conta por inteiro, ainda que não seja completo, mas que o dia em que a prescripção finda deve ser completo.

Pela impossibilidade que, na maioria dos casos, ha em determinar o momento

em que se realisa o facto por que se inicia o praso, formulou-se o principio de que o dia não se conta por momentos nem por horas, mas inteiro, começando na primeira hora depois da meia noite (artigo 561.º), e como, em virtude desta regra, o computo civil apenas corresponderá ao decurso natural, quando o facto, de cuja realisação depende o praso, se realise precisamente á meia noite, sendo o praso civil menor que o natural, quando não tenha logar essa coincidencia, adoptou-se a regra de não se contar o dia em que o praso começa — *dies a quo non computatur in termino*.

Esta regra, que já se achava consignada nas Ordenações, liv. 3.º, tit. 13.º, e foi reproduzida na lei de 16 de junho de 1855, que a applicou a todos os termos judiciais, está sancionada no Codigo de processo civil, artigo 68.º § 3.º, e no Codigo commercial, artigo 311.º

Ora o artigo 562.º, preceituando que se conte por inteiro, embora não seja completo, o dia em que começa a prescripção, está em aberta contradicção com a regra a que acabamos de nos referir, applicando á prescripção, apesar da protecção que a lei deve dispensar ao proprietario ou ao credor, um systema de contagem em virtude do qual é mais curto o praso civil que o natural.

A adversativa — *mas* — parece revelar-nos não haver sido esse o pensamento do auctor do Código, sendo que não pode explicar-se a exigencia de que o ultimo dia do praso se conte por inteiro, quando neste se inclua o primeiro. A verdade, porem, é que o proprio artigo o manda contar, e que a sua letra annulla quaesquer tentativas no sentido de conciliar a disposição nelle consignada com os principios universalmente acceitos¹.

Conveniente será, pois, que se modifique a redacção do artigo citado da seguinte forma: «Não se conta no praso da prescripção o dia em que esta começa, mas conta-se o dia em que findar.»

70. No artigo 642.º consideram-se synonymos os termos — *contractos unilateraes e gratuitos*, o que não é exacto.

Para a distincção entre *contractos unilateraes* e *bilateraes* attende-se á obrigação ou vinculo que delles resulta, e para a sua classificação em *gratuitos* e *onerosos* ao seu fim economico; e, se é certo que os *contractos bilateraes* são sempre onerosos, os *contractos unilateraes* nem sempre são gratuitos. É assim que a usura, sendo um *contracto unilaterial*, pois que só o devedor fica constituido na obrigação de dar, é ao mesmo tempo um *contracto oneroso*, pois que o devedor tem não só de restituir o dinheiro ou objecto fungivel que recebeu ou uma somma equivalente, mas uma determinada retribuição em dinheiro ou em cousas de outra especie, e não houve portanto da parte do credor espirito de liberalidade, o que caracteriza os *contractos gratuitos*, mas o intuito de obter uma vantagem equivalente ao serviço que prestou, o que caracteriza os *contractos onerosos*.

Deve, pois, modificar-se a redacção do artigo 642.º, supprimindo as palavras — *gratuito* e *oneroso*, e definindo-se nelle apenas o que são *contractos unilateraes* e *bilateraes*.

No artigo 658.º diz-se que o erro sobre a causa do *contracto* pode ser de direito ou de facto, e nos artigos 659.º e 660.º determina-se quaes são as consequencias de um e de outro erro.

Tendo a palavra — *causa* — no artigo 660.º a significação de *motivo* ou *fim mediato* do acto juridico, não pode attribuir-se-lhe outro sentido no artigo 658.º, parecendo assim que o erro de direito apenas pode ser invocado, quando verse sobre os motivos que determinaram o acto ou *contracto*, não o podendo ser quando recaia sobre a razão juridica do proprio acto, que está inherente ao seu objecto ou conteúdo.

Esta doutrina é, porem, inadmissivel, pois não ha razão alguma que justifique a rescisão de um acto juridico por erro de direito ácerca do *motivo*, que se não applique tambem ao erro de direito sobre o *objecto*, e, sob este ponto de vista, bem julgou em nosso parecer a Relação de Lisboa, quando decidiu ser nullo por erro de direito um *contracto* de partilhas em que não entrou uma courella por as partes julgarem que, extincta a terceira vida do praso, este recaia no senhorio directo¹.

A verdade, porem, é que, não determinando em geral o erro de direito a nullidade do acto juridico por vicio de consentimento, pois que a lei se presume conhecida por todos os cidadãos, preceituando expressamente o artigo 659.º que o erro de direito ácerca da causa produz nullidade, e não se fazendo referencia alguma ao erro de direito sobre o objecto, parece que não pode invocar-se este erro para a annullação do *contracto* ou do acto juridico.

Para que das disposições do Código não se possa tirar esta illação, introduziríamos as seguintes modificações nos artigos 658.º e 659.º:

«Artigo 658.º O erro pode ser de direito ou de facto.»

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 10.º, n.º 469, pagina 5.

¹ Veja-se o accordão de 15 de novembro de 1873, nesta *Revista*, volume 9.º, n.º 428, pagina 187.

«Artigo 659.º O erro de direito ácerca da causa ou do objecto do contracto produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario.»

Na ultima parte do artigo 835.º ha um erro de redacção nas palavras — *e, só neste caso, responderá...*, que já foi notado pelo illustre commentador do Codigo civil com o devido desenvolvimento, indicando ao mesmo tempo a correcção que deve fazer-se¹. Abstemo-nos por isso de mais largas considerações a este respeito, e tambem nos limitamos a chamar a attenção para o § unico do mesmo artigo, em que da referencia que se faz á disposição consignada no artigo 830.º, sem se introduzir modificação alguma, parece deprender-se que o fiador não pode implorar o beneficio da divisão, quando o devedor não possa ser demandado no reino, o que não é exacto, pois o que no referido § unico se preceitua tem de applicar-se aos fiadores.

71. Na secção em que se tracta dos *privilegios creditorios e das hypothecas*, onde o auctor da proposta que estamos examinando encontrou os primeiros artigos que em seu intender deviam ser authenticamente interpretados, ha algumas disposições que devem ser esclarecidas e outras que devem ser completadas, ás quaes a proposta se não refere. Vamos indical-as, e terminaremos este estudo formulando as modificações que no Codigo devem ser introduzidas.

Nos n.ºs 1.º e 2.º e § 1.º do artigo 880.º, e n.º 1.º e § unico do artigo 881.º declaram-se privilegiados os creditos por divida de fóros, censos ou quinhões, relativos aos dois ultimos annos e ao corrente e o credito por divida de renda relativo ao ultimo anno e ao corrente, quando os onus respectivos de emphyteuse, censo, quinhão ou arrendamento, se achem registados.

Ora, não estando sujeitos a registo, por haver sido prorogado successivamente, e pelo decreto de 17 de março de 1887, indefinidamente, o praso fixado no artigo 1023.º § unico para o registo dos onus reaes constituídos antes da promulgação do Codigo civil, os onus da emphyteuse, subemphyteuse, censo e quinhão, e havendo arrendamentos para os quaes não só não é obrigatorio o registo, mas que não podem ser admittidos a elle (artigo 978.º n.º 7.º), tem-se duvidado se existe o privilegio a que respeitam os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 880.º e o n.º 1.º do artigo 881.º, independentemente de registo, nos casos em que este não é obrigatorio ou em que não é admittido.

Pronunciámo-nos pela affirmativa¹ e a mesma doutrina é seguida pelo conselheiro Dias Ferreira² e geralmente aceita, já porque os onus da emphyteuse, da subemphyteuse, do censo, do quinhão e do arrendamento valem, relativamente a terceiros, independentemente do registo (artigos 1023.º § unico, e 1621.º § 2.º), já porque não ha razão alguma para tal distincção, pois são as mesmas as relações entre o devedor e o credor, pelos creditos de fóros, censos, quinhões ou rendas, quer os respectivos onus estejam registados, quer não.

Notámos, porem, que as disposições do Codigo não estavam redigidas com a necessaria clareza, e, sendo certo que os privilegios constituem uma excepção ao principio de que todos os credores tem eguaes direitos ao patrimonio do devedor, e que as disposições da lei em que se estabelecem são portanto de interpretação restricta, não sendo admissivel a sua applicação extensiva, ha graves motivos para duvidar de que gosem de privilegio os fóros, censos, quinhões e rendas, quando os respectivos onus não estejam regista-

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, tomo 2.º, 2.ª edição, paginas 121 e 122.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 4.º, n.º 176, pagina 311.

² *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, paginas 147 e 148.

dos. Nem talvez se possa considerar precedente o argumento deduzido dos artigos 1023.º § unico e 1621.º § 2.º, sendo que esses artigos respeitam unicamente á subsistencia dos onus, e que estes não devem confundir-se com os privilegios mobiliarios estabelecidos nos artigos 880.º e 881.º, para os quaes o legislador deveria formular expressamente a excepção nos mesmos termos em que o fez para a subsistencia dos onus, se porventura a quizesse admittir.

Mostram-nos estas considerações que é conveniente resolver a duvida que as disposições referidas teem suscitado.

O artigo 882.º n.º 4.º tem motivado tambem duvidas de interpretação e até decisões encontradas dos tribunaes. É assim que ás palavras — *moveis existentes no mesmo predio* — ora se tem ligado o sentido de *mobilia, utensilios e alfaias*, interpretando-se essas palavras pelo artigo 378.º, e excluindo portanto as mercadorias ou fazendas¹, ora o de moveis por natureza, comprehendendo nelles as mercadorias ou fazendas². Parece-nos que é esta a interpretação verdadeira, mas não deixa de ser digno de reparo que no mesmo artigo a palavra — *moveis* — seja tomada em diversos sentidos, pois no n.º 3.º fala-se de *moveis* ou *machinas* e no n.º 5.º de *moveis* ou *mercadorias*, e conveniente seria que se harmonisasse a redacção daquellas disposições.

Tambem se tem duvidado se o privilegio recae sobre todos os moveis existentes na casa, ou se comprehende só os moveis do arrendatario e não os que pertençam a terceiros.

O conselheiro Dias Ferreira é desta opinião³, baseando-se em que só o arrendatario é devedor, e que ao não devedor

fica sempre livre o direito de embargar de terceiro, salvo disposição expressa e especial em contrario. Nos tribunaes tem-se seguido, porem, doutrina contraria¹, e, em nosso parecer, com razão.

No artigo 884.º n.º 4.º não se faz a respeito dos moveis existentes no predio distincção alguma, como tambem se não faz no artigo 2102.º n.º 1.º do Codigo civil francês; o artigo 879.º n.º 1.º não restringe, quanto aos creditos mobiliarios especiaes, o privilegio aos bens que pertençam ao devedor, ao contrario do que se dá com os creditos mobiliarios geraes; e, finalmente, o senhorio perde o direito de privilegio, quando os moveis saiam do predio, e não quando sejam alienados, pois que o § 4.º tambem não faz a esse respeito distincção alguma. E bem pode justificar-se a disposição, attendendo ás fraudes de que o senhorio podia ser victima.

Duvida ainda mais grave do que aquellas a que nos temos referido é a seguinte: gosarão os credores, a quem é attribuido o direito de retenção, do direito de preferencia?

Assim, pelo artigo 882.º n.º 1.º dá-se privilegio ao credito por despesas de recovagem, barcagem ou alquilaria, no valor dos objectos transportados, e pelo artigo 1414.º é attribuido ao recoveiro ou barqueiro o direito de retenção. Neste caso, coexistem o privilegio e o direito de retenção, e o mesmo se verifica na hypothese do n.º 2.º do artigo 882.º

Relativamente ao privilegio pelo preço de quaesquer moveis ou machinas ou pelo custo do concerto, para o qual não se fixa praso, ao contrario do que se dá para o privilegio especificado no n.º 1.º do artigo 883.º e sem razão alguma plausivel, o Codigo apenas o reconhece emquanto os

¹ Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 1880, no *Boletim dos tribunaes*, 6.º anno, pagina 116.

² Veja-se o accordão da Relação do Porto de 5 de novembro de 1889, na *Revista dos tribunaes*, volume 12.º, pagina 61.

³ Veja-se a obra e tomo citado, paginas 150 e 151.

¹ Veja-se o accordão da relação do Porto de 6 de dezembro de 1882, nesta *Revista*, volume 5.º, n.º 232, pagina 382, e o do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 7.º, pagina 171.

moveis ou machinas comprados existirem em poder do devedor (artigo 882.º § 3.º), e dá ao empreiteiro e ao vendedor o direito de retenção (artigos 1407.º e 1574.º). Neste caso parece-nos evidente que ao direito de retenção corresponde o de preferencia, apesar de o Codigo não o declarar expressamente.

Terá, porem, este direito o mandatario sobre o objecto do mandato, até que seja embolsado do que em razão deste se lhe deva? Terá o mesmo direito o depositario sobre o valor da cousa depositada, pelas despesas que haja feito com a sua conservação ou por causa della?

O Codigo dá-lhes expressamente o direito de retenção (artigos 1349.º e 1450.º), mas não o de preferencia, e o mesmo succede com o possuidor de boa fé relativamente a bemfeitorias e ainda em outros casos, e, sendo os privilegios estabelecidos por lei, parece que o direito de retenção significa unicamente uma garantia contra o devedor e não contra os credores deste, no caso de insolvencia. Por outro lado pode sustentar-se que ao direito de retenção corresponde sempre o de privilegio, porque o credor pode oppôr aos outros credores esse direito da mesma forma que ao devedor. até que seja integralmente pago do seu credito.

Conveniente seria que se resolvesse esta duvida, cuja gravidade desnecessario é accentuar.

Relativamente a lacunas, que conveniente seria fossem preenchidas, notaremos o não se haver considerado como privilegiado o credito por despesas com facultativos e remedios para pessoas da familia do devedor, a quem este tenha obrigação de alimentar, e o credito por despesas para vestuario do devedor e das pessoas referidas. Os n.ºs 3.º e 4.º deviam ser completados no sentido indicado, pois não ha razão alguma plausivel para só considerar privilegiados os creditos nelles especificados, excluindo os que acabamos de indicar.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1383, pagina 373)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 71 (*cont.*). Duvidas que o Codigo suscita em materia de privilegios creditorios. — 72. Duvidas que o Codigo suscita em materia de hypothecas, e que não foram resolvidas pela proposta.

71 (*cont.*). Alem das duvidas já notadas em materia de privilegios creditorios, outras se teem suscitado, que não devemos preterir.

Assim, estabelecendo o artigo 885.º privilegio mobiliario geral em todas as classes por impostos devidos á fazenda nacional, e o artigo 887.º n.º 1.º privilegio immobiliario, no valor dos bens em que recairem, por impostos devidos á fazenda nacional pelos ultimos tres annos, ha quem affirme que estes impostos gosam tambem do privilegio mobiliario geral,

havendo portanto privilegios que são ao mesmo tempo mobiliarios e immobiliarios¹.

Se esta doutrina fosse verdadeira, a fazenda nacional teria o direito de, em concurso de credores, ser paga do imposto predial sobre todos os bens mobiliarios do devedor, de preferencia a todos os outros credores privilegiados, geral ou especialmente (artigo 1003.º), e poderia portanto prejudical-os. Julgamos, porem, que os impostos, a que se refere o artigo 887.º n.º 1.º, só gosam de privilegio immobiliario, tendo de restringir-se, em harmonia com o que nelle se dispõe, o artigo 885.º Sendo os privilegios immobiliarios sempre especiaes (artigo 879.º § 2.º), não pode a fazenda nacional, pelos impostos a que corresponda um destes privilegios, gosar tambem de privilegio mobiliario geral.

E quaes são os impostos a que o artigo 887.º n.º 1.º respeita ?

O conselheiro Dias Ferreira, baseando-se nas palavras — *pelos ultimos tres annos*, affirma que elle abrange só as contribuições prediaes de repartição, que incidem

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 144.

directamente sobre os predios e costumam pagar-se todos os annos¹.

No regulamento da contribuição de registo de 23 de dezembro de 1899 foi reproduzida (artigo 16.º § unico) a disposição do artigo correspondente do regulamento de 1 de julho de 1895, pela qual a contribuição de registo tem privilegio mobiliario e immobiliario sobre os bens transmittidos, com preferencia a quaesquer creditos, ainda os mais privilegiados, podendo a fazenda nacional executar sempre esses bens, posto que tenham passado para o poder de terceiro; e, ao passo que o conselheiro Dias Ferreira diz que tal disposição regulamentar está fóra das auctorisações legaes, ha quem sustente que ella não é na essencia senão a reproducção dos artigos 885.º e 887.º n.º 1.º do Codigo civil².

Deve esclarecer-se a duvida que a redacção do artigo 887.º n.º 1.º suscita, tanto mais que a favor da fazenda publica havia, por essa contribuição, hypotheca legal pelo artigo 13.º da lei de 30 de junho de 1860, disposição que ainda era reproduzida no regulamento de 30 de junho de 1870, e, se fór verdadeira a interpretação do conselheiro Dias Ferreira, é duvidoso se essa hypotheca existe em face do Codigo civil (artigo 907.º).

Quanto á disposição citada do regulamento da contribuição de registo, pela qual parece haver por esta contribuição privilegio mobiliario especial sobre os moveis, o qual acompanha estes em poder de qualquer possuidor, parece-nos que o regulamento não pode deixar de considerar-se contrario á lei e que portanto não deve ser observado. Só nos termos dos artigos 882.º § 6.º e 1030.º e seguintes é que o credor privilegiado pode exercer os direitos de preferencia sobre os objectos a que o privilegio respeita, annullado que seja o acto ou contracto pelos quaes esses objectos passaram para

o poder de terceiro. Nem pode admitir-se doutrina contraria sem que se abra a porta ás mais revoltantes injustiças, com grave damno da estabilidade das transacções pela incerteza dos direitos por ellas adquiridos.

Tambem se teem suscitado duvidas, já ventiladas nos tribunaes, se os privilegios por impostos abrangem as multas e juros de móra. O conselheiro Dias Ferreira sustenta, relativamente aos impostos a que se refere o artigo 887.º n.º 1.º, a affirmativa, baseando-se em que, «apesar de recairem menos sobre os predios, do que sobre o devedor, dão egualmente entrada nos cofres da fazenda, são provenientes da mesma origem, e são em todo o caso creditos da fazenda nacional «pelos impostos dos ultimos tres annos». Em accordão da relação de Loanda de 6 de agosto de 1902 julgou-se, porem, com o fundamento de que as multas e juros de móra não podem considerar-se impostos e de que os privilegios são de interpretação restricta, que o privilegio da fazenda por impostos não abrange as multas e juros de móra¹.

É esta a doutrina que se nos afigura legal.

No artigo 886.º declara-se que o credor pignoratício *tem privilegio*. Esta palavra está aqui tomada em sentido improprio, sendo que a preferencia assegurada pelo penhor não vem da lei, mas do contracto, e que portanto não pode considerar-se privilegio. Essa palavra deve ser, pois, substituida por — *direito*. e desde já notaremos que não é indifferente essa substituição, attentas as duvidas que a palavra — *privilegio*, de que o legislador usou, suscita, quanto á gradação dos credores, e de que mais tarde falaremos.

72. Em materia de hypothecas muitas duvidas se teem suscitado a que a proposta se não refere, e de que vamos

¹ Obra e tomo citado, paginas 156 e 157.

² Dr Assis Teixeira, *Legislação portuguesa sobre contribuição de registo coordenada e annotada*, pagina 110.

¹ Veja-se o accordão citado na *Revista dos tribunaes*, volume 21.º, pagina 121.

tractar o mais succintamente que nos seja possível.

Poderá constituir-se hypotheca voluntaria geral, e, no caso affirmativo, abrangerá os bens futuros do devedor?

Da redacção dos artigos 888.º e 911.º parece deprehender-se que a hypotheca voluntaria deve ser sempre especial. Do artigo 936.º vê-se, porem, que pode haver hypotheca voluntaria *sem designação de bens* e portanto sem especialisação pelo que a estes respeita, determinando o regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898 no artigo 103.º como deve effectuar-se neste caso o registo.

Não havendo tempo fixado para este, e podendo elle ser feito sobre quaesquer bens immobiliarios do devedor, que sejam susceptiveis de hypotheca, vê-se que a hypotheca voluntaria geral, do mesmo modo que a legal, abrange os bens futuros do devedor¹.

Neste sentido devem harmonisar-se as disposições consignadas nos artigos 888.º, 911.º e 936.º, declarando-se ainda neste quaes são os effectos, pelo que respeita ao registo, da clausula, frequentemente usada nas escripturas hypothecarias, pela qual se constitue hypotheca em geral e em especial.

Sobre a comprehensão da hypotheca tem-se seguido na nossa jurisprudencia a doutrina de que ella não abrange as construcções que de novo se façam no terreno hypothecado, as quaes não podem considerar-se rigorosamente comprehendidas nas bemfeitorias a que se refere o n.º 2.º do artigo 891.º, tendo-se recorrido ainda, para fundamentar essa doutrina, ás modificações que a Commissão revisora introduziu no artigo correspondente do projecto primitivo (artigo 974.º n.º 1.º) em que se falava em *obras e edificações feitas no immovel, e quaesquer bemfeitorias*, e á interpretação que ao artigo 93.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, fonte do artigo 891.º do Código, foi dada

no artigo 119.º do regulamento de 4 de agosto de 1864¹.

Cumpra-nos notar, porem, que esta doutrina pode ser impugnada com ponderosas razões. Que a palavra — *bemfeitorias* — não é empregada no artigo 891.º n.º 2.º no seu sentido rigoroso vê-se da ultima parte deste artigo, pois que, pela referencia que nella evidentemente se faz, não só á disposição consignada no artigo 887.º n.º 2.º, mas tambem á do artigo 976.º, a palavra — *bemfeitorias* — comprehende não só as despesas de conservação, que gosam de privilegio imobiliario, mas as despesas de *construcção*, reparo ou melhoramentos etc. E do principio da indivisibilidade da hypotheca que fica onerando todo o predio e *cada uma das suas partes* parece-nos, que se pode concluir logicamente que as construcções que haja no predio, quer sejam anteriores á hypotheca e não se especialisem no seu titulo constitutivo, quer sejam posteriores, ficam comprehendidas na hypotheca.

A combinação do artigo 898.º com o artigo 1676.º tem suscitado graves difficuldades².

Permitte aquelle artigo que o emphyteuta constitua hypotheca sobre o dominio util, comtanto que abranja a totalidade do predio, e este preceitua que a hypotheca ou o onus não pode abranger a parte do valor do predio que corresponda ao fóro e mais um quinto.

Será vaida a hypotheca constituída no dominio util, quando exceda os limites que ao seu valor são assignados no artigo 1676.º? Que direitos tem o senhorio directo no caso de execução hypothecaria, quer use, quer não, do direito de opção, ao quinto a que se refere o artigo citado? Deverá, para a arrema-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 30.º, n.º 1355, pagina 35, e o conselheiro Dias Ferreira, *obra* e tomo citado, pagina 162.

² Veja-se esta *Revista*, volume 16.º, n.º 781, pagina 7, a *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, volume 1.º, paginas 497, 529, 543, 561 e 567, e o accordo da relação do Porto de 19 de agosto de 1885, na *Revista dos tribunaes*, volume 5.º, pagina 149.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 23.º, n.º 1112, pagina 5, e volume 33.º, n.º 1458, pagina 51.

tação, ser descontada na avaliação não só a parte do valor do predio que corresponde ao fóro, mas o quinto?

Devem ser esclarecidas as duvidas que tem havido na resposta a estas perguntas.

Em nosso parecer, o artigo 1676.º não representa mais do que uma restricção ao principio consignado no artigo 898.º, com o fim de garantir os direitos que o senhorio directo tem no caso de devolução do predio. É assim que, acompanhando a hypotheca o dominio util, no caso de consolidação dos dois dominios, o senhorio directo só fica responsavel pela divida até onde chegar o valor do predio, salva a parte do valor deste que corresponde ao fóro e mais um quinto, e que, no caso de dar-se a devolução para o senhorio directo em virtude de deteriorações no predio, pelas quaes o valor deste não seja equivalente ao do capital correspondente ao fóro e mais um quinto (artigo 1072.º), a hypotheca constituida sobre o dominio util não subsistirá.

A validade da hypotheca não fica, pois, em nossa opinião, dependente da importancia da divida, que pode ser muito superior ao valor do predio, sem deste se deduzir até o capital correspondente só ao fóro, e o senhorio directo só tem direito ao quinto nos casos especificados, não podendo pagar-se por esse valor, em caso de execução, pelos fóros em divida dos dois ultimos annos, de preferencia ao exequente, pois que o seu privilegio recae sobre os fructos ou rendas e não sobre o valor da propriedade.

A disposição consignada no artigo 901.º deve harmonisar-se com o que se preceitua no artigo 741.º, e aproveitaremos este ensejo para nos referirmos tambem ao artigo 860.º n.º 4.º, visto que suscita a mesma duvida que o artigo 901.º. no seu confronto com o artigo 741.º

Pelo artigo 741.º torna-se exigivel o cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, se, por facto do devedor, diminuíram as seguranças que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor; pelo artigo 860.º n.º 4.º dá-se ao credor o direito de exigir

do devedor outro penhor ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do praso convencionado, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou se fôr exigido por terceiro a quem pertença, e que não haja consentido no penhor, não se distinguindo portanto entre a diminuição de garantia por caso fortuito, força maior ou facto de terceiro, e por facto do devedor, e deixando duvidas, aliás resolvidas actualmente pelo Codigo de processo civil (artigo 524.º § 3.º), se o direito do credor a exigir o cumprimento da obrigação era alternativo ou subsidiario; e o artigo 901.º só dá ao credor, *qualquer que seja o motivo* por que a garantia hypothecaria se torne insufficiente, o direito de exigir o pagamento da divida, se ainda não estiver vencida, quando o devedor se recuse a reforçar a hypotheca.

Estabelecendo-se no artigo 741.º uma disposição de character geral, parece que os artigos 860.º n.º 4.º e 901.º fazem excepção a essa regra, e que, nestes termos, deve observar-se o que nelles se dispõe. Assim opina o conselheiro Dias Ferreira, notando todavia que da parte do legislador houve falta de coherencia¹.

Tem-se sustentado tambem que entre os artigos 741.º, 860.º n.º 4.º e 901.º não ha antinomia, devendo restringir-se a disposição consignada nos dois ultimos em virtude do preceito exarado no primeiro².

Quanto ao artigo 860.º n.º 4.º parece-nos que é esta a doutrina que mais se conforma com as disposições consignadas no Codigo civil, devendo ainda assim modificar-se a redacção desse artigo, em harmonia com o que se dispõe nos artigos 741.º e 524.º § 3.º do Codigo de processo civil.

Pelo que respeita ao artigo 901.º, a reproducção das palavras — *por qualquer motivo* — no artigo 518.º do Codigo de processo civil leva-nos a considerar mais

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citado, pagina 71.

² Dr. Assis Teixeira, *Das obrigações a praso segundo o Codigo civil português*.

conforme á lei a opinião do conceituado commentador do Código civil, mas, não sendo essa doutrina coherente com os principios consignados no Código, deve alterar-se essa disposição no mesmo sentido que a consignada no artigo 860.º n.º 4.º

(Continúa)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1584, pagina 389)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 72 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de hypothecas, e que não foram resolvidas pela proposta.

72 (cont.). O artigo 903.º determina que a arrematação ou adjudicação se faça sempre, seja qual fór o valor do predio e da divida assegurada por hypotheca, salvo se o credor consentir em outra cousa. Alterou este artigo a nossa antiga legislação, que não permittia a arrematação, quando o valor do predio excedesse o dobro da divida; e, apesar de haver sido combatida, em nome dos interesses do devedor, a innovação introduzida pelo Codigo, concordamos com ella, afigurando-se-nos que representa uma consequencia da natureza da garantia hypothecaria.

Pelo Codigo de processo civil, em que tambem se determina (artigo 855.º) que os bens immobiliarios serão sempre arrematados pela raiz, qualquer que seja a relação entre o seu valor e a quantia que se executa, salvo accôrdo das partes em contrario, admite-se (artigo 855.º § unico) que, se a propriedade offerecer commoda divisão, o executado possa requerer que seja posta em praça, pelo valor da execução, a parte que elle indicar como sufficiente para pagamento da mesma execução, e, neste caso, só irá á praça a propriedade toda, quando não haja quem arremate por esse preço. E preceitua-se no mesmo Codigo (artigo 853.º) que em qualquer das praças cessará a arrematação dos outros bens penhorados, logo que se conheça que o preço dos arrematados é sufficiente para pagamento do exequente e dos credores que tiverem hypotheca registada, ou que estiverem definitivamente habilitados para o concurso.

As restricções que o Codigo de processo civil introduz ao principio consignado no artigo 903.º merecem o nosso inteiro applauso, pois que, representando uma garantia para o devedor, não offendem os direitos do credor.

Mas terá o devedor o direito de requerer, quando haja varios predios hypothec-

cados, que um delles seja posto em praça de preferencia aos outros? Não lhe reconhece o Codigo de processo civil expressamente esse direito, e, em face dos artigos 888.º, 892.º e 903.º do Codigo civil sustentámos que o devedor o não tinha¹.

Se assim opinámos, em virtude das disposições citadas, não deixamos todavia de reconhecer que deve ser attribuido ao devedor esse direito, pela mesma razão que fundamenta as disposições consignadas nos artigos 853.º e 855.º § unico do Codigo de processo civil, devendo modificar-se a redacção do artigo 903.º de modo que sejam reconhecidos ao devedor hypothecario, não só os direitos de que já gosa em virtude das referidas disposições do Codigo de processo civil, mas ainda o de requerer que, havendo sido hypothecados varios predios, sejam postos em praça os que elle preferir e julgue sufficientes para o pagamento dos credores hypothecarios.

No artigo 906.º n.º 4.º estabelece-se hypotheca legal a favor do conjuge sobrevivivo, nos bens do fallecido, para pagamento do apanagio a que tenha direito, e no artigo 931.º preceitua-se que a hypotheca a favor da viuva, de que tracta o n.º citado do artigo 906.º, é constituída pelo titulo promissorio dos alfinetes, arrhas e apanagios.

Sendo apanagio o direito de alimentos que tem o conjuge, que por morte do outro se achar sem meios de subsistencia, sobre o rendimento dos bens deixados pelo fallecido, direito que tanto pertence á viuva como ao viuvo, e a que é concedida hypotheca legal, qualquer que seja o conjuge sobrevivivo, pois que o artigo 906.º n.º 4.º não faz a este respeito distincção, não se justifica que no artigo 931.º, em que apenas se tracta do modo por que a hypotheca se constitue, e se torna portanto effectiva a disposição con-

signada no artigo 906.º n.º 4.º, se declare que a hypotheca é em favor da viuva.

E tambem não pode justificar-se a referencia feita ao titulo promissorio e ás arrhas e alfinetes.

Pode um dos conjuges, na escriptura antenupcial (artigo 1166.º), ou em testamento, deixar todos ou parte dos rendimentos dos seus bens para alimentos do outro. O direito aos alimentos, que seja constituido por qualquer destes titulos, não gosa de hypotheca legal pelo n.º 4.º do artigo 906.º, mas pelo n.º 5.º do mesmo artigo, restringindo-se aquelle n.º aos alimentos que, nos termos do artigo 1232.º, sejam taxados em sentença judicial, ou por accôrdo amigavel entre o conjuge sobrevivivo e os herdeiros do fallecido. E' em face da sentença ou do respectivo contracto, portanto, que deve constituir-se a hypotheca.

Quanto ás arrhas, a que o Codigo civil só se refere nos artigos 931.º e 1003.º, sendo de notar que este contem uma disposição transitoria, e que significavam no nosso antigo direito, em sentido proprio, os bens que no contracto antenupcial o esposo promette á esposa para depois do matrimonio¹, não tem hypotheca legal pelo Codigo civil. Desta só gosam os alfinetes, ou os rendimentos de que a mulher pode dispôr livremente na constancia do matrimonio (artigo 1104.º), quando haja casado segundo o regimen dotal, donde se conclue que a viuva não pode constituir hypotheca nos bens do marido pelo que respeita aos alfinetes, e que essa hypotheca apenas subsiste durante o matrimonio.

Do que deixamos dicto resulta que o artigo 931.º contem doutrina que de modo algum se pode harmonisar com o disposto no n.º 4.º do artigo 906.º, facto que é devido a não se haver introduzido no artigo 127.º da lei de 1 de julho de 1863, fonte do artigo 931.º, as alterações correspondentes á modificação que a Com-

¹ Veja-se esta Revista, volume 20.º, n.º 1016, pagina 437.

¹ Coelho da Rocha, Inst. de dir. civ., tomo 1.º, § 282.º

missão revisora fez no artigo 101.º n.º 4.º da mesma lei, fonte do artigo 906.º n.º 4.º

Suscitou-se questão na nossa jurisprudencia sobre se a fazenda nacional gosava de hypotheca legal pelos creditos provenientes de contribuição predial e de registo em harmonia com a legislação anterior ao Codigo civil, ou se, pela promulgação deste e em virtude do que nelle se dispõe ácerca de privilegios, havia sido revogada aquella legislação¹.

Quanto á contribuição predial nenhuma duvida pode haver, em face do que dispõe o artigo 907.º, que a fazenda publica gosa de hypotheca legal. Relativamente á contribuição de registo, é que, quando se não considere abrangida no n.º 1.º do artigo 887.º, se podem suscitar duvidas.

Parece que pelo artigo 907.º os creditos, que tenham privilegio de qualquer especie, só podem ser registados como creditos hypothecarios relativamente aos bens immobiliarios sobre que o privilegio recaia, e, não havendo privilegio sobre bens immobiliarios para a contribuição de registo, pode affirmar-se que tambem não ha hypotheca por força do artigo 907.º, e que o privilegio geral sobre os bens mobiliarios, que a essa contribuição é concedido pelo Codigo, veio substituir a antiga hypotheca legal.

O artigo 907.º deverá ser modificado na sua redacção de forma que não só abranja a contribuição de registo, mas que não deixe duvidas tambem ácerca da hypotheca legal sobre o predio pelos privilegios especificados nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 880.º e n.º 1.º do artigo 881.º, duvidas que se teriam sem duvida dado na nossa jurisprudencia, se o regulamento do registo predial as não houvesse resolvido².

No artigo 909.º deve substituir-se a expressão — *todos os bens* — por — *em relação a quaesquer bens*. Harmonisar-se-á assim a redacção deste artigo com a dos artigos 917.º, 926.º n.º 3.º, 936.º e 1001.º, e tambem é conveniente substituir a expressão — *totalidade dos bens*, que se lê no artigo 927.º, redigindo este artigo de forma que só se refira á hypothese que em nosso parecer nelle se previne — a de se haver constituido na escriptura antenupcial hypotheca geral nos bens do marido a favor do dote da mulher.

Tem-se discutido se é valida ou nulla a hypotheca constituida por um proprietario numa cousa indivisa. Sustentámos nesta *Revista* que os proprietarios de um predio indiviso, mas divisivel, podem hypothecar separadamente o direito que a esse predio tiverem, e que, se o predio fôr indivisivel, a hypotheca assim constituida é nulla, e que tambem o é a hypotheca constituida sobre todo o predio, embora este seja divisivel, por um dos proprietarios sem consentimento dos outros¹. É esta a interpretação que, em nosso parecer, deve dar-se ao artigo 915.º

Notámos, porem, que theoreticamente se nos afigurava mais consequente com os principios formulados nos artigos 894.º e 2177.º, que o legislador facultasse a constituição de hypotheca sobre o direito de um proprietario no predio commum indivisivel, direito que pode ser penhorado e arrestado (Codigo de processo civil, artigos 367.º e 815.º § unico), e que não se considerasse nulla, mas restricta ao direito que o proprietario tiver no predio commum, a hypotheca que constitua sobre todo elle.

Deveria alterar-se neste sentido, em nosso parecer, o artigo 915.º

Pelo artigo 941.º n.º 1.º parece que se faculta aos credores hypothecarios o

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 17.º, n.º 856, pagina 423.

² Veja-se o accordão da relação de Lisboa de 10 de janeiro de 1874, nesta *Revista*, volume 17.º, n.º 836, pagina 57.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 19.º, n.º 937, pagina 5, e volume 34.º, n.º 1517, pagina 451.

direito de intentar a acção de expurgação de hypotheca, quando o novo possuidor de um predio a não requeira por algum dos modos indicados na lei, caso em que qualquer dos interessados pode requerer que o predio seja arrematado pelo maior preço que se obtiver, sobre aquelle que o novo possuidor tiver dado por elle, ou em que o estimar.

Pelo Codigo de processo civil não se dá aos credores o direito de requererem a expurgação da hypotheca pelo processo especial que para este effeito admittiu, ao qual unicamente teem direito os que de novo houverem adquirido a propriedade hypothecada e os doadores ou seus herdeiros no caso de revogação ou redução de doações. Não tendo processo especial, pode todavia affirmar-se, visto que o Codigo civil reconhece esse direito aos credores, que estes podem tornal-o effectivo por meio de uma acção de processo ordinario.

Não ha, porem, razão alguma para attribuir aos credores hypothecarios o direito de expurgarem a hypotheca. Quando o devedor não cumpra, o credor o que deve é promover a venda judieial do predio hypothecado, a fim de se pagar pelo seu producto.

Deve tambem modificar-se a redacção do n.º 2.º do artigo 741.º, determinando os privilegios immobiliarios a que se refere, visto que o artigo 534.º § 4.º do Codigo de processo civil se refere só aos privilegiados de que tracta o artigo 887.º, parecendo assim excluir o privilegio nos predios de que gosa a companhia das aguas de Lisboa pelos encanamentos e respectivos concertos, privilegio que já existia a favor do Estado anteriormente á publicação do Codigo de processo civil (lei de 12 de abril de 1876), e tambem o que foi concedido ás camaras pelo Codigo administrativo de 1878, e que o actual manteve no artigo 78.º, quando não se tome o referido § do artigo 534.º em sentido tão absoluto, que exclua não só os privilegios que anteriormente á publicação do Codigo de processo civil se achassem estabelecidos em leis especiaes, mas ainda os posteriores.

No citado n.º 2.º do artigo 741.º devem supprimir-se as palavras — *e dos onus registados anteriormente ás hypothecas*, pois que esses onus, acompanhando os predios, não teem de ser pagos.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1585, pagina 404)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 73. Disposições do Código civil relativas ao registo predial, que devem ser modificadas. — 74. Duvidas que o Código suscita em materia de concurso de credores, que devem ser esclarecidas.

73. Nas disposições do Código civil, respeitantes ao registo predial, é conveniente não só introduzir as alterações que nelle fizeram, pelo que respeita aos actos sujeitos a registo, o decreto de 30 de junho de 1870 e o Código de processo civil, mas attender a algumas modificações introduzidas, em disposições que podem considerar-se de character regulamentar, pelo regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898.

Quanto á modificação introduzida pelo decreto de 30 de junho de 1870, pela qual ficou havendo registo facultativo

para as servidões apparentes, conveniente era que essa modificação se ampliasse á posse.

Como já notámos a proposito do artigo 892.º do Código, interpretado na proposta que estamos apreciando, o facto da posse é patente a todos, e, sendo por este motivo que se julgou completamente desnecessario o registo das servidões apparentes, para que produzissem effeito relativamente a terceiros, pois que estão registadas nos proprios predios, devia estabelecer-se a mesma doutrina a respeito do registo da posse.

A redacção do § unico do artigo 951.º deverá ser substituida pela do artigo 163.º n.º 2.º do citado regulamento de 20 de janeiro de 1898, e tambem deverá ser modificada a do artigo 981.º, que suscitou algumas duvidas, que o referido regulamento esclareceu no artigo 167.º¹.

Por este artigo é o conservador obrigado a fazer o registo provisorio, se ao definitivo obstar o facto de se não mostrarem pagos ou assegurados os direitos

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 4.º, n.º 490, pagina 539, conselheiro Dias Ferreira, *Código civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, paginas 244 a 246, e os accordãos da relação do Porto de 6 de maio de 1870, no *Direito*, volume 1.º, pagina 480, e da relação de Lisboa de 10 de outubro de 1885, na *Gazeta da relação de Lisboa*, volume 1.º, pagina 396.

devidos á fazenda nacional. Ora o artigo 980.º do Código preceitua que não são admissíveis a registo títulos nessas condições, e vê-se, pelo confronto delle com o artigo 981.º, que se refere tanto ao provisorio como ao definitivo, tendo sido assim interpretado no regulamento de 28 de abril de 1870 (artigo 155.º n.º 7.º). O regulamento de 1898, alterando nesta parte o Código civil, fê-lo por forma que julgamos accetável, visto que pelo registo provisorio se asseguram os direitos das partes sem prejuizo algum para a fazenda publica.

Os artigos 964.º e 979.º, que se referem ás hypothecas contrahidas em país estrangeiro sobre bens existentes em Portugal, e cujas disposições, por serem uma simples applicação dos principios que regulam a propriedade immobiliaria situada no reino e a forma externa dos actos e contractos, julgamos desnecessarias, deverão, visto que nelles foram incluídos, ser redigidos de forma que comprehendam todos os actos relativos á propriedade immobiliaria que estejam sujeitos a registo.

74. Relativamente ao concurso de credores e á sua gradação, conveniente é resolver algumas duvidas que suscitam não só as disposições respectivas do Código civil, mas as do Código de processo civil, que nesta materia introduziu importantes alterações, concedendo á consignação e adjudicação de rendimentos o direito de preferencia, quando não possam subsistir como onus real, acompanhando o predio, em virtude de haver algum registo anterior de hypotheca (Código de processo civil, artigo 887.º), e dando tambem o direito de preferencia á penhora (citado Código, artigo 836.º) e ao arresto (artigo 379.º). Não pode contestar-se que esta materia tem character substantivo, pois tracta-se de direitos e não do modo por que estes se tornam effectivos perante os tribúnaes, e que o seu logar proprio é portanto no Código civil, onde devem ser inseridas as respectivas disposições, quando deste se faça uma nova publicação official.

No Código civil apenas se admittem como garantias, de que resulte preferencia para os credores, o privilegio e a hypotheca. É o que preceitua o artigo 1005.º, considerando-se no artigo 886.º o penhor como privilegio.

Mas, sendo assim, o credor pignoratício, como credor com *privilegio mobiliario especial*, deverá ser graduado em seguida á fazenda nacional, pois que esta prefere a todos os outros credores privilegiados, geral ou *especialmente*, pelo disposto no artigo 1008.º, quando, em virtude do disposto no artigo 860.º n.º 1.º o credor adquire pelo penhor o direito de ser pago da sua divida pelo valor do penhor, com *preferencia aos demais credores* do devedor e portanto á propria fazenda nacional.

A antinomia que existe entre as disposições referidas provem do facto de se haver considerado o credor pignoratício como privilegiado, quando realmente não o é.

Feita no artigo 886.º a alteração que já indicámos, desaparecerá a antinomia notada, e ás causas de preferencia que se indicam no artigo 1005.º deve acrescentar-se o penhor, collocando-o em primeiro logar.

Já nos referimos, a proposito dos privilegios, á duvida que podia suscitar-se em face do nosso Código sobre se o credor com direito de retenção legal gosava de preferencia relativamente aos outros credores. É este o logar adequado para darmos mais algum desenvolvimento a esta materia, e que ella bem merece pela sua importancia.

Não admittindo o Código civil preferencia que não tenha por fundamento o privilegio ou a hypotheca, e, havendo casos em que admittre cumulativamente o direito de retenção e o de privilegio (artigos 882.º n.º 1.º e 1414.º, 887.º n.º 2.º, 498.º e 1614.º, 882.º n.º 3.º e 1407.º), parece que, naquelles em que concede o direito de retenção e não estabelece expressamente o de preferencia, este não existe.

Se assim fôr, o possuidor de boa fé terá, pelas despesas de conservação no

predio, privilegio relativamente ás que haja feito nos ultimos tres annos; não gosará, porem, de preferencia pelas bemfeitorias uteis e pelas despesas de conservação que sejam anteriores ao praso referido, apesar de lhe ser reconhecido o direito de retenção pelos artigos 498.º e 499.º § 2.º Assim, se o proprietario hypothecar o predio, o credor hypothecario poderá mover execução no predio a fim de ser pago do seu producto de preferencia ao possuidor, apesar de este ter o direito de retenção pelas bemfeitorias, em virtude das quaes lhe era permitido, como excutido, oppôr embargos, que suspenderiam a execução, se o exequente não depositasse ou caucionasse, nos termos do artigo 806.º, a importancia em que estivessem liquidadas as bemfeitorias, ou aquella que o embarçante jurasse no espaço de vinte e quatro horas (Codigo de processo civil, artigos 912.º n.º 9.º e 919.º).

Esta doutrina afigura-se-nos inaceitavel. O direito de retenção legal é reconhecido pelo Codigo civil, quando se verificam cumulativamente as seguintes condições: detenção legitima do objecto e connexidade, pelo que respeita á causa, entre a divida e o objecto de que o credor está de posse e que tem obrigação de restituir, ou uma especie de penhor tacitamente constituido. Basta uma simples analyse dos artigos 498.º, 499.º § 2.º, 1349.º, 1407.º, 1414.º, 1450.º § unico, 1574.º e 1614.º para nos convencer-mos da verdade do que acabamos de affirmar.

Sendo assim, vê-se que o direito de retenção, que recáe sobre objectos determinados pelo augmento de valor que nelles se deu á custa do possuidor, ou porque representam serviços por este prestados ou despesas effectuadas, não deve valer só contra o proprietario desses objectos ou seus representantes, mas que deve valer tambem contra terceiros. O direito de retenção, são as proprias palavras que o indicam, implica um direito correspondente ao do penhor, e o credor pignoratício não tem só o direito de retenção, mas o de se pagar pelo producto do

objecto penhorado de preferencia aos outros credores.

Quando se admitta doutrina contraria, o direito de retenção, que o legislador concede por haver no objecto uma parte ou valor que não é do proprietario, mas do possuidor, annullar-se-ha completamente, pois que, não valendo relativamente a terceiros, os credores do proprietario poderão, pelo arresto, penhora ou hypotheca, obter preferencia e fazer arrematar o predio, sem que o credor tenha direito a pagar-se, como credor privilegiado, pelo seu producto, nos casos em que a lei não lhe reconhece esta qualidade.

Parece-nos que a doutrina que defendemos é verdadeira em face do Codigo, mas, quando assim não succeda, conveniente é que nelle seja expressamente sancionada.

Sendo o direito de retenção legal baseado na posse legitima do objecto e em a divida ser relativa a augmento de valor que se deu no objecto, ou proveniente de despesas que o possuidor effectuou por causa delle, ou ainda numa especie de penhor tacito, como no caso do mandato, parece-nos que o credor com direito de retenção deve ser equiparado ao credor pignoratício, e, se se fizesse uma larga remodelação nas disposições do Codigo civil, parece-nos que deveriam ser supprimidas as disposições em que se concede privilegio no caso de retenção, substituindô-se por uma disposição generica em que se attribua ao credor, com direito de retenção legal, os mesmos direitos que ao credor pignoratício.

Como mero trabalho de interpretação, parece-nos que deve fazer-se referencia no artigo 1005.º, em seguida aos credores pignoratícios, aos credores que tenham o direito de retenção legal, resalvando os casos em que se considerem como credores privilegiados, nos quaes terão a gradação que nas respectivas disposições lhes fór assignada.

Em seguida aos credores privilegiados e hypothecarios deve referir-se o artigo 1005.º aos que tenham a garantia da

consignação ou adjudicação de rendimentos e aos credores com penhora e arresto, quando a este respeito se julgue aceitavel a doutrina sancionada no Código de processo civil.

Conhecidas são as duvidas e as decisões encontradas dos tribunaes que teem motivado as disposições do Código de processo civil sobre esta importante materia; e, parecendo que se havia fixado a jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça sobre a interpretação dos artigos 834.º, 835.º, 836.º e 856.º do Código de processo civil, no sentido de que a penhora e o arresto só davam preferencia ao credor exequente no processo por onde se fez a arrematação dos bens, e que portanto não se seguia nas penhoras e arrestos o principio da prioridade da inscripção, que é fundamental nos creditos hypothecarios, nos ultimos accordãos, de que temos conhecimento, seguiu-se doutrina contraria. Assim, nos accordãos de 26 de junho de 1900 e de 1 de julho de 1902 julgou-se que prefere a penhora com registo anterior em harmonia com os artigos citados e com o artigo 949.º n.º 6.º do Código civil¹, e no accordão de 17 de fevereiro de 1903 que o arresto registado dá o direito de preferencia independentemente da sua conversão em penhora².

Sendo esta talvez a interpretação mais conforme ás disposições do Código de processo civil, não podemos todavia deixar de notar que essas disposições nos parecem, em parte, inaceitaveis.

O patrimonio do devedor é garantia commum dos credores, e o legislador deve evitar cautelosamente qualquer preferencia pela qual possam ser lesados os seus direitos ou legitimas expectativas. Ora não é razoavel que, só pelo facto de se haver requerido e registado um arresto, os credores, que até então eram communs, fiquem gosando de preferen-

cia relativamente a creditos anteriores de igual natureza, exactamente quando para o arresto se invoca o receio de insolvencia.

Como premio para a diligencia do arrestante, parece exaggerado. E o mesmo diremos ácerca da penhora, tanto mais que a execução nem sempre significará que o credor é mais diligente, pois não são exigiveis os creditos que ainda não estiverem vencidos.

Em nossa opinião o credor com penhora e o arrestante apenas deveriam gosar de preferencia relativamente ás dividas posteriores e ás anteriores que não tivessem data authentica ou fixada nos termos do artigo 2436.º

Suscitaram-se duvidas sobre a conciliação dos artigos 887.º n.º 3.º e 1011.º Aquelle gradua em terceiro lugar, com privilegio immobiliario, os creditos provenientes de custas judiciaes, feitas no interesse commum dos credores, ao passo que este preceitua que em todos os concursos entre credores privilegiados, de qualquer natureza que sejam, a preferencia recairá sobre o producto liquido, depois de pagas as respectivas custas, as despesas de transporte ou quaesquer outras, que forem inherentes á liquidação que se fizer para pagamento dos credores.

Depois da publicação do Código de processo civil ha quem julgue que essas duvidas não teem razão de ser, pois que, determinando elle no artigo 946.º, que pelo producto em deposito serão pagas em primeiro lugar as despesas feitas em proveito commum dos credores, tanto se applica aos bens mobiliarios como aos immobiliarios, e que foram assim modificados os artigos 887.º n.º 3.º e 1013.º, pelo que respeita á graduação do credito por custas relativas a bens immobiliarios.

Não nos parece verdadeira esta doutrina.

No artigo 946.º do Código de processo civil estabelece-se uma disposição correspondente á do artigo 1011.º do Código civil, e havendo, ao lado deste, o artigo

¹ Na *Gazeta da relação de Lisboa*, 14.º anno, pagina 94, e na *Collecção official*, anno de 1901 a 1902, pagina 336.

² Na *Collecção citada*, anno de 1902 a 1903, pagina 306.

887.º n.º 3.º, necessario se torna verificar se é possível ou não a conciliação entre esses artigos. Só no caso negativo é que deve intender-se que os artigos 887.º n.º 3.º e 1013.º foram modificados pelo Codigo de processo civil.

Ora, em nossa opinião, o artigo 887.º n.º 3.º refere-se a quaesquer custas judiciaes, em proveito commum dos credores, mas que não sejam feitas na execução. As custas judiciaes de um processo de reivindicação estão nesse caso.

Essas custas não se consideram privilegiadas pelos artigos 1011.º do Codigo civil e 946.º do Codigo de processo civil, mas pelo artigo 887.º n.º 3.º do Codigo civil, que deverá ser interpretado no sentido que acabamos de indicar¹.

Tambem devemos chamar a atenção para as duvidas que está suscitando o artigo 77.º da tabella dos emolumentos e salarios judiciaes, approvada por lei de 13 de maio de 1896².

(Continúa)

¹ Vide a *Revista dos tribunaes*, paginas 177 e 209 do 19.º anno.

² Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 262, esta *Revista*, volume 29.º, n.º 1322, pagina 56, e volume 30.º, n.º 1378, pagina 403, e a *Tabella dos emolumentos e salarios judiciaes* pelo dr. Oliveira Guimarães, pagina 441.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junlor, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1586, pagina 421)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMARIO. — 74 (cont.). Duvidas que o Código suscita em materia de concurso de credores, que devem ser esclarecidas. — 75. Modificações que devem introduzir-se em algumas disposições relativas á extinção dos privilegios e das hypothecas.

74 (cont.). No artigo 1017.º preceitua-se que, no concurso de hypothecas entre si, o pagamento será feito pela ordem da prioridade do registo, e, se a antiguidade deste fór a mesma, *pro rata*. A ultima parte deste artigo está em harmonia com o disposto no § 2.º do artigo 956.º, em que se dispõe que, se as hypothecas forem apresentadas a registo no mesmo dia, não haverá preferencia entre ellas, fazendo-se assim para as hypothecas uma excepção ao disposto no § 1.º do mesmo artigo, pelo qual, se concorrerem diversas inscripções da mesma

especie e da mesma data, a prioridade dellas será regulada pela ordem do numero que tiverem, e, se as inscripções forem da mesma data, mas de differentes especies, a prioridade dellas será regulada pela ordem da sua apresentação a registo, conforme o que constar do diario.

Não nos parece razoavel a doutrina que se acha sancionada no Código relativamente á prioridade das hypothecas. Não tendo ella por fim, visto que o credor pode exigir o registo provisorio da hypotheca, prevenir qualquer fraude de que este seja victima, somente se poderá justificar pelo receio de qualquer arbitrariedade por parte do conservador, a qual seria possivel coarctar, preceituando-se que na nota de apresentação das hypothecas a registo se declarasse a hora, e dando-se, quando fosse feita ao mesmo tempo a apresentação, preferencia á hypotheca de data mais antiga.

Não é, porem, o facto de não concordarmos com a doutrina sancionada nos artigos 956.º § 2.º e 1017.º que determinou a inclusão desses artigos nestas *Observações*: é a difficuldade que ha em conciliar essas disposições com os artigos 836.º e 887.º do Código de processo civil.

Pelo artigo 836.º o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com

preferencia a qualquer outro credor que não tiver privilegio ou *hypotheca anterior*, e pelo artigo 887.º o credor adjudicatario ou consignatario de rendimentos será pago, no caso de os bens serem arrematados livres desse onus, com preferencia a quaesquer credores communs e aos hypothecarios que tiverem registo posterior ao da adjudicação.

Não havendo preferencias entre as hypothecas que sejam registadas no mesmo dia, parece que, havendo sido apresentadas a registo, no mesmo dia, primeiro uma hypotheca, em seguida uma penhora, depois um contracto de consignação de rendimentos, e finalmente outra hypotheca, a penhora prefere ás hypothecas, por estas se não poderem considerar anteriores, mas as hypothecas preferem á consignação de rendimentos, por não serem posteriores.

Não é esta, porem, a verdadeira doutrina.

A disposição do § 2.º do artigo 956.º, como excepcional que é, só se applica quando concorrerem entre si varias hypothecas; desde que no concurso entrem credores com penhora, arresto ou consignação de rendimentos, tem de observar-se, nas relações destes entre si e com os credores hypothecarios, a regra formulada na segunda parte do § 1.º do artigo 956.º, isto é, tem de attender-se, para se determinar a preferencia entre elles, á nota da apresentação a registo, conforme constar do diario.

Assim, na hypothese que formulámos, o credor hypothecario, cuja nota de apresentação no diario é posterior á da penhora e da consignação de rendimentos, tem de ser graduado em seguida a estes.

As disposições consignadas nos artigos 836.º e 887.º do Codigo de processo civil modificaram, pois, em nossa opinião, o § 2.º do artigo 956.º do Codigo civil.

Escusado será notar que, sendo as preferencias resultantes da penhora e do arresto graduadas, da mesma forma que as hypothecarias, pela prioridade do registo, não é razoavel que haja diversos principios para regular essa prioridade,

e que deve portanto molificar-se a disposição consignada no § 2.º do artigo 956.º

E já deixamos indicado o sentido em que deve fazer-se essa molificação.

No artigo 1023.º § unico declara-se que os onus reaes *constituídos antes da promulgação do Codigo*, que forem registados dentro do praso de um anno contado desde a mesma promulgação, acompanham o predio. Ao tempo, porem, em que foi promulgado o Codigo civil, já estava em vigor, desde 1 de abril de 1867, a lei de 1 de julho de 1863, pela qual os onus reaes estavam sujeitos a registo. Parece, pois, que a excepção consignada no § unico do artigo 1023.º não devia aproveitar aos onus que tivessem sido constituídos posteriormente a 1 de abril de 1867, e assim o julgou o auctor do regulamento de 20 de janeiro de 1898 em que (artigo 163.º n.º 4.º) se declara que só produzem effeito contra terceiros, embora não se achem registados, os onus reaes de emphyteuse, sub-emphyteuse, censo, quinhão e servidão, constituídos antes de 1 de abril de 1867.

No n.º citado acrescenta-se: *nos termos do decreto de 17 de março de 1887.*

Ora por este decreto foi prorogado por tempo indefinido o praso estabelecido na lei de 19 de março de 1885, e a formula da prorrogação foi sempre a mesma nos diplomas legislativos anteriores, exceptuando a lei de 10 de setembro de 1868 em que se declara que o *praso estabelecido no § unico do artigo 1023.º do Codigo civil* fica ampliado a tres annos, a contar da publicação do dicto Codigo no que respeita aos onus resultantes da emphyteuse, da sub-emphyteuse e do censo.

Em face desta lei parece não haver duvida de que os onus reaes que hajam sido constituídos anteriormente ao Codigo civil ainda hoje acompanham o predio, independentemente de registo, apesar de este ser obrigatorio para os onus reaes que se constituissem posteriormente a 1 de abril de 1867.

Consideramos, pois, illegal a disposição citada do regulamento de 1898, parecendo-nos todavia que seria razoavel

modificar a redacção do § unico do artigo 1023.º Nem pode dizer-se que essa modificação vae offender direitos adquiridos, visto que, ao tempo em que se publicou o Código civil, o registo era obrigatorio, e que foi sem duvida por inadvertencia que na lei de 10 de setembro de 1868 se não fez referencia ao tempo em que a lei de 1 de julho de 1863 começou a vigorar.

No artigo 1025.º preceitua-se que não ha differença no concurso entre os creditos que são apresentados por qualquer dos titulos que podem ser admitidos a registo. Em face deste artigo parece que o credor, cuja hypotheca haja sido constituida em documento particular, pode, estando a hypotheca registada, deduzir preferencias no concurso de credores.

Pelo Código de processo civil, os documentos particulares não podem, porem, servir de base á execução (artigo 798.º); e como não podem ser admitidos ao concurso os credores que não instruem os seus artigos com certidão de sentença ou com algum titulo exequivel (artigo 934.º), parece que foi modificado aquelle artigo do Código civil, pois que, pelas disposições referidas, nem todos os credores que tenham titulos admissiveis a registo podem ser attendidos no concurso de credores.

Assim opinámos nesta *Revista*¹, e em harmonia com esta opinião ha, entre outros, o accordão da relação do Porto de 28 de maio de 1898².

No accordão da mesma relação de 20 de agosto de 1878 e no da relação de Lisboa de 14 de julho de 1894³ seguiu-se, porem, doutrina contraria, tomando-se por base o artigo 951.º do Código de processo civil.

Numa das tenções deste accordão invoca-se tambem o artigo 206.º § unico do regulamento de 28 de abril de 1870,

e o conselheiro Dias Ferreira chega a affirmar que este regulamento resolveu a duvida¹. Esta affirmacção é inexacata, pois que a duvida suscita-se em face do disposto no artigo 798.º n.º 3.º do Código de processo civil.

Conveniente é, pois, que essa duvida se esclareça, para evitar mais decisões encontradas, e, sobre o modo por que deve ser resolvida, parece-nos que não pode haver encontro de opinões, pois que negar força de sentença e execução apparelhada aos titulos particulares de hypothecas, quando estejam registados, equivalerá a annullar as disposições do Código civil que permitem esse registo.

75. Relativamente á extincção dos privilegios e das hypothecas algumas duvidas se teem suscitado em face das disposições do Código. Referir-nos-emos, em primeiro lugar, ao artigo 1026.º n.º 4.º, em que se declara que os privilegios se extinguem nos casos especificados nos §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artigo 882.º e nos §§ 1.º e 2.º do artigo 883.º, salvo o que fica disposto no § 6.º do artigo 882.º

Por este § o privilegio de que gosa o credito proveniente de premio de seguro de moveis ou mercadorias não se extingue pelo facto de esses moveis ou mercadorias passarem ao poder de terceiros, se se provar que na saida dos referidos objectos houve dolo, não só do devedor, mas tambem das pessoas para quem taes objectos successivamente forem alheados, tendo-o sido por titulo oneroso. Confrontando-se esta disposicção com a sua fonte (lei de 1 de julho de 1863, artigo 84.º § unico), vê-se que não é necessario dolo, se os objectos houverem sido alheados a titulo gratuito, para que o privilegio subsista, e a mesma doutrina se infere do artigo 1035.º Pela regra consignada no § 5.º do artigo 883.º, a que o referido § 6.º faz excepção, parece, porem, que deve seguir-se doutrina contraria, considerando-se extincto o privilegio pela alhea-

¹ Volume 10.º, n.º 480, pagina 182.

² Nesta *Revista*, volume 17.º, n.º 833, pagina 10.

³ No *Direito*, volume 11.º, pagina 312, e volume 32.º, pagina 63.

¹ Veja-se o *Código civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 270.

ção dos objectos a titulo gratuito, tenha ou não havido dolo.

Tambem se não pode explicar o motivo por que no citado § 6.º se não faz referencia ao § 3.º do artigo 882.º, pois nesse caso o privilegio tambem se extingue pela saída dos objectos do poder do possuidor. A falta dessa referencia não significa, porem, que o privilegio se extinga quando tenha havido dolo, se a alienação tiver sido feita a titulo oneroso, ou quando apenas haja prejuizo para o credor privilegiado, se o tiver sido a titulo gratuito, pois que, em qualquer dos casos, essa alienação pode ser rescindida nos termos dos artigos 1033.º a 1035.º

Pelo que respeita aos privilegios mobiliarios especiaes dos artigos 880.º e 881.º, a que se não refere o artigo 1026.º, e aos privilegios immobiliarios, tem-se discutido se acompanham ou não os predios, quando estes sejam alienados.

O conselheiro Dias Ferreira affirma, sem hesitação, apesar da doutrina consignada nos artigos 941.º n.º 2.º e 1021.º do Codigo civil, e 534.º § 4.º do Codigo de processo civil, que o privilegio, se não estiver registado, não acompanha o predio, pois que o privilegio só tem a qualidade de preferir¹.

A doutrina sustentada pelo conceituado commentador parece-nos insustentavel. Pelo que respeita aos privilegios mobiliarios, é terminante a disposição do artigo 1021.º, e, quanto aos immobiliarios, não o é menos a do artigo 941.º n.º 2.º do Codigo civil e 534.º § 4.º do Codigo de processo civil. A verdade, porem, é que este assumpto, que já tem sido ventilado nos tribunaes², pode, attentas as duvidas que ácerca delle existem, dar logar a decisões encontradas; e conveniente seria que fossem resolvidas.

A redacção do artigo 1028.º deve ser modificada, pois parece deprender-se

della que, embora a divida esteja extincta, subsiste a garantia hypothecaria emquanto a extincção não fór averbada no competente registo, e que, se o devedor fór demandado pelo credor, não pode, em virtude de não haver sido cancellada a hypotheca, oppôr-se á execução.

Ora sabido é que a inscripção hypothecaria apenas constitue uma presumpção da existencia da divida, e é essa presumpção que só desaparece com o cancellamento do registo, admittindo todavia prova em contrario, independentemente da apresentação da certidão do averbamento, o qual, se a divida tiver sido extincta pela prescripção, só pode ser feito em face da respectiva sentença.

(Continúa).

¹ Veja-se a obra e tomo citado, pagina 143.

² Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 1895, nesta *Revista*, volume 35.º, pagina 478.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1588, pagina 452)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY — 76. Resumo das modificações que, segundo as idéas expostas nos n.ºs 74 a 75 destas *Observações*, devem ser introduzidas no Código, nas disposições respeitantes a privilegios e hypothecas. — 77. Disposições relativas a actos e contractos em prejuizo de terceiro, que devem ser modificadas.

76. Cumprindo a promessa que fizemos ao encetar o estudo das disposições do Código, respeitantes a privilegios e hypothecas, vamos apresentar em resumo as conclusões desse estudo, formulando as modificações que no Código deverão ser introduzidas.

Artigo 880.º § 2.º Devem acrescentar-se as palavras «salvo se houverem sido constituídos anteriormente a 1 de abril de 1867, e emquanto se não providenciarem definitivamente ácerca do registo destes onus».

Artigo 882.º n.º 3.º Devem supprimir-se as palavras «ou machinas».

Artigo 882.º n.º 4.º Devem acrescentar-se as palavras «que se presumem do «arrendatario».

Artigo 882.º n.º 5.º Devem supprimir-se as palavras «ou mercadorias».

Artigo 882.º §§ 3.º e 5.º Devem acrescentar-se, em cada um delles, as palavras «por titulo oneroso».

Artigo 882.º § 6.º Deve fazer-se referencia neste § ao § 3.º do mesmo artigo, e supprimir-se as palavras «por titulo «oneroso».

Artigo 884.º n.º 3.º Ás palavras «para «doença do devedor» deve acrescentar-se «e das pessoas de sua familia a quem «dever alimentos e que habitem com «elle».

Artigo 884.º n.º 4.º Em seguida ás palavras «para sustento» deve acrescentar-se «habitação e vestuario».

Artigo 885.º Em seguida ás palavras «devidos á fazenda nacional», deve dizer-se «exceptuando a contribuição «predial».

Artigo 886.º Deve substituir-se a palavra «privilegio» por «direito».

Artigo 887.º n.º 1.º Deve ser assim redigido: «Os creditos por contribuição «predial devidos á fazenda nacional. . . ».

Artigo 887.º n.º 3.º Em seguida ás palavras «provenientes de custas judicias» deve dizer-se «salvo o disposto no artigo 1041.º».

Artigo 888.º Deve ser assim redigido: «Hypotheca é o direito constituído sobre bens immobiliarios do devedor, ou de terceiro, para garantia da obrigação».

Artigo 891.º n.º 2.º Em seguida á palavra «bemfeitorias» deve dizer-se «e construcções».

Artigo 898.º Deve acrescentar-se o seguinte: «Quando por qualquer motivo se dê a consolidação do dominio util com o directo, o valor do dominio util, que fica sujeito á hypotheca, será determinado em harmonia com o disposto no artigo 1686.º».

Artigo 901.º Deve ser assim modificado: «Quando, por facto que não seja imputavel ao devedor, a hypotheca. . .».

Artigo 903.º Deve acrescentar-se o seguinte: «§ unico. A arrematação cessará logo que o preço dos bens arrematados seja sufficiente para pagamento dos credores privilegiados do artigo 887.º, dos que tenham privilegio immobiliarior por leis especiaes, e dos credores cujos creditos estejam devidamente registados, e o devedor terá o direito de requerer, quando haja varios predios hypothecados, que estes vão á praça pela ordem por elle indicada, e se o predio hypothecado fór um só, mas offerecer commoda divisão, que seja posta em praça a parte por elle indicada que seja sufficiente para o pagamento da execução».

Artigo 907.º Deve ser assim modificado: «Os creditos que tenham privilegio mobiliario especial sobre os fructos ou rendas dos predios rusticos e urbanos, os creditos que tenham privilegio immobiliarior, e quaesquer creditos da fazenda nacional provenientes de impostos que recaiam sobre bens immobiliarios, terão hypotheca legal todas as vezes que se acharem registados como creditos hypothecarios».

Artigo 909.º Deve ser assim modificado: «As hypothecas legaes, que sejam constituídas sobre todos os bens do devedor, podem ser registadas em re-

lação a quaesquer bens, quando não forem. . .».

Artigo 911.º A sua redacção deve ser assim modificada: «Estas hypothecas podem ser constituídas sobre todos os bens do devedor, ou sobre bens certos e determinados, devendo ser sempre certa e determinada a quantia por elles garantida, ao menos approximadamente».

Artigo 915.º Deve ser assim alterado: «O comproprietario de um predio indiviso ou indivisivel poderá hypothecar, sem consentimento dos outros comproprietarios, o direito que nesse predio tiver».

Artigo 927.º Deve ser assim modificada a redacção: «A hypotheca geral constituída por escriptura dotal, se originariamente fór registada em relação a todos os bens. . .».

Artigo 931.º Deve ser assim redigido: «A hypotheca a favor do conjuge sobrevivente, de que tracta o n.º 4.º do artigo 906.º, é constituída pela respectiva sentença ou escriptura».

Artigo 941.º n.º 1.º Deve supprir-se.

Artigo 941.º n.º 2.º Deve modificar-se a sua redacção da seguinte forma: «Quando, pretendendo o novo possuidor expurgar a hypotheca pelo modo estabelecido no n.º 3.º do artigo 938.º, a quantia por elle offerecida, para pagamento dos credores, fór inferior ao computo dos creditos com privilegio immobiliarior concedido por este Codigo, ou em leis especiaes, e dos creditos que estejam devidamente registados».

A este n.º, deve acrescentar-se o seguinte: «§ unico. O disposto no n.º antecedente é applicavel ao caso especificado no n.º 2.º do artigo 938.º, quando possa ser impugnado o preço da arrematação».

Artigo 949.º n.º 5.º Deve ser supprido, e modificar-se da seguinte forma o § 1.º do mesmo artigo: «Pode tambem ter logar o registo do dominio, da posse e das servidões apparentes».

Artigo 951.º § unico. Deve ser assim redigido: «Exceptua-se a transmissão de bens indeterminados, emquanto por algum modo se não especificam e determinam».

Artigo 956.º § 2.º Deve ser assim alterado: «Exceptuam-se das disposições «do § antecedente as inscrições de hypotheca, penhora ou arresto, que «tenham sido apresentadas a registo ao «mesmo tempo, as quaes, se concorrerem «entre si, serão pagas *pro rata*».

Artigo 964.º Deve ser assim modificado: «Os actos sobre bens immobiliarios «existentes no reino, que sejam realizados «em país estrangeiro, só produzem os «seus effeitos relativamente a terceiros, «quando estejam sujeitos a registo, desde «que sejam registados nas respectivas «conservatorias nacionaes».

Artigo 979.º Deve ser redigido deste modo: «O registo dos actos praticados «em país estrangeiro só pode ser feito «no reino, achando-se o respectivo titulo «devidamente legalizado».

Artigo 980.º Deve acrescentar-se ás palavras «não serão admittidos a registo» a palavra «definitivo».

Artigo 981.º Deve ser assim redigido: «Os conservadores podem recusar-se a «admittir a registo definitivo titulos de «cuja legalidade, sufficiencia ou veracidade duvidem, e, sendo escriptos particulares. . .».

Artigo 1005.º Deve ser assim modificado: «No pagamento dos credores pelo «preço dos bens do devedor não pode «haver preferencia que não seja fundada, em penhor, privilegio, hypotheca, «penhora ou arresto, e consignação ou «adjudicação de rendimentos, quando não «acompanhem o predio.

«§ 1.º Os credores, a quem seja reconhecido o direito de retenção e que «não tenham privilegio, serão equiparados «aos credores pignoratícios.

«§ 2.º A preferencia pela penhora e «pelo arresto só se dá relativamente aos «creditos posteriores, e aos anteriores que «não tenham data authentica ou fixada «nos termos do artigo 2436.º».

Artigo 1006.º Deve ser assim modificado na ultima parte: «As hypothecas, «e as penhoras e arrestos sobre bens immobiliarios só são causa de preferencia «sendo registadas».

Artigo 1023.º § unico. Deve ser assim modificado: «Exceptuam-se da disposição «do artigo os onus reaes da emphyteuse, «sub-emphyteuse, censo, quinhão e servidão, não apparente, constituídos anteriormente a 1 de abril de 1867, os quaes «subsistem independentemente de registo «até que ácerca deste se proveja definitivamente».

77. Nas disposições relativas a actos e contractos celebrados em prejuizo de terceiro, em que o nosso Codigo, se o compararmos com o Codigo civil francês, representa notavel progresso, ha não só algumas difficuldades de exegese, mas até incoherencias. Seria, pois, conveniente resolver aquellas, e supprimir estas.

No artigo 1033.º preceitua-se que o acto ou contracto verdadeiro, mas celebrado pelo devedor em prejuizo do seu credor, pode ser rescindido a requerimento do mesmo credor, se o credito for anterior ao dicto acto ou contracto e deste resultar a insolvencia do devedor. Determina-se no artigo 1034.º que, sendo o contracto oneroso, só poderá ser rescindido, havendo má fé, tanto da parte do vendedor, como da outra parte, e no artigo 1036.º declara-se que a má fé consiste no conhecimento da insolvencia do devedor.

Combinando entre si estas disposições, parece que, conhecendo o devedor e o adquirente o estado de insolvencia, e derivando do acto praticado prejuizo para os credores, esse acto pode ser rescindido, embora nem o devedor nem o terceiro, com quem elle contracta, tivessem intenção de causar prejuizo aos credores. Assim, se Pedro vendeu uma casa para comprar titulos de credito e o comprador sabia que elle estava insolvente, mas julgava, como o vendedor, que a operação que elle ia realisar era vantajosa, pode, apesar disso, ser rescindida a venda a requerimento dos credores, se, pela baixa que houve nos titulos de credito, da venda resultar prejuizo para elles.

Esta doutrina é, porem, inadmissivel.

Por direito civil o devedor insolvente não está inhibido de dispôr dos seus bens, nem de praticar quaesquer actos de admi-

nistração, e esses actos não devem portanto ser annullados, se forem onerosos, só pelo facto de derivar delles prejuizo para os credores. É necessario que haja a má fé, porque o terceiro, que contractou com o devedor, e que procedeu no uso de um direito, não deve ficar responsavel para com os credores pelos prejuizos que do contracto resultaram senão em virtude da sua má fé, a qual tornará illicito esse contracto. E tanto é assim, que o Codigo exige a má fé da parte delle, parecendo todavia que a exclue ao mesmo tempo, pois declara que consiste apenas no conhecimento do estado de insolvencia do devedor.

Ora bem pode o terceiro conhecer o estado de insolvencia do devedor, e proceder na melhor boa fé.

Definindo a má fé, parece que o nosso legislador teve em vista, attentas as duvidas que a esse respeito se haviam suscitado na jurisprudencia francêsa, pôr de lado a opinião daquelles jurisconsultos que affirmavam só ser fraudulento o acto praticado em prejuizo dos credores, quando houvesse a intenção directa de causar esse prejuizo. Assim, se o devedor não tivesse esse intuito, mas o de se proporcionar um maior numero de commodidades, não poderia ser rescindido o acto que praticou.

Bem procedeu o nosso legislador rejeitando esta doutrina. Se attendermos, porem, unicamente á letra da lei, temos de confessar que foi longe de mais.

Se, para rescindir o acto praticado pelo devedor, não se deve exigir que haja o intuito de causar prejuizo aos credores, não se deve todavia excluir a consciencia do prejuizo causado, e esta pode deixar de existir, embora o devedor saiba que está insolvente e tenha conhecimento desse estado o terceiro, com quem elle contracta.

Em harmonia com a doutrina exposta, parece-nos que a noção de má fé dada no artigo 1036.º deve ser modificada: «A má fé, em tal caso, consiste no conhecimento desse estado e do prejuizo causado aos credores».

(*Continua*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1589, pagina 468)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 77 (*cont.*). Disposições relativas a actos e contractos em prejuizo de terceiro, que devem ser modificadas. — 78. No n.º 3.º do artigo 1047.º deve substituir-se a palavra — *evicto* — por — *evictor*, e na disposição consignada no artigo 1052.º deve especificar-se o caso de o adquirente recorrer aos tribunaes para tornar effectivo um direito que lhe foi transmittido e decair na acção.

77 (*cont.*). A quem aproveita a acção rescisoria dos actos e contractos celebrados em prejuizo de terceiro?

Parece-nos impossivel estabelecer a este respeito, em face das disposições consignadas nos artigos 1040.º, 1041.º e 1044.º, principios definidos, nitidos e coherentes.

Vejamos.

Em virtude do que preccituum os artigos 1040.º e 1041.º a acção rescisoria

cessa logo que o devedor satisfaça a divida ou adquira bens com que possa desempenhar-se, ou quando o adquirente demandado pague a importancia da divida. Estas disposições não só estão em harmonia com o fundamento da acção rescisoria, pois que, sendo esse fundamento o prejuizo causado aos credores, a acção deve cessar logo que esse prejuizo desapareça, mas representam uma consequencia necessaria do facto de não haver para os devedores insolventes que não sejam commerciantes um instituto que represente todos os credores. Nas acções que estes intentem procedem, pois, em nome proprio.

D'aqui deveria concluir-se logicamente que os efeitos da acção rescisoria só aproveitam ao credor demandante, salvo sempre para os outros credores, dado o caso de que a importancia do credito do demandante seja inferior ao damno que o acto ou contracto, cuja rescisão foi pedida, causou ao patrimonio do devedor, o direito de intentarem por seu turno a acção rescisoria.

No artigo 1044.º dispõe-se, porem, que, *rescindido o acto ou contracto, revertem os valores alienados ao cumulo dos bens do devedor, em beneficio dos seus credores.* Sendo assim, e não havendo preferencias que não sejam estabelecidas

por lei, não pode deixar de admitir-se que o credor demandante fica, revertendo os bens alienados ao cumulo dos bens do devedor, na mesma situação que os outros credores deste, incluindo os que, pelo facto de os seus créditos serem posteriores ao acto ou contracto cuja rescisão se pediu, não podiam propôr a acção rescisoria.

Parece-nos escusado salientar mais a falta de coherencia que existe entre as disposições exaradas nos artigos 1040.º, 1041.º e 1044.º, para provar a necessidade que ha de alterar o que neste artigo se acha preceituado, no sentido de que só ao credor demandante aproveitem os efeitos da acção rescisoria, não indo esses efeitos alem do prejuizo que ao mesmo credor foi causado pelo acto ou contracto cuja rescisão elle pediu.

A acção de rescisão, tendo como fundamento o prejuizo causado aos credores do devedor, não pode ir alem desse prejuizo. E como, por outro lado, os credores só podem pedir a rescisão em nome proprio, na respectiva acção, em que o maximo de restituição por parte do adquirente é o damno causado ao patrimonio do devedor, não se pode decretar senão, dentro desse maximo, a indemnisação do prejuizo causado ao demandante. Se o prejuizo causado ao patrimonio do devedor foi de vinte contos, mas o credor demandante só foi prejudicado em tres, só estes o adquirente deve ser obrigado a restituir, ficando salvo, como já dissemos, aos outros credores, o direito de pedirem por seu turno a indemnisação dos prejuizos que lhes forem causados, propondo nova acção rescisoria.

Quanto ao direito que sobre os bens restituídos ao patrimonio do devedor em virtude da acção rescisoria ficam tendo os credores, que, pelo facto de serem os seus créditos posteriores ao acto ou contracto cuja rescisão se pede, não podiam considerar-se prejudicados, afigura-se-nos inadmissivel a doutrina consignada no Codigo.

Não apresentamos já a modificação que na redacção do artigo 1044.º deve introduzir-se para traduzir a doutrina exposta,

porque esse artigo suscita outras duvidas, que precisam de ser esclarecidas.

Os efeitos da acção rescisoria serão os mesmos, quer o adquirente esteja de boa fé, quer de má fé?

No artigo 1044.º não se estabelece a este respeito distincção alguma, determinando-se apenas que, rescindido o acto ou contracto, os valores alienados revertam ao patrimonio do devedor. Pondo esta disposição em confronto com o artigo 1032.º, o conselheiro Dias Ferreira diz que o legislador é mais rigoroso com os actos simulados do que com os actos de insolvencia, pretendendo assim significar talvez que nestes actos, ou, melhor, nos actos verdadeiros, por que sejam prejudicados os credores, não ha lugar á restituição de fructos e lucros, ou, por outras palavras, á indemnisação de perdas e danos¹.

Será assim?

Pronunciamo-nos abertamente pela negativa, sendo todavia de estranhar que o legislador não fosse mais explicito a este respeito no artigo 1044.º

Nos actos a titulo oneroso, em que se exige, para a sua rescisão, a má fé, tanto da parte do devedor como do adquirente, não pode este deixar de ser considerado, quanto aos efeitos da acção rescisoria, como possuidor de má fé, sendo responsavel não só pelos valores alienados, mas pela indemnisação de perdas e danos. O acto que praticou, embora seja verdadeiro, não deixa de ser um acto illicito.

Nos actos a titulo gratuito em que, para a sua rescisão, não se requer que haja a má fé, pois que o legislador attendeu unicamente ao facto de que o adquirente se locupletava á custa dos credores, a existencia da boa ou da má fé não pode deixar de determinar para o adquirente uma situação diversa.

Assim, se este está de boa fé, só pode ser obrigado a restituir os bens com que se haja locupletado, e portanto os que existirem no seu patrimonio, ou os sub-

¹ Codigo civil português annotado, pagina 275 do tomo 2.º

rogados no lugar delles, ao tempo em que fôr proposta a acção de rescisão. Se o adquirente houver consumido esses bens, a responsabilidade de os restituir não existe, pois que não se verifica o facto do locupletamento á custa dos credores, unico fundamento da acção rescisoria na hypothese de que estamos tractando.

Se o adquirente a titulo gratuito procedeu de má fé, isto é, se elle conhecia a insolvencia do devedor, e que eram portanto prejudicados os credores pelo seu acto de generosidade, não só se dá o facto de se locupletar á custa dos credores, mas até esse facto é illicito, é o resultado de uma fraude, e deve o adquirente ficar responsavel portanto por todos os prejuizos que dessa fraude resultaram.

É este o principio consignado no artigo 2361.º, a que o artigo 1044.º não faz excepção, nem a podia fazer.

Do que deixamos dicto resulta que as disposições geraes ácerca da responsabilidade civil e do possuidor de má fé devem ser applicadas para determinar os effeitos da acção rescisoria nos actos a titulo oneroso, e nos actos a titulo gratuito em que o adquirente esteja de má fé, sendo conveniente redigir o artigo 1044.º de forma que bem se veja que não exclue essa applicação.

Consideremos ainda este artigo sob outro aspecto.

Determinando-se nelle os effeitos da acção rescisoria pelo que respeita ao adquirente, falla-se em *valores alienados*. Ora sabido é, e o Codigo expressamente o declara nos artigos 1038.º, 1039.º e 1042.º, que a rescisão tanto pode dar-se nos casos em que o devedor aliena os bens que effectivamente possui, como quando renuncia a direitos que lhe advieram, contrahe novas dividas, paga estas antes do vencimento, e dá aos seus credores preferencias indevidas, ou onera os seus bens com servidões ou quaesquer outros onus reaes.

A expressão empregada no artigo 1044.º não comprehende todas estas hypotheses, sendo portanto conveniente modificá-lo.

Mas ha mais.

Pela renuncia não se transfere a propriedade, pois que a renuncia não significa mais que o abandono de um direito. Sendo assim, não ha, neste caso, uma acção rescisoria propriamente dicta; os credores, oppondo-se á renuncia, não fazem mais do que exercer um direito que pertencia ao devedor. Tanto isto é assim, que no artigo 2040.º se declara que os credores daquelle, que repudia a herança em prejuizo delles, podem ser auctorisados judicialmente a *acceitar no lugar e em nome do devedor*.

Este artigo exclue, como é evidente, a acção *rescisoria*, substituindo-a pela acção *subrogatoria*.

E conveniente nos parece que esta acção não só seja facultada aos credores, quando o devedor renuncie a quaesquer direitos em prejuizo delles, senão tambem quando comprometta o seu patrimonio por quaesquer omissões, permittindo aos mesmos credores exercer os direitos que competem ao devedor, quando esses direitos não sejam de character exclusivamente pessoal, isto é, quando não tenham character patrimonial, ou não possam ser cedidos ou penhorados, ou quando signifiquem o exercicio de um direito que pertença exclusivamente á pessoa do devedor, como, por exemplo, o direito de emancipar um filho, de cujos bens os paes sejam usufructuarios.

A natureza juridica da acção revogatoria não é a mesma da acção subrogatoria, embora tenham como fundamento commum o prejuizo causado aos credores, e o nosso legislador não devia confundir, como de facto confundiu no artigo 1038.º, essas duas acções.

Não sendo o acto praticado em prejuizo de terceiros rescindivel senão quando o devedor esteja insolvente, o adquirente deve não só ter o direito de provar que não existe essa insolvencia, mas o de exigir que sejam excutidos todos os bens do devedor, antes de ser compellido judicialmente a pagar o credito do demandante. Parece-nos que este direito resulta da propria natureza da acção pauliana.

Em harmonia com as considerações expostas modificariamos assim os seguintes artigos:

Artigo 1038.º «A rescisão pode dar-se em quaesquer casos em que o devedor «prejudique os seus credores, diminuindo «o seu patrimonio».

§ unico. «Quando o devedor renuncie «a direitos que lhe advieram, ou não «exerça direitos que lhe pertencem, e «esses direitos não sejam exclusivamente «pessoaes, podem os credores substituir-se «o devedor no exercicio desses direitos, «sendo prejudicados».

Artigo 1043.º «Se a parte que allega «a insolvencia provar a quanto montam «as dividas, ao mesmo devedor incumbe «a prova de que tem bens de igual ou de «maior valor, e o adquirente demandado «não só poderá adduzir esta prova, mas até «exigir que sejam exculidos todos os bens «do devedor, antes de se tornar effectiva «a sua responsabilidade».

Artigo 1044.º «Quando seja julgada «procedente a acção rescisoria, o adquirente demandado será obrigado, até ao «limite do prejuizo causado no patrimonio do devedor, a satisfazer o credito do demandante, quando não prefira «restituir ao patrimonio do devedor os «bens alienados».

§ unico. «O adquirente de má fé é «obrigado á indemnisação de perdas e «damnos, nos termos geraes de direito; «o adquirente de boa fé só é obrigado «a restituir os bens com que se haja «lucupletado».

78. No artigo 1047.º n.º 3.º a palavra — *evicto* — deve ser substituida por — *evictor*.

Se é verdade que o conselheiro Dias Ferreira, que *inexactamente* affirma¹ que no projecto primitivo (artigo 1103.º n.º 3.º) se lia — *evictor*, e que a substituição se deu pela primeira vez no projecto de 1863, pretende explicar o emprego da palavra — *evicto*, não o é menos que essa explicação não pode admitir-se, e das *Actas da Comissão revisora* claramente se vê

que foi proveniente de um lapsó o não se haver feito a substituição da palavra — *evicto*, que já se lia no artigo citado do projecto primitivo.

E' assim que, examinando essas *Actas*, se vê a pagina 174: «Artigo 1103.º Foi «approved. N.º 1.º Approved, dizem-«do-se «pagar», em lugar de «restituir», «e «evictor» em vez de «evicto».

Ora quem lêr o artigo 1103.º vê que a substituição era inadmissivel no n.º citado, e tanto o era, que se não fez. A resolução da Comissão revisora respeitava, pois, ao n.º 3.º, e foi sem duvida por lapsó, que se deu nas *Actas da Comissão*, que essa substituição se não fez.

No artigo 1052.º, em que se declaram os casos em que o alheador é obrigado a prestar a evicção independentemente do chamamento á autoria, não se especifica o caso de o adquirente demandar um terceiro, para que confesse ou reconheça um direito que lhe foi transmittido e decair na acção. Assim, se ao adquirente tiver sido transmittida uma servidão activa e o proprietario do predio sobre que esta recae não a reconhecer, pode o adquirente intentar contra elle a acção confessoria. Neste caso, em que elle é autor, não pode dar-se o chamamento á autoria, e nenhuma duvida pode haver de que o adquirente tem direito a fazer rescindir o contracto, ou a exigir a indemnisação devida pela evicção parcial.

Parecia-nos, porem, conveniente que no Codigo civil se consignasse a doutrina de que, neste caso, o adquirente devia ser obrigado a notificar o alheador que vae propôr a acção a exigir-lhe o reconhecimento do direito alheado.

(Continúa).

¹ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 286.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1589, pagina 468)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 79. Devem modificar-se algumas das disposições do Codigo relativas a impedimentos matrimoniaes e á annullação do casamento, pelo menos no sentido de as esclarecer ou tornar coherentes com o systema admittido pelo legislador.

79. Em materia de casamento, pelo que respeita ás condições exigidas para a sua celebração e ao character de perpetuidade que a esse contracto é attribuido, é o nosso Codigo susceptivel de larga critica, e talvez se possa afirmar, sem receio, que as suas disposições nem sempre correspondem aos dictames da actual sciencia juridica, e que poderiam ser alteradas, sem que houvesse na opinião publica os abalos perturbadores que acompanham ordinariamente as reformas legislativas respeitantes ao casamento.

Tendo esta convicção, não apresentaremos todavia um plano de reforma em que alteremos, nos seus pontos fundamentaes, as normas reguladoras do contracto de casamento. Tal assumpto requer largo desenvolvimento, sendo que, como é obvio, não basta, para uma reforma dessa natureza, ter em vista principios scientificos; é necessario examinar reflectidamente o meio em que devem ser applicados. E não é só esta razão, mas ainda o fim a que estas *Observações* visam, que nos determinam a indicar apenas as disposições do Codigo que devem ser modificadas, já por não serem coherentes com o systema nelle adoptado, já pelas duvidas que têm suscitado ou podem suscitar na sua applicação.

Começaremos pelo artigo 1057.º

Preceitua-se neste artigo que os catholicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja catholica, e os que não professarem a religião catholica perante o official do registo civil, com as condições, e pela forma estabelecida na lei civil.

Em face deste artigo parece que o facto de serem os contrahentes catholicos constitue um impedimento para o casamento civil. Nos artigos 1072.º e 1073.º não se exige, porem, como con-

dição para o casamento civil, que os contrahentes não professem a religião catholica; no artigo 1081.º prohibe-se que haja inquerito previo ácerca da religião delles; e preceitua-se no artigo 1090.º que o casamento não pode ser annullado por motivo de religião.

Vê-se, pois, que a disposição consignada no artigo 1057.º, que aliás tem sido reproduzida nos regulamentos respeitantes ao registo civil, não tem sancção alguma relativamente aos contrahentes que, sendo catholicos, casem civilmente, podendo portanto os catholicos contrahir matrimonio por esta forma. A jurisprudencia está de ha muito definitivamente assente a este respeito, o que não obsta a que se deva modificar a redacção do artigo 1057.º, tornando-o coherente com as outras disposições citadas.

A modificação poderá ser assim feita: «Para o casamento produzir effeitos civis, basta que tenha sido realisado com as condições e pela forma estabelecidas neste Codigo. Os catholicos podem celebrar o casamento pela forma estabelecida na igreja catholica, sem precedencia do casamento civil».

Sanccionada a doutrina de que os catholicos podem casar civilmente, não sendo a ordem e o voto solemne de castidade, reconhecido pela lei, considerados como impedimentos dirimentes desse casamento, mas apenas impedientes, e não se estabelecendo na lei sancção alguma para esse impedimento, segue-se que podem casar civilmente os que tiverem o impedimento da ordem, ou se acharem ligados por voto solemne reconhecido pela lei.

Esta doutrina é aceita actualmente sem contestação alguma, e, em harmonia com ella, deve ser supprimido o n.º 5.º do artigo 1058.º

Não desconhecemos que, em virtude das modificações que no projecto definitivo foram introduzidas pela camara dos pares o n.º 5.º do artigo 1058.º deveria ser inserido no artigo 1072.º Não concordamos, porem, em que, contra a pratica seguida e a que a propria igreja não tem levantado graves obstaculos no

que respeita á pertiliação dos filhos sacrilegos, se considere a ordem ou o voto solemne de castidade como um impedimento do casamento civil.

Sem nos pronunciarmos ácerca do celibato ecclesiastico, não deixaremos de emitir todavia a opinião de que o Estado não pode nem deve fazer derivar de um compromisso, que tem apenas character religioso, uma incapacidade civil tão grave, como é a de contrahir matrimonio.

O n.º 1.º do artigo 1058.º tem suscitado algumas difficuldades de exegese.

Não nos referiremos á questão, que hoje se pode considerar morta, se os menores emancipados podem contrahir matrimonio sem auctorisação dos paes, ou de quem para esse effeito os represente, notando todavia que, attenta a importancia excepcional do casamento, se poderia com bons fundamentos defender a doutrina de que o menor emancipado não deveria, emquanto não attingisse a maioridade, contrahir casamento sem auctorisação.

Quaes são, porem, os maiores inhibidos de reger a sua pessoa e bens, a que se refere o n.º citado do artigo 1058.º?

Nenhuma duvida ha de que os dementes não podem ser auctorisados a contrahir matrimonio, pois que no casamento, que é um acto pessoal, devem ser observados os requisitos essenciaes dos contractos (artigo 1072.º), e os dementes não podem prestar o seu consentimento. Parece-nos que tambem não podem ser auctorisados a contrahir matrimonio os surdos-mudos, para quem haja sido decretada interdicção absoluta, pois que os actos realisados por elles, como os dementes, são, desde a sentença de interdicção, nullos de direito (artigos 334.º e 339.º).

E necessitarão de auctorisação os surdos-mudos que apenas hajam sido interdictos pelo que respeita á regencia dos seus bens, e os prodigos?

Parece que o n.º 1.º do artigo 1058.º exclue estes, pois que falla *dos maiores inhibidos de reger a sua pessoa e bens*, devendo ainda ter-se em consideração

que o artigo 1060.º, em que se estabelece a sanção dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1058.º, falla de *maiores debaixo de tutela*. Ora se esta existe para o surdo-mudo, mesmo no caso em que só haja sido privado da administração de seus bens, não a ha para o prodigo, que fica sujeito á curatela.

E não se exigindo auctorisação para o casamento do prodigo, consequente é que não se exija tambem para o do surdo-mudo, porque, se a sua interdicção é absoluta, não pode ser auctorisado; e, se na sentença de interdicção lhe foi resalvado o direito de casar, está nas mesmas condições que o prodigo.

Assim opina o conselheiro Dias Ferreira¹.

Essa doutrina tem sido combatida, e, em nosso parecer, com solidas razões.

Assim diz-se que, se o n.º 1.º do artigo 1058.º não fór applicavel aos prodigos e aos surdos-mudos, para os quaes não haja sido decretada a interdicção absoluta, não terá applicação alguma, pois que, como o proprio commentador do Codigo civil confessa, o demente e o surdo-mudo interdicto de um modo absoluto não podem contrahir casamento, nem com auctorisação, nem sem ella; e que, se os prodigos e os surdos-mudos não podem praticar actos relativos á administração dos seus bens, tambem não devem contrahir matrimonio sem previa auctorisação, pois que o matrimonio tem, pelo que respeita aos bens, incontestavel influencia².

Não desconhece esta influencia o conselheiro Dias Ferreira, parecendo todavia que pretende sustentar que não pode ser prejudicial para o interdicto, pois acrescenta: «Mas os maiores sob tutela que casam, quer com licença, quer sem licença das pessoas que os representam, não podem gosar da administração dos seus bens e nem mesmo do direito de reger a sua pessoa, enquanto não

«fór proferida sentença que os rehabilite; «porque o consentimento dos que os «representam não pode supprir a falta «de sentença, que nos termos regulares «deve levantar a interdicção».

Esta doutrina não é completamente verdadeira.

Não podendo a mulher casada ser interdicta por prodigalidade, pois que é ao marido que pertence a administração dos bens, parece-nos que, se uma mulher interdicta por prodigalidade casar, com auctorisação, ou sem ella, se se intender que não é necessaria, o marido pode requerer immediatamente que lhe seja entregue a administração dos bens, levantando-se a interdicção; e, relativamente ao surdo-mudo, o conjuge tem, como administrador dos bens do casal e tutor legitimo que fica sendo do interdicto, o direito de exigir tambem que lhe sejam entregues os bens. Parece-nos até que no § 2.º do artigo 1060.º, cuja disposição se deve tornar mais explicita, se acha sancionada esta doutrina.

Embora, porem, assim não fosse, bastaria o facto de o surdo-mudo e o prodigo, quando não necessitem de auctorisação para o casamento, poderem realisar livremente o contracto antenupcial, para que a lei não deva permitir que elles casem sem auctorisação.

Reconhecendo que a redacção do n.º 1.º dos artigos 1058.º e 1060.º auctorisam até certo ponto a interpretação do douto commentador do Codigo civil, parece-nos que essa redacção deve ser modificada da seguinte forma: «É prohibido o casamento aos menores de vinte e um annos «não emancipados e aos maiores inhibidos «de administrar os seus bens, emquanto «não obtiverem o consentimento de seus «paes ou daquelles que os representam, «nos termos do artigo 1061.º».

No artigo 1060.º e nos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo deve substituir-se a palavra — *tutela* — por — *curatela*.

No n.º 3.º do artigo 1058.º deve substituir-se a palavra — *cumplíce* — por — *co-réo*.

¹ Codigo civil português annotado, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 298.

² Dr Marnoco e Souza, *Impedimentos do casamento no direito português*, pagina 122.

No artigo 1060.º § 2.º declara-se que os maiores debaixo de tutela só podem haver a administração dos seus bens, cessando a causa da interdicção, observando-se, quanto aos alimentos, o que se dispõe acerca dos menores.

Tendo esta disposição character penal, pois representa a sanção do n.º 1.º do artigo 1858.º, parece que não pode ser applicada, quando o casamento haja sido devidamente auctorisado. Sendo assim, o individuo que está interdito por prodigalidade ou por surdo-mutismo ficará, só pelo facto do casamento, com a regencia da sua pessoa e bens.

Esta doutrina é, porem, inadmissivel. Pelo casamento não se levanta a interdicção, salva, em nosso parecer, a hypothese de o interdito por prodigalidade ser mulher. O Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 22 de abril de 1879¹, julgou que nem neste caso se dava o levantamento da interdicção, baseando-se em que elle só pode ser requerido decorridos cinco annos. Em accordão de 19 de maio de 1903² seguiu-se, porem, a doutrina, que julgamos verdadeira, de que o prodigo pode requerer que a interdicção seja levantada, logo que se não verifique qualquer das condições que a lei exige para que possa ser decretada. Ora, como a mulher casada não pode ser interdicta por prodigalidade, segue-se que, casando, desaparece uma das condições que a lei exige, e ella pode requerer o levantamento da interdicção.

Esse levantamento não pode, porem, ser requerido nem decretado, se ella houver casado sem auctorisação, não entrando assim o marido na administração dos bens pertencentes á mulher.

Pelo que respeita ao surdo-mudo, a interdicção não cessa, nem sequer pode ser requerido o seu levantamento, só pelo facto do casamento. O conjugue é que, se o casamento houver sido devidamente auctorisado, pode requerer que lhe seja

entregue a administração dos bens e a tutela do interdito, que por lei lhe pertencem.

É esta, em nosso parecer, a interpretação que deve dar-se ao § 2.º do artigo 1060.º, cuja redacção é muito defeituosa, e poderá ser assim substituída: «Os conjuges dos maiores que estão «debaixo de tutela só podem haver a «administração dos bens destes, quando «por lei lhes pertença, cessando a causa «da interdicção, observando-se, quanto «ao mais, o que fica disposto em relação «aos menores».

Nas palavras — *quando por lei lhes pertença* — referimo-nos á hypothese de contrahir matrimonio um homem que está interdito por prodigalidade, caso em que, embora haja auctorisação para o casamento, nem se pode levantar a interdicção, nem a mulher fica sendo a administradora dos bens, pertencendo pelo contrario a administração dos bens della ao curador do prodigo, se esses bens forem communs.

No n.º 3.º do artigo 1060.º declara-se que os casamentos contrahidos por menores não emancipados, ou por maiores sob tutela, sem o necessario consentimento, consideram-se sempre como contractados *com separação de bens*. No artigo 1063.º ha identica disposição para o tutor, ou seu descendente, que casar com a pessoa tutelada, disposição que pelo artigo 1064.º é applicavel ás pessoas que contrahirem o matrimonio infringindo o que se dispõe nos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 1058.º

No artigo 1098.º declara-se, porem, que o casamento contrahido com quebra das disposições do artigo 1058.º n.ºs 1.º e 2.º se entenderá feito segundo o *regimen da simples communhão de adquiridos*. Ora pelos artigos 1100.º e 1101.º parece que os regimens da *separação de bens* e da *simples communhão de adquiridos* são diversos, e que ha portanto contradicção entre o que dispõem os artigos 1060.º § 3.º, 1063.º e 1098.º

O conselheiro Dias Ferreira, dando como assente que a contradicção existe

¹ Nesta *Revista*, volume 17.º, n.º 865, pagina 363.

² Na *Collecção official*, anno de 1902 a 1903, pagina 311.

sustenta que «hão de prevalecer as disposições dos artigos 1060.º § 3.º e 1063.º sobre a provisão do artigo 1098.º: 1.º porque são os artigos que mais especialmente respeitam ao caso; 2.º porque representam o pensamento da Commissão revisora, que não se conformou com a doutrina do projecto; 3.º porque, tendo o Código applicado nos artigos 1060.º § 3.º, 1063.º e 1064.º a mesma jurisprudencia á transgressão dos quatro primeiros casos do artigo 1058.º, não haveriam de ficar os dois primeiros regidos pelo artigo 1098.º, e os dois ultimos pelo artigo 1064.º, que são differentes»¹.

Não é este o logar adequado para verificarmos se existe ou não distincção entre os regimens da separação de bens, em que não haja sido excluida a communhão de adquiridos, e o da simples communhão de adquiridos. Em nossa opinião pode sustentar-se que não ha distincção alguma, e, nesse caso, a contradicção notada pelo conceituado commentador desaparece. Conveniente é todavia que se estabeleça a devida harmonia, pelo que respeita á redacção, entre as disposições citadas, substituindo-se a expressão — *separação de bens* — por — *simples communhão de adquiridos*.

(Continúa).

REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral.
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1592, pagina 517)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 79 (cont.). Devem modificar-se algumas das disposições do Codigo relativas a impedimentos matrimoniaes e a annullação do casamento, pelo menos no sentido de as esclarecer ou tornar coherentes com o systema admittido pelo legislador. — 80. Duvidas que o Codigo suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

79 (cont.). No artigo 1072.º, cuja redacção deve ser alterada em harmonia com a modificação que se introduziu no artigo 1057.º, preceitua-se que o casamento civil produzirá todos os seus effeitos, se tiverem sido observados os requisitos essenciaes dos contractos, as disposições do artigo 1058.º e as seguintes; no artigo 1074.º declara-se que a infracção do que fica disposto no artigo precedente produz a nullidade do casamento, e no artigo

1090.º que o casamento civil não pode ser annullado por motivo da religião dos contrahentes.

São estas as disposições em que se determinam as causas de annullação do matrimonio, e cuja applicação pratica; se o casamento civil não fosse entre nós uma excepção tão rara como é, teria suscitado gravissimas difficuldades.

Do character especial que tem o contracto de casamento resulta não ser possivel, sem que haja as mais desastrosas consequencias para os conjuges, para os filhos e para a moralidade publica, estabelecer para a sua validade as mesmas condições que para os contractos em geral; e o legislador limitou-se todavia a declarar que o casamento civil só produzirá todos os seus effeitos, se forem observados os requisitos essenciaes dos contractos.

Compreender-se-ão nesta formula todos os vicios de consentimento, de que resulta a nullidade relativa dos contractos?

Mais. Preceituando-se para o matrimonio civil um conjuncto de formalidades tendentes a averiguar se entre os esposos existe algum impedimento e a garantir a livre manifestação do seu consentimento, não se declara quaes dessas solemnidades são substanciaes.

Deverão considerar-se, em face da disposição consignada no artigo 10.º, nulos os casamentos em que não tenham sido observadas todas essas formalidades?

Numa revisão do Código civil não devem ficar sem resposta as perguntas formuladas, tanto mais que na jurisprudência já algumas dúvidas se têm suscitado ácerca do assumpto a que ellas respeitam¹.

Sendo uma das condições essenciaes dos contractos o mutuo consenso, e devendo o consentimento, para que o contracto se considere valido, ser prestado nas condições que a lei prescreve, parece que o casamento civil, ao qual se mandam applicar as disposições reguladoras dos requisitos essenciaes dos contractos, pode ser annullado, quando ácerca da sua causa e objecto ou pessoas haja erro que vicie o consentimento nos termos dos artigos 656.º e seguintes. Basta, porem, attender aos effeitos que dessa applicação derivariam, para se vêr que não deve ser assim interpretado o artigo 1072.º

Annular um casamento, porque um dos conjuges julgava, por erro de direito, que o outro era herdeiro legitimario de uma determinada pessoa, ou porque declarou que casava para ser agradável a um terceiro que o havia instituido herdeiro, quando se não verifique nenhum desses factos, seria completamente inadmissivel.

Mas a que requisitos dos contractos se refere o artigo 1072.º?

Em nossa opinião, tendo em vista a natureza especial do contracto de casamento e a significação da palavra — *essenciaes*, os requisitos dos contractos, a que o artigo citado faz referencia, são aquelles cuja falta determina a inexistencia do contracto e não a sua nullidade relativa, ficando assim excluidos os vicios de consentimento, que não o tornem impossivel de um modo absoluto.

Assim, se um dos contraheentes não prestou ou não podia prestar, em virtude do seu estado mental ou de coacção physica ou moral, o consentimento; se houve erro ácerca da identidade das pessoas, que no contracto de casamento se confunde com a do objecto, não pode haver o mutuo accôrdo, o *in idem placitum*, e o casamento é inexistente. Se as partes forem, porem, capazes natural e legalmente de prestar o consentimento, e o prestarem realmente, o casamento não pode ser annullado pelo facto de ser esse consentimento viciado por erro, simples ou doloso, que poderia ser invocado para annullar qualquer outro contracto. E' assim que, em nossa opinião, o erro ácerca da causa e das qualidades da pessoa em caso algum pode determinar a annullação do casamento.

Sendo esta a nossa convicção como interpretes, outro é o nosso modo de pensar *de jure constituendo*, parecendo-nos que o erro e a coacção, que não excluam de um modo absoluto o consentimento, mas apenas o viciem, se devem admittir em condições precisamente determinadas, como causas de annullação do casamento.

Se é certo que os processos de annullação, por via de regra, são escandalosos, e que dessa annullação derivam irremediaveis consequencias pelo que respeita á mulher, não o é menos que a existencia da sociedade matrimonial, constituida em certas condições, é completamente inadmissivel perante os principios da justiça, que, para evitar inconvenientes cuja gravidade reconhecemos, não deve sujeitar um dos conjuges, victima de um erro, a uma infelicidade perpetua.

Em nosso intender, o casamento não só deve considerar-se nullo, quando um dos esposos fôr incapaz naturalmente de contractar no momento em que elle se realisa, em virtude do seu estado mental permanente ou accidental, quando não prestou o seu consentimento, ou o prestou sob a influencia de ameaças graves e illegaes, e quando haja erro sobre a identidade da pessoa de um dos esposos, mas tambem quando haja sobre as qua-

¹ Veja-se o dr. Marnoco e Souza, *Impedimentos do casamento no direito portuguez*, paginas 59 e seguintes.

lidades pessoas de um dos conjuges erro de tal natureza, que se torne impossivel a consecução dos fins da sociedade conjugal.

Admittindo, pelo que respeita a vicios de consentimento, estas causas de annullação do casamento, é nosso parecer que se deve estabelecer um praso muito curto para que possa ser pedida em juizo a annullação, considerando-se o casamento ratificado, decorrido que seja esse praso. Desta forma evitar-se-ão, em parte, os inconvenientes que da annullação derivam.

O praso de tres mêses, desde que cesse a incapacidade de contractar, desappareça a coacção, ou se torne conhecido o erro, parece-nos sufficiente.

Relativamente ás pessoas que podem pedir a annullação, deve-se estabelecer expressamente na lei, que ella só pode ser requerida pelo conjuge, salvo o caso de menoridade ou de interdicção, em que poderá ser requerida pelo seu representante legal ou pelo agente do ministerio publico.

Quanto ás formalidades prescriptas para a celebração do casamento, sustentámos nesta *Revista*¹ que a sua falta só pode produzir a annullação do casamento, quando influa na validade dos contractos, ou infrinja leis de interesse e ordem publica. Considerando esta doutrina verdadeira, forçoso nos é reconhecer que na sua applicação podem suscitar-se graves duvidas, que é conveniente esclarecer, dispondo-se que das formalidades prescriptas para o casamento apenas se consideram substanciaes as declarações feitas pelos contrahentes na presença do official publico e das testemunhas de que querem contrahir o casamento.

Em harmonia com as considerações que acabamos de fazer, introduziríamos as seguintes modificações no Codigo:

¹ Veja-se o volume 22.º, n.º 1093, pagina 276.

Artigo 1072.º «O casamento civil produzirá todos os seus effectos, sendo observadas as seguintes disposições».

Artigo 1074.º Acrescentar o seguinte:

«§ 1.º O casamento tambem poderá «ser annullado quando um dos contrahentes seja incapaz naturalmente de «prestar o seu consentimento; quando «haja erro sobre a pessoa de um «dos conjuges ou sobre as suas qualidades physicas, sendo estas de tal natureza que tornem impossivel a satisfação «dos fins da sociedade conjugal, e quando «o casamento haja sido effectuado sob «ameaças graves e illegaes.

«§ 2.º O casamento celebrado nas «condições do § antecedente, cuja annullação não seja pedida decorridos tres «mêses depois que cessou a incapacidade, e, no caso de erro ou coacção, «tres mêses depois que esta cessar ou «fôr conhecido o erro, considera-se ratificado.

«§ 3.º A annullação só pode ser requerida pelo conjuge, salvo no caso «de interdicção e de menoridade, em «que tambem o pode ser pelos seus «representantes legaes e pelo curador «dos orphãos».

Artigo 1082.º «Das formalidades a «que se referem os artigos antecedentes «apenas se consideram substanciaes as «declarações feitas pelos nubentes na «presença do official publico e das «testemunhas; mas os officiaes do registo «civil. . .».

Pelo que respeita á prova do casamento, o artigo 1083.º deve ser modificado em harmonia com o que dispõem os artigos 2441.º e 2442.º, fazendo-se nelle referencia ao caso de faltar o registo.

80. Em materia de contractos antenupciaes tem o nosso Codigo suscitado graves duvidas de exegese, que, attenta a frequencia de questões judiciaes a este respeito, têm sido largamente desenvolvidas na nossa jurisprudencia, sem que todavia se haja ainda chegado a accôrdo relativamente a algumas dellas. Devemos,

pois, comprehender a secção respectiva nestas nossas *Observações*.

Começaremos pelas difficuldades que tem havido em determinar e caracterisar os regimens de bens no matrimonio, que o Codigo estabeleceu, no intuito de facilitar os contractos antenuciaes.

São quatro esses regimens, e nos artigos 1098.º a 1102.º declara-se quaes as disposições applicaveis a cada um delles. Do *regimen da separação de bens e da simples communhão de adquiridos* tracta o Codigo, ao contrario do que se dá com o *regimen da communhão de bens* e com o *dotal*, numa só sub-secção, e no artigo 1125.º preceitua que, se os esposos declararem que querem casar-se com separação de bens, *não se haverá por excluida a communhão nos adquiridos sem expressa declaração*, e que a este contracto são applicaveis as disposições dos artigos 1130.º, 1131.º e 1132.º

A applicação destes artigos excluirá a dos artigos 1127.º a 1129.º, que ficarão regulando só a separação de bens no caso em que se haja convencionado expressamente a exclusão dos adquiridos, ou deverão applicar-se os artigos referidos ao regimen da separação, em que não haja essa exclusão, e dos artigos 1130.º, 1131.º e 1132.º só as disposições que sejam compatíveis com este regimen?

Tem-se sustentado uma e outra opinião e com argumentos valiosos.

Se por um lado parece que, sendo proprios de cada um dos conjuges, no regimen da simples communhão de adquiridos, os bens que cada um delles tiver ao tempo do casamento, não pode fazer-se distincção entre esse regimen e o da separação de bens, em que se não haja pactuado a exclusão dos adquiridos, o que o proprio legislador parece haver reconhecido, mandando applicar as mesmas disposições, e usando na epigraphe da respectiva sub-secção da particula — *ou*; por outro lado o artigo 1101.º preceitua que, se os esposos declararem *simplesmente* que pretendem casar-se com *separação de bens*, se observarão as disposições dos artigos 1125.º a 1129.º Parece, pois, que ao regimen da separação de

bens, quer haja sido convencionada, quer não, a exclusão dos adquiridos, são applicaveis os artigos 1127.º a 1129.º

Foi esta a doutrina que sustentámos nesta *Revista*, a qual tem sido seguida por abalizados juriconsultos¹.

(*Continúa*).

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 5.º, n.º 213, pagina 68, conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, 2.º edição, tomo 2.º, pagina 369, e dr. Eduardo J. da Silva Carvalho, *As formas do regimen matrimonial*, tomo 2.º, pagina 57.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1593, pagina 532)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 80 (cont.). Duvidas que o Código suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

80 (cont.). Para se vêr a importancia da questão, a que nos estamos referindo — se ha distincção entre o regimen da separação em que não haja exclusão dos adquiridos e o da simples communhão de adquiridos —, bastará attender ás consequencias que resultam da admissão de uma e de outra opinião. E como este confronto nos indicará, ao mesmo tempo que exposermos as disposições do Código, o sentido em que devem ser modificadas,

daremos a esta materia o devido desinvolvimento.

Tractaremos, em primeiro lugar, das normas reguladoras do dominio e posse dos bens.

No regimen da separação cada um dos esposos conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence, podendo dispôr dos respectivos bens livremente, exceptuando, pelo que respeita á mulher, os seus capitães postos a juros, os bens immobiliarios e as duas terças partes dos rendimentos; os quaes não podem ser alheados nem obrigados por qualquer forma sem consentimento e accôrdo commum. Esta doutrina encontra-se nitidamente formulada nos artigos 1127.º e 1128.º; attribuindo-se neste artigo expressamente á mulher a livre disposição dos seus bens mobiliarios, separados da communhão e da terça parte dos seus rendimentos, sendo que a referencia feita ao artigo 1118.º só respeita á primeira parte deste artigo, pois a segunda parte, applicando-se a bens communs, nenhum cabimento tem na hypothese prevista e regulada no artigo 1128.º

Neste artigo e no artigo 1127.º o legislador partiu evidentemente do principio de que não havia bens communs — cada

um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence —, sendo os proprios rendimentos considerados como bens separados da communhão e determinando-se o modo por que os conjuges podem dispôr delles.

A expressão — *separação de bens*, que se lê no artigo 1127.º, respeita, pois, a separação em que haja sido expressamente excluída a communhão nos adquiridos. Não havendo essa clausula, terão de applicar-se, por força do disposto no artigos 1126.º, os artigos 1130.º a 1132.º Suppondo verdadeira a doutrina de que estas disposições se devem combinar com as exaradas nos artigos 1127.º e 1128.º, vejamos a que conclusões se chega.

No artigo 1130.º preceitua-se que, se os esposos declararem que querem casar-se com simples communhão de adquiridos, os bens que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, serão considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é feito segundo o costume do reino.

Sendo communs os rendimentos dos bens proprios, no regimen da communhão de bens; pertencendo ao marido a livre disposição desses rendimentos, exceptuados os alfinetes, como lhe pertence tambem a dos bens mobiliarios proprios da mulher, salvo, pelo que respeita aos contractos gratuitos, o que se dispõe nos artigos 1118.º e 1471.º; podendo o marido dispôr livremente dos bens immobiliarios, pois que o artigo 1191.º apenas respeita aos bens communs e aos proprios do marido, como se vê dos §§. 2.º e 3.º, não fazendo restricção alguma á disposição formulada no artigo 1127.º; vê-se que, entre o regimen dos bens *separados* no regimen da separação de bens e o dos bens *proprios* no regimen da simples communhão ha uma antinomia que se nos afigura irreductivel.

Se applicassemos os artigos 1127.º e 1128.º unicamente aos bens com que os

conjuges entram para a sociedade conjugal, teriamos tres categorias de bens no regimen de separação em que não haja sido expressamente excluída a communhão dos adquiridos: — bens separados da communhão; — bens proprios; — e bens communs. Surgir-nos-ia assim um regimen fundamentalmente diverso do que é regulado pelos artigos 1127.º a 1129.º e do que se encontra formulado nos artigos 1130.º a 1133.º, o qual, attenta a referencia que lhe é feita no artigo 1126.º, está expressamente regulado no Codigo, sendo assim menos exacta a declaração feita nos artigos 1100.º e 1101.º Mas a applicação dos artigos 1127.º e 1128.º nem mesmo relativamente aos bens com que os conjuges entrem para a sociedade conjugal parece ter cabimento, porque no artigo 1130.º se declara que *os bens que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento serão considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é feito segundo o costume do reino*, e no artigo 1127.º que *cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence*, não se fazendo distincção entre os bens com que os conjuges entram para o casal e os adquiridos.

E não só não haveria razão alguma plausivel para sujeitar a diverso regimen juridico os bens com que cada um dos conjuges entre para o casal e os que adquira posteriormente por successão, por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, mas, e este ponto é para nós de capital importancia, não seria possivel estabelecer normas seguras para discriminar os bens que houvessem sido adquiridos com o rendimento dos bens proprios e dos bens communs, e os que houvessem sido adquiridos com os rendimentos dos bens separados da communhão, sendo o marido, como é, o administrador de parte destes bens, e não se encontrando no Codigo disposição alguma a tal respeito.

O artigo 1131.º não se applica a essa hypothese, porque nelle apenas se determina o modo por que devem ser inventariados os bens com que os conjuges

entrem para o casal e os supervenientes que sejam adquiridos por título gratuito ou por direito proprio anterior. Não se refere o artigo aos bens que hajam sido adquiridos por título oneroso, porque, desde que elles não representem a subrogação de bens propios, são considerados communs, pois no regimen da simples communhão, do mesmo modo que no regimen da separação em que não haja sido excluída a communhão de adquiridos, são communs os bens que os conjuges adquiram pelo seu trabalho e industria e pela applicação dos rendimentos dos bens propios e communs¹.

Estas considerações são em nosso parecer sufficientes para se vêr que a combinação dos artigos 1127.º e 1128.º com o artigo 1130.º offerce, no regimen da separação em que não haja sido expressamente excluída a communhão de adquiridos, pelo que respeita ao dominio e posse dos bens, difficuldades insuperaveis.

Prosigamos, porem, analysando o mesmo ponto relativamente á responsabilidade pelas dividas.

O Codigo tracta expressamente deste assumpto no regimen da communhão de bens e no da separação, tal como é regulado pelos artigos 1127.º a 1129.º

Já porque o regimen da communhão de bens constitue a regra, já porque o artigo 1130.º manda applicar aos bens propios no regimen da simples communhão de adquiridos as disposições que os regulam no casamento feito segundo o costume do reino, não ha duvida de que, salva a disposição especial do artigo 1133.º, a responsabilidade pelas dividas é regulada pelas mesmas disposições nos regimens de communhão de bens e de simples communhão de adquiridos.

Posto isto, vejamos se essas disposições podem combinar-se no regimen da separação em que não haja sido expressa-

mente excluída a simples communhão de adquiridos.

No artigo 1129.º, em harmonia com o principio estabelecido no artigo 1127.º de que não ha bens communs, determina-se qual a responsabilidade dos conjuges, conforme se obrigaram ambos ou só um delles, relativamente aos bens que pertencem a cada um. É assim que, declarando-se que as dividas anteriores ao casamento serão pagas pelos bens do conjuge devedor, se preceitua, quanto ás contrahidas durante o matrimonio, que serão pagas por ambos os conjuges, se a isso se obrigaram; só pelo marido, se elle só se tiver obrigado; e só pela mulher, se se tiver obrigado apenas relativamente aos bens de que tem a livre disposição, e com auctorisação do marido quanto aos bens de que não tem a livre disposição.

O artigo 1129.º refere-se a todas as dividas que sejam contrahidas pelos conjuges no regimen da separação. Suppondo que neste ha bens propios e bens communs, estes e os propios ficarão, nos termos dos artigos 1110.º a 1116.º, sujeitos á responsabilidade pelas dividas contrahidas pelo marido ou pela mulher nos casos especificados nos artigos referidos.

Como conciliar essas disposições, discriminando praticamente se ás dividas contrahidas pelo marido ou pela mulher ficam apenas obrigados os bens separados da communhão e os propios de cada um dos conjuges, ou tambem os communs?

Supponhamos que a mulher contrahiu uma divida com auctorisação do marido. Nos termos do artigo 1113.º essa divida communica-se, ao passo que, segundo a expressa disposição do artigo 1129.º n.º 3.º por essa divida só ficam responsaveis os bens propios da mulher.

Escusado será ir mais longe na demonstração de que o Codigo não tem normas por que possam resolver-se as duvidas que, supposta a autonomia do regimen da separação de bens relativamente ao da simples communhão de adquiridos, suscita a applicação áquelle regimen das

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1393, pagina 103.

disposições consignadas nos artigos 1127.º a 1129.º e 1130.º a 1132.º

E como não nos parece, posta de lado a questão de exegese, que haja motivo para se fazer distincção entre o regimen em que não haja sido expressamente excluída a communhão de adquiridos e o regimen em que tenha sido expressamente pactuada, pronunciamo-nos abertamente por que o Código seja interpretado no sentido de que ao regimen da separação sem exclusão dos adquiridos sejam applicaveis as mesmas disposições que ao da simples communhão de adquiridos.

(Continúa)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1595, pagina 5)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 80 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

80 (cont.). O regimen dotal, excluidas as garantias especiaes do dote, que caracterisam este regimen, corresponderá ao regimen da separação, regulado nos artigos 1127.º a 1129.º, ou ao da simples communhão de adquiridos?

Esta questão, cuja importancia é capital, pois da solução que se lhe dér resulta ficarem os bens sujeitos a diverso regimen pelo que respeita ao seu dominio e á responsabilidade pelas dividas, tem sido largamente debatida, sem que a jurisprudencia haja chegado a accôrdo.

Alguns jurisconsultos affirmam que no regimen dotal ha absoluta separação de

bens, baseando-se: *a)* em que os bens que a mulher possuir ao tempo do casamento ou adquirir depois, e não tenham a natureza de dotaes, lhe ficam pertencendo como proprios (artigo 1153.º), sendo havidos tambem como proprios os bens do marido (artigo 1155.º); *b)* em que no artigo 1221.º se equipara o regimen dotal ao da separação, o que tambem se verifica no artigo 1198.º, pois as palavras — *por outra forma* — referem-se a estes regimens; e *c)* em que, se no regimen dotal houvesse bens communs, o legislador não deixaria de os mencionar na parte em que tracta da partilha dos bens¹.

Outros sustentam, porem, que no regimen dotal se communicam os bens adquiridos pelo trabalho e economia dos conjuges, sendo esta a doutrina que seguimos, como a mais conforme á lei².

Se é verdade que nos artigos 1153.º e 1155.º se não faz distincção entre os bens adquiridos a titulo gratuito e pelo trabalho e economia dos conjuges, outras disposições ha que, combinadas com os artigos referidos, impõem essa distincção.

¹ Conselheiro Hintze Ribeiro, *Da reforma da legislação commercial*, pagina 146, dr. Arthur Montenegro, *Do regimen dotal*, paginas 157 e 183.

² Veja-se o volume 34.º, pagina 104.

Vejamos.

É incontestavel que nos regimens matrimoniaes a communicabilidade dos bens constitue a regra e a incommunicabilidade a excepção. Não só se encontra formulado esse principio no artigo 1098.º, mas o proprio legislador o applicou no artigo 1125.º E o modo por que se acha regulado o regimen dotal não só não exclue a applicação desse principio, mas presuppõe-n'ó.

Assim, declaram-se communs os rendimentos dos bens dotaes (artigos 1153.º e 1162.º), e portanto os bens que por meio delles se adquiram, e os bens dotaes que não sejam especificados ou convertidos nos termos da lei são havidos por communs (artigos 1137.º e § unico, 1138.º e 1140.º).

A existencia de bens communs não é, pois, incompativel com o regimen dotal puro.

Mas ha mais.

Se todos os bens adquiridos durante o matrimonio fossem proprios dos conjuges, a quem deviam pertencer?

Ha quem sustente que ao marido; mas não ha disposição alguma do Código em que se baseie essa affirmativa, que envolveria uma revoltante desigualdade. Sendo communs os rendimentos dos bens dotaes e dos proprios, como commum é tambem o trabalho e a economia dos conjuges, o que a justiça pede é que os bens adquiridos pelo trabalho e pela economia sejam communs, e o Código, não determinando a quem esses bens pertencem, só por esse facto, attentos os principios geraes, os considera communs.

No regimen da separação absoluta os conjuges podem dispôr dos respectivos bens livremente, salva a restricção estabelecida relativamente á mulher, de cujos bens o marido não pode todavia, incluindo as duas terças partes dos rendimentos, cuja administração, em nosso parecer, lhe pertence, dispôr sem consentimento della. Neste regimen os bens adquiridos pelos conjuges por meio dos rendimentos dos bens separados da communhão são do conjuge a quem estes pertencem, ficando a mulher até certo ponto garantida pelo

que respeita á applicação desses rendimentos, attentas as restricções que a lei impõe ao marido como administrador.

No regimen dotal não têm lugar, porem, estas disposições, como o evidenciam os artigos 1148.º, 1153.º e 1162.º Sendo communs os rendimentos dos bens dotaes e dos proprios, o marido pode dispôr delles nos termos do artigo 1118.º, cuja applicação ao regimen dotal julgamos incontestavel.

Não pode, pois, pelo que respeita quer á administração dos bens, quer á sua communicabilidade, considerar-se o regimen dotal correspondente ao da separação absoluta.

Naquelle regimen não ha bens ou interesses que sejam privativos da mulher. Para se vêr que é assim, bastará attender á natureza dos rendimentos. As palavras — *por outra forma* — do artigo 1198.º não respeitam, pois, ao regimen dotal puro, e o argumento deduzido do artigo 1221.º, cuja redacção é, como veremos, defeituosa, provaria de mais, pois que, confrontando-se esse artigo com os artigos 1219.º, 1220.º e 1222.º, chegaríamos á conclusão de que tambem não havia bens communs no regimen da simples communhão de adquiridos.

A doutrina que sustentamos, e que, se pode ser impugnada em face da lei, afigura-se-nos que o não poderá ser, attenta a natureza da sociedade conjugal, perante os principios, deve ser expressamente consignada no Código, resolvendo-se as duvidas que a esse respeito se têm suscitado.

E ficará por esse modo resolvida tambem a questão relativa ás disposições que regulam a responsabilidade pelas dividas no regimen dotal, se as da communhão de bens, se as do regimen da separação absoluta.

Expostas estas idéas ácerca das características dos regimens formulados no Código, vamos referir-nos ás duvidas que se têm levantado ácerca da interpretação das disposições que regulam cada um delles, indicando ao mesmo tempo algumas disposições que devem ser alteradas.

As disposições consignadas nos artigos 1112.º e 1114.º § 1.º relativamente ao tempo em que podem ser exigidas pela execução dos bens communs as dividas dos esposos que se não communiquem, e que estão modificadas pelo Codigo commercial (artigo 10.º) relativamente ás dividas commerciaes, dever-o-iam ser tambem quanto ás dividas de natureza civil. Não ha motivo para tal distincção, nem é justo que o credor, cujo credito esteja vencido, tenha de esperar pela dissolução do matrimonio para conseguir o pagamento.

Tem-se questionado se a expressão — *bens communs* — do § 1.º do artigo 1114.º se refere só aos bens immobiliarios, ou a estes e aos mobiliarios.

Ha quem sustente que os *bens communs*, a que se refere o § citado, são tanto os *immobiliarios* como os *mobiliarios*, incluindo nestes os rendimentos, baseando-se em que a lei não faz distincção alguma, permitindo-se até no artigo 1230.º que a mulher embargue de terceiro qualquer execução sobre os rendimentos¹.

Pronunciámo-nos nesta *Revista*² em sentido contrario, fundamentando largamente a opinião de que o § 1.º do artigo 1114.º apenas respeita aos bens *immobiliarios* communs em face dos artigos 1104.º, 1118.º, 1148.º e 1230.º, pelos quaes é concedido ao marido o mais amplo direito de dispôr dos bens mobiliarios communs e até dos dotaes, que a lei apenas restringiria, sem razão alguma plausivel, em prejuizo dos credores, se na expressão — *bens communs* — do mencionado § se comprehendessem os *mobiliarios* do casal, sendo apenas permitido á mulher embargar qualquer execução sobre os *rendimentos* dos seus bens dotaes ou proprios, quando por *essa* execução seja *privada dos necessarios alimentos*, e

não sendo por isso admissivel que a lei facultasse á mulher o direito de embargar de terceiro, sem restricções, a execução sobre os *rendimentos* dos bens communs.

Se os artigos 1112.º e 1114.º § 1.º forem alterados no sentido por nós indicado, a questão referida perderá toda a importancia. Quando se não faça, porem, essa alteração, parece-nos conveniente que se limite aos bens immobiliarios communs a garantia concedida á mulher no § 1.º do artigo 1114.º, harmonisando assim essa disposição com a consignada no artigo 1118.º.

Relativamente aos artigos 1114.º § 2.º e 1116.º tem-se ventilado a questão, se pelas dividas contrahidas pelo marido na ausencia ou impedimento da mulher, e pela mulher na ausencia ou impedimento do marido, quando o fim para que foram contrahidas não permite que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento, ficam sempre responsaveis os bens communs, ou só no caso de as dividas terem revertido em proveito commum dos conjuges.

Em face da letra da lei temos sustentado que as dividas nessas condições responsabilisam os bens communs dos conjuges, embora dellas não haja resultado proveito commum para o casal, condição que o Codigo não exige para que as dividas se communiquem, quando sejam contrahidas na ausencia ou no impedimento de algum dos conjuges, mas apenas no caso em que, podendo a mulher prestar o seu consentimento, o marido contraia a divida sem a sua outorga.

Outros juriconsultos, baseando-se nas palavras — *não permettindo o fim para que foram contrahidas que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento*, affirmam que é necessario que haja proveito commum para o casal para que as dividas contrahidas pelo marido ou pela mulher responsabilisem os bens communs¹.

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 356, dr. Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial*, tomo 1.º, pagina 121.

² Veja-se o volume 11.º, n.º 547, pagina 423, e volume 13.º, n.º 640, pagina 243.

¹ Dr. Eduardo de Carvalho, *obra citada*, tomo 1.º, pagina 135, nota 5, e tomo 2.º, pagina 115, nota 3.

Conveniente será que esta duvida se esclareça, e parece-nos que seria justo que se estabelecesse a presumpção, quando as dividas hajam sido contrahidas por um dos conjuges na ausencia ou no impedimento do outro, de que foram contrahidas em beneficio commum do casal. Essa presumpção, quando as dividas hajam sido contrahidas pelo marido sem consentimento da mulher, e esta o possa prestar, não teria razão alguma de ser.

Confrontando-se as disposições consignadas nos artigos 1113.º e 1116.º com a do § 2.º do artigo 1114.º, vê-se que, pelas dividas contrahidas pela mulher na ausencia ou impedimento do marido ficam não só responsaveis os bens communs, mas até os proprios do marido, ao passo que pelas dividas contrahidas pelo marido na ausencia ou no impedimento da mulher ficam responsaveis só os bens communs e os proprios do marido.

Sendo identicas as condições em que essas dividas se contraem, de justiça é que os effeitos que dellas derivam sejam tambem os mesmos, devendo alterar-se nesse sentido o que dispõe o § 2.º do artigo 1114.º

Tambem tem havido duvidas na jurisprudencia ácerca da significação das palavras — *ausencia* e *impedimento* — que se lêem nos artigos 1114.º § 2.º, 1116.º e 1190.º Assim, sustentam alguns juriscultos que ellas se devem tomar em sentido rigoroso, significando a ausencia em parte incerta e o impedimento resultante de interdicção, ao passo que outros affirmam que é a ausencia em parte certa, e que a palavra — *impedimento* — comprehende tanto os casos de interdicção, como os que resultem de doença¹.

Demonstrámos nesta *Revista*², confrontando com outros os artigos citados, que as palavras — *ausencia* e *impedimento* — dos artigos 1114.º § 2.º, 1116.º e 1190.º significavam os casos em que o conjuge

não estivesse presente no seu domicilio, haja ou não noticias delle, ou de se achar impossibilitado por doença, não havendo sido estabelecida a curadoria definitiva no primeiro caso, e decretada a interdicção no segundo.

É neste sentido que devem, em nosso parecer, esclarecer-se as duvidas a que nos temos referido.

(*Continúa*).

¹ Veja-se o *Direito*, volume 4.º, pagina 228, e esta *Revista*, volume 12.º, n.º 603, pagina 485, e volume 28.º, n.º 1287, pagina 41

² Veja-se o volume 34.º, n.º 1505, pagina 261.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paos da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1596, pagina 20)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 80 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

80 (cont.). Os artigos 1119.º e 1191.º, em que se tracta da alienação e obrigação de bens immobiliarios, suscitam graves duvidas, não só na sua combinação entre si, mas com os artigos 894.º, 1127.º, 1216.º, 1601.º e 1668.º, em virtude principalmente das incoherencias que existem entre as disposições nelles consignadas. Attento o fim que nos propomos, procuraremos especialmente pôr em relevo essas incoherencias.

No artigo 1119.º preceitua-se que o marido não pode alienar, nem obrigar de qualquer forma, sem consentimento e

accórdo commum, os bens immobiliarios, quer sejam *communs*, quer sejam *proprios* de alguns dos conjuges, mas no § 2.º do artigo 1191.º declara-se que as alienações de bens *proprios*, feitas pelo marido; só podem ser annulladas a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituido em responsabilidade para com ella ou para com elles, e não tendo outros bens pelos quaes responde. O § citado limita a disposição consignada no artigo 1119.º, com a qual, em harmonia com a doutrina que temos sustentado nesta *Revista*, se deve combinar¹.

Essa limitação, porem, respeita só á alienação dos bens, não abrangendo portanto a *hypotheca*, pois que o artigo 1119.º prohibe que o marido *obrigue de qualquer forma* os seus bens *proprios*, e contra a disposição nelle consignada, que é expressa e terminante, parece-nos que não pode invocar-se o principio geral consignado no artigo 894.º².

Não nos parece admissivel que o marido possa dispôr dos bens immobiliarios *proprios*, quando os rendimentos desses

¹ Veja-se o volume 4.º, pagina 356.

² Confira-se o dr. Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial*, tomo 1.º, pagina 151, nota 2, e os auctores por elle citados.

bens sejam communs, sem consentimento da mulher, pois que, attenta a communi-
dade de rendimentos, esses bens podem
considerar-se tambem na posse da mulher,
e justo é portanto que ella seja ouvida,
sempre que o marido os queira alhear ou
obrigar de qualquer forma.

Quando se admitta, porem, que o ma-
rido possa alienar validamente os seus
bens immobiliarios sem consentimento da
mulher, a logica pede que lhe sejam
dados tambem poderes para os hypo-
thecar.

E o § 2.º do artigo 1191.º não dá só
logar á incoherencia que acabamos de
notar.

Pelo artigo 1216.º a disposição entre
vivos dos bens immobiliarios que ficam
pertencendo a cada um dos conjuges de-
pende do consentimento de ambos, e,
como não é applicavel nesse caso o § 2.º
do artigo 1191.º, teremos assim que o
marido fica com poderes mais restrictos
depois da separação de pessoas e bens
do que na sociedade conjugal.

Pelo artigo 1668.º os conjuges tambem
não podem empraçar seus bens sem com-
mum consenimento, seja qual fór o seu
contracto de casamento. Ao empraça-
mento não se applica, pois, o § 2.º do
artigo 1191.º, não nos parecendo facil
descobrir o motivo por que se fez exce-
pção para este contracto.

O § 2.º do artigo 1191.º não só se
não harmonisa, pois, com a natureza dos
bens proprios nos regimens de bens em
que os seus rendimentos são communs,
mas até a doutrina nelle sancionada é
incoherente com a que foi consignada em
outras disposições do Codigo, devendo
portanto o referido § ser modificado.

Será o referido § applicavel ao regimen
da separação absoluta?

O modo por que está formulado o
artigo 1127.º parece excluir essa appli-
cação.

Por este artigo tem o marido a livre
disposição dos seus bens, sem restricção
alguma. As palavras — *salva a restricção
imposta no artigo seguinte*, que se lêem
no artigo citado, respeitam só á mulher,

e como essa restricção se verifica rela-
tivamente aos capitaes postos a juros, ás
duas terças partes dos rendimentos e aos
bens immobiliarios, parece-nos que não
pode affirmar-se que não tenha funda-
mento serio a opinião de que o marido
pode, no regimen da separação absoluta,
alienar sem outorga da mulher os seus
bens immobiliarios proprios¹.

O artigo 1127.º refere-se não só aos
bens mobiliarios senão tambem aos immo-
biliarios, como se torna evidente confron-
tando-o com o artigo 1128.º § unico, em
que se especificam os immobiliarios da
mulher; e, sendo esse artigo especial do
regimen da separação, é para nós muito
dúvidosa a applicação a esse regimen do
§ 2.º do artigo 1191.º

Concordamos, porem, em que este §
seja modificado no sentido de ser appli-
cado só a esse regimen.

Acceita esta doutrina, dever-se-ão mo-
dificar tambem os artigos 1216.º e 1668.º,
não os applicando aos bens immobiliarios
do marido, quando o regimen de bens
seja o da separação absoluta.

O direito que o marido tem, como
administrador, de arrendar os bens com-
muns e os proprios dê qualquer dos con-
juges terá limitações?

A jurisprudencia tem-se mostrado hesi-
tante a este respeito, sustentando alguns
jurisconsultos que o marido pode só por
si fazer o arrendamento de bens immo-
biliarios, quer proprios, quer communs,
pelo tempo que lhe aprouver; salva a dis-
posição do artigo 1601.º², ao passo que
outros affirmam que o marido não pode
contractar sem consentimento da mulher
arrendamentos que, nos termos do artigo
949.º n.º 6.º, constituam onus real³.

¹ Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, obra citada, tomo 2.º, pagina 75.

² Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 365, e tomo 3.º, pagina 193, *Direito*, volume 20.º, pagina 144, e accordo da Relação do Porto de 20 de dezembro de 1881, no *Direito*, volume 15.º, pagina 3.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 25.º, n.º 1183, pagina 3, dr. Eduardo de Carvalho, obra citada, tomo 1.º, pagina 152.

É esta a doutrina que está sendo seguida nos tribunaes¹ e a que se nos afigura mais aceitavel, mas forçoso é reconhecer que ha contra ella um argumento que não nos parece facil destruir.

Pelo artigo 1601.º os administradores de bens dotaes *podem arrendar pelo tempo que quizerem*, findando todavia o arrendamento logo que termine a administração do dote. Ora sendo permittido ao marido, como administrador dos bens dotaes, arrendal-os pelo tempo que lhe aprouver, parece-nos incontestavel o direito de arrendar nas mesmas condições os bens communs e os proprios de qualquer dos conjuges, e que a unica restricção que se poderá fazer será a de considerar o arrendamento findo logo que termine a administração, visto que cessa com esta o titulo em virtude do qual o marido podia fazer o arrendamento.

Embora o arrendamento seja, porem, um acto de administração, parece-nos que, sempre que constitua um onus real, o marido não deve realisar esse contracto sem outorga da mulher, modificando-se neste sentido a disposição consignada no artigo 1601.º, a qual, podendo fundamentar a doutrina de que o marido pode arrendar os bens do casal, sem consentimento da mulher, pelo tempo que lhe aprouver, não está em harmonia com o preceito designado no artigo 1119.º, em virtude do qual o marido não pode obrigar os bens immobiliarios por qualquer forma, sendo que o arrendamento, quando constitua um onus real, representa uma verdadeira limitação dos direitos do proprietario.

Entre os artigos 1120.º e 2024.º existe flagrante contradicção. Assim pelo artigo 1120.º se o marido aceitar alguma herança sem outorga da mulher, a responsabilidade da acceitação pura só pesará sobre a sua meação, ao passo que, se-

gundo o disposto no artigo 2024.º, essa acceitação é nulla.

Não hesitamos em considerar valida a acceitação da herança feita pelo marido, embora não haja sido feita a beneficio de inventario, no regimen da communhão de bens, no da simples communhão de adquiridos e no dotal, visto que a estes regimens são applicaveis, como já vimos, na falta de disposições proprias, as que regulam o regimen da communhão de bens.

O artigo 1120.º é, porem, inapplicavel ao regimen da separação absoluta de bens, e tambem o é no caso de simples separação judicial de bens, dando-se assim o absurdo de se tornar necessaria a outorga da mulher para que o marido acceite puramente uma herança quando a mulher não pode soffrer prejuizo algum com essa acceitação.

Os artigos 1120.º e 2024.º devem harmonisar-se, restringindo á mulher a disposição neste consignada.

Existe tambem divergencia entre os artigos 1122.º n.º 1.º e 2068.º n.º 1.º, sendo que aquelle apenas confere a posse e administração dos bens do casal ao conjuge sobrevivivo, emquanto se não ultimarem as partilhas, pelo que toca aos bens incommunicaveis do fallecido, ao passo que este diz que o encargo de cabeça de casal incumbe ao conjuge sobrevivivo nos casamentos por communhão, e nos outros tão somente na parte em que elle pode ter partilha, donde se conclue que os bens proprios do conjuge fallecido tambem ficam na posse do sobrevivivo, se o casamento tiver sido feito segundo o costume do reino. O n.º 1.º do artigo 2068.º deve ser, pois, modificado.

Quem é responsavel pelas dividas que, no regimen da separação absoluta, o marido haja contrahido com outorga da mulher?

Tem havido duvidas na jurisprudencia a este respeito, que se baseiam no facto de, para o marido contrahir validamente dividas, não ser necessario o consentimento, intendendo-se portanto que o con-

¹ Vejam-se os accordãos da Relação de Lisboa de 6 de novembro de 1897, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 11.º, pagina 429, e da Relação do Porto de 21 de junho de 1901, na *Revista dos tribunaes*, volume 20.º, pagina 468.

sentimento desta, a torna responsavel junctamente com o marido. Nos termos do n.º 1.º do artigo 1129.º só ha a responsabilidade commum dos conjuges, quando se obrigam conjunctamente, e a outorga da mulher não significa que ella se obrigue junctamente com o marido. Conveniente é todavia que se evitem quaesquer duvidas a este respeito.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1597, pagina 36)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 80 (cont.) Duvidas que o Codigo suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

80 (cont.). Sobre o inventario ou arrolamento dos bens proprios, nos regimens da separação de bens, da simples communhão de adquiridos e dotal, tem-se suscitado varias duvidas.

Este assumpto é regulado, relativamente ao regimen da simples communhão de adquiridos, no artigo 1131.º e § unico, e, quanto ao dotal, no artigo 1137.º e § unico. Neste artigo somente se preceitua, porem, que sejam especificados os bens dotaes, não se fazendo declaração alguma pelo que respeita aos proprios.

Deverão ser inventariados os bens proprios no regimen da separação de bens e no dotal, sob pena de serem havidos como bens communs?

Afirmam alguns juriconsultos que o arrolamento ou especificação dos bens, exceptuando os adquiridos a titulo oneroso, se torna necessario no regimen da separação em que haja sido expressamente excluida a communhão dos adquiridos, em virtude do que se preceitua no artigo 1126.º¹. Seguimos tambem esta doutrina², havendo todavia sustentado que era sufficiente a especificação dos bens de um dos conjuges, pois que, determinados os bens de um delles, determinados ficavam tambem os do outro³.

As considerações que fizemos ácerca das características do regimen da separação absoluta e das disposições por que este regimen é regulado levam-nos a modificar a opinião que emittimos, sendo que o artigo 1126.º não é applicavel ao regimen em que haja sido expressamente excluida a communhão de adquiridos, e não ha portanto disposição alguma em que se preceitue a inventa-

¹ Veja-se o *Direito*, volume 24.º, pagina 33.

² Veja-se o volume 27.º, n.º 1283, pagina 521.

³ Veja-se o volume 12.º, n.º 600, pagina 438.

riação dos bens no regimen da separação absoluta.

Neste regimen tem, pois, de admitir-se qualquer meio de prova sobre a proveniência dos bens, a fim de se averiguar a qual dos conjuges pertencem, devendo considerar-se como proprios não só os que cada um haja levado para o casal e os que tenha adquirido posteriormente por titulo gratuito, mas ainda os que haja adquirido a titulo oneroso com o rendimento dos bens proprios ou pelo preço delles, e pelo seu trabalho. Não desconhecemos as difficuldades que nessa prova pode haver, mas essas difficuldades só em parte serão removidas pela inventariação dos bens que os conjuges levarem para o casal e dos que adquiram posteriormente por titulo gratuito, pois que é impossivel inventariar authenticamente os bens adquiridos a titulo oneroso. E foi talvez esta a razão por que o legislador não exigiu a especificação dos bens no regimen da separação absoluta.

Quanto aos bens proprios no regimen dotal, intendemos que não é necessaria a especificação desses bens, se houver sido expressamente estipulada a exclusão da communhão dos adquiridos. No regimen dotal puro, em que os bens proprios são regidos pelas mesmas disposições que no regimen da simples communhão de adquiridos, tem de applicar-se o artigo 1131.^o¹

Vejamos agora as duvidas de exegese que este artigo tem suscitado.

Não se faz nelle distincção entre bens presentes liquidos e illiquidos, preceituando-se que têm de ser inventariados

¹ Veja-se a este respeito o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de novembro de 1887, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 3.^o anno, pagina 46, e a critica que a esse accordão faz o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.^a edição, tomo 2.^o, pagina 376. Cumpre-nos notar que para o illustre commentador ha, no regimen dotal puro, communhão de adquiridos, e que elle proprio reconhece a necessidade de os bens serem especificados para se não considerarem como taes. Veja-se o tomo citado, paginas 331 e 379.

no contracto de casamento ou em outra escriptura ou auto publico, antes do matrimonio, os bens que os conjuges levam para o casal. No artigo 1130.^o faz-se distincção, porem, entre os bens que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento e os que *depois houver por direito proprio anterior*. determinando-se no § unico do artigo 1131.^o que a disposição nelle consignada *abrangerá os bens supervenientes*, mencionados no artigo precedente, se o inventario delles não fór feito deniro de seis meses, depois que *vièram ao poder do conjuge* a quem pertencem.

Reconhecendo que os bens illiquidos não podem considerar-se supervenientes, quando o conjuge já tenha direito a esses bens ao tempo em que se constitue a sociedade conjugal, não podemos deixar de admitir, combinando o artigo 1131.^o § unico com o artigo 1130.^o, que o legislador assim os considerou para o effeito do inventario ou especificação, sendo que a obrigação de os inventariar apenas existe desde que elles venham ao poder do conjuge a quem pertencem, isto é, depois que, pela sua designação, delles possa dispôr. Em nossa opinião, pois, e já a temos manifestado nesta *Revista*¹, o praso fixado para o inventario dos bens illiquidos ou *pro indiviso* começa a contar-se, quer o direito a esses bens seja adquirido anteriormente ao matrimonio, quer posteriormente, desde que se designem ou determinem.

A falta de rigor que se nota na redacção dos artigos 1130.^o e 1131.^o § unico tem motivado duvidas a este respeito, affirmando alguns jurisconsultos que o praso de seis meses se deve contar desde a morte do autor da herança.

O conselheiro Dias Ferreira, que sustenta esta doutrina, diz que «a pretensão de contar nos inventarios seis meses de *pois que vièrem a poder da dotada*, desde «a partilha, é inadmissivel, porque nos

¹ Veja-se o volume 28.^o, n.^o 1285, pagina 4.

«inventarios a partilha é a liquidação e «o legislador não deu seis meses depois «da liquidação». É incontestavel que, fazendo-se a liquidação em inventario judicial e portanto num documento authenticico, não ha necessidade de fazer novo inventario ou especificação, mas tambem é evidente que, não dependendo da vontade das partes retardar ou abreviar as formalidades administrativas e judiciaes para a liquidação da herança, não podia o legislador fixar o praso de seis meses para o inventario ou especificação dos bens. E tanto assim é que o proprio commentador declara «que deve «reputar-se prorogado o praso, qualquer «que seja o intervallo entre a abertura «da successão e a especificação definitiva, «se esta deixar de fazer-se dentro dos «seis meses, não por culpa do interessado, «mas por circumstancias independentes «da sua vontade»¹.

Em nossa opinião o inventario ou especificação dos bens illiquidos, a que se referem os artigos 1131.º § unico e 1137.º § unico, só tem logar, quando a partilha não haja sido feita em inventario judicial, escriptura ou auto publico, quer o direito do conjuge a esses bens seja anterior, quer posterior ao matrimonio, e é esta a doutrina que, para resolver as duvidas a que nos temos referido, nos parece que deve ser expressamente consignada no Codigo.

Tambem seria conveniente harmonisar entre si as disposições consignadas no artigo 1131.º § unico e 1137.º § unico. Pelo artigo 1137.º exige-se, relativamente aos bens illiquidos a que a dotada já tenha direito ao tempo do matrimonio, que se especifique a proveniencia do direito a esses bens, e que estes se especifiquem *quando se liquidarem*. A declaração da proveniencia do direito aos bens só será necessaria, quando a mulher não se dote com todos os seus bens presentes; e, relativamente á especificação, deve con-

ceder-se o mesmo praso que no § unico se concede para a dos bens futuros.

Pelo artigo 1133.º, em que se declara que as dividas dos conjuges socios nos adquiridos, sendo anteriores ao casamento, serão, se forem pagas pelos adquiridos, levadas em conta na parte respectiva ao conjuge devedor, parece que se faz excepção, para o regimen da simples communhão de adquiridos, ao principio consignado no artigo 1112.º, excepção que, em virtude da referencia feita no artigo 1126.º, o legislador parece não haver admittido para o regimen da separação em que se não exclua expressamente a communhão de adquiridos. Escusado será notar que, não havendo justificação alguma para a distincção que se faz entre o regimen da simples communhão de adquiridos e o regimen da separação com communhão de adquiridos, tambem a não ha para a excepção que se faz ao artigo 1112.º, se o artigo 1133.º assim deve ser interpretado, e não como mera repetição das disposições consignadas nos artigos 1110.º a 1112.º

No artigo 1136.º declara-se que podem ser objecto do dote, tanto os bens que a mulher já possui, como os que de futuro venha a adquirir por testamento ou *ab-intestato*.

Parece que por esta disposição se excluem do dote os bens futuros que a mulher adquira por meio de doação. O conselheiro Dias Ferreira, que havia seguido opinião contraria, sem duvida por não ver fundamento para a distincção, modificou essa opinião, sustentando que a mulher só pode incluir no dote os bens futuros havidos por testamento ou *ab-intestato*¹.

Embora das *Actas*² da Commissão revisora se deprehenda que foi intuito della excluir do dote os bens futuros

¹ Veja-se o *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 3.º, pagina 134, e 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 379.

² Sessão de 21 de dezembro de 1861, pagina 193.

¹ Veja-se a obra e tomo citado, pagina 375.

adquiridos por doação, parece-nos que, admittido o regimen dotal e que este pode abranger bens futuros provenientes de successão testamentaria ou legitima, não ha motivo algum para excluir os adquiridos por doação, e que o artigo 1136.º deve ser modificado neste sentido.

No artigo 1140.º determina-se que, se no dote fór incluído dinheiro, e este não fór convertido nos termos fixados naquelle artigo, ter-se-á como não existente, e entrará na communhão. Esta disposição só se applica ao dote em dinheiro, e não em dividas activas, e, preceituando-se que a conversão seja feita dentro de tres meses contados desde o casamento, parece que para o dote em dinheiro, que seja recebido posteriormente ao casamento, não ha a necessidade da conversão, e assim se tem julgado¹.

Se, porem, o legislador teve em vista evitar que, por não serem devidamente especificados os bens dotaes, os credores do casal sejam prejudicados, parece-nos que não só deveria ampliar o preceito do artigo 1140.º ao dote constituido em dividas activas, existentes ao tempo em que se realisa o matrimonio, mas tornar obrigatoria a conversão do dote consistente em dinheiro ou em dividas activas, que a dotada receba posteriormente ao casamento.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
leites da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1599, pagina 68)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 80 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de regimens de bens no matrimonio, que devem ser resolvidas.

80 (cont.). No artigo 1148.º permite-se aos esposos estipular a inalienabilidade dos bens mobiliarios dotaes.

Tendo sido estabelecida no contracto antenupcial esta clausula, poderão esses bens ser alheados e em que casos? E qual é a sancção dessa clausula?

Relativamente á primeira pergunta, vê-se dos trabalhos da Commissão revisora e do contexto que a referencia feita no § 1.º do artigo 1149.º aos *bens immobiliarios dotaes* representa um lapso que se deu na impressão do Projecto de 1864, devendo substituir-se essa expressão por *bens mobiliarios dotaes inalienaveis*.

Assim a Commissão revisora resolveu, em sessão de 27 de novembro de 1863¹, que o § 1.º do artigo 1167.º do Projecto desse anno, correspondente ao § 1.º do artigo 1149.º do Codigo, fosse assim redigido: «O disposto neste artigo e «n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, é applicavel aos «bens mobiliarios dotaes inalienaveis, «ficando o marido exonerado de toda a «responsabilidade por elles».

Ora no Projecto de 1864, artigo 1139.º § 1.º, foi substituida a palavra — *mobiliarios* — por — *immobiliarios* — e supprimida a palavra — *inalienaveis*, contra o que resolvera a Commissão revisora, repetindo-se escusadamente o que se preceituava no artigo 1149.º, e não se determinando os casos em que os bens mobiliarios dotaes inalienaveis podiam ser alheados, ficando o marido exonerado da responsabilidade por elles.

No § 1.º do artigo 1149.º não só se deve fazer a correcção indicada, mas deve tambem permittir-se a alienação de bens mobiliarios dotaes, para serem subrogados por outros bens de valor equal ou maior, substituição que pode ser vantajosa, principalmente quando o dote seja

¹ Veja-se as *Actas*, pagina 391.

constituído por acções e obrigações de bancos e companhias.

Quanto á segunda pergunta, a sancção da clausula em que se estipule a inalienabilidade dos bens mobiliarios dotaes acha-se formulada nos artigos 1150.º § 1.º e 1151.º, mas por uma forma que julgamos inadmissivel.

Pelo § 1.º do artigo 1150.º a mulher ou os seus herdeiros só podem pedir a reivindicção dos bens mobiliarios, quando se verifiquem cumulativamente as seguintes condições: insolvencia do marido e terem sido, tanto as alienações feitas pelo marido como as subsequentes entre terceiros, por titulo gratuito ou com má fé. Em todos os outros casos, o marido apenas fica responsavel para com a mulher por indemnisação de perdas e damnos, nos termos do artigo 1151.º

Confrontando-se os artigos citados com os artigos 1034.º a 1037.º, vê-se que a clausula, em virtude da qual os bens mobiliarios dotaes sejam inalienaveis, não tem sancção, pois que a alheação ou obrigação desses bens apenas pode ser annullada pela mulher ou pelos seus herdeiros nos mesmos casos em que pode ser rescindida a alienação ou obrigação dos bens mobiliarios dotaes alienaveis, quando dessa alienação ou obrigação resulte prejuizo para a mulher.

Parece-nos que, havendo sido estipulada a inalienabilidade dos bens mobiliarios dotaes, e estando de má fé o adquirente desses bens, isto é, tendo conhecimento de que elles são bens dotaes inalienaveis, ou, embora o não esteja, tendo adquirido esses bens a titulo gratuito, que á mulher ou aos seus herdeiros deve ser facultada a acção rescisoria, independentemente da insolvencia do marido. Só assim deixará de ser letra morta a disposição em virtude da qual é permittido aos esposos convencionarem a inalienabilidade dos bens mobiliarios dotaes.

O artigo 1149.º tem suscitado graves duvidas, que vamos expôr resumidamente.

Ha quem sustente, relativamente ao n.º 1.º deste artigo, que não é necessaria

auctorisação judicial para que os conjuges possam dotar os lillios communs com os proprios bens dotaes, sendo essa auctorisação apenas necessaria quando os bens tenham de ser alienados para esse effeito¹, ao passo que outros jurisconsultos affirmam que essa auctorisação é sempre necessaria. Foi esta a opinião que seguimos², e é a que julgamos mais harmonica com a letra da lei, pois que a doação dos bens não pode deixar de considerar-se uma alienação, e não pode dizer-se que essa auctorisação seja desnecessaria, porquanto, podendo os paes doar todos os seus bens tanto aos herdeiros legitimarios como a um estranho, salvo o direito de revogação e de redução por inofficiosidade, a doação de bens immobiliarios dotaes não pode exceder a legitima do filho, que se quizer dotar ou estabelecer, acrescentando a essa legitima a terça de seus paes, tudo calculado em relação á epoca em que a alienação houver de fazer-se.

Quanto ao n.º 6.º do artigo referido, está-se seguindo na nossa jurisprudencia a doutrina de que a palavra — *troca* — se toma em sentido rigoroso, significando o contracto em virtude do qual se dão os bens dotaes por outros³.

Parece-nos que esta jurisprudencia, embora seja até certo ponto auctorisada pela letra da lei, é inaceitavel.

Não ha realmente motivo algum para que se prohiba a substituição dos bens dotaes por outros, vendendo-os para esse fim. Pelo contrario, pode essa subrogação representar para os conjuges uma vantagem economica, e portanto o legislador deve facultal-a, adoptando as providencias necessarias para que ao producto dos bens dotaes alienados seja dada a applicação para que se auctorisou a alienação.

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 389.

² Veja-se o volume 30.º, n.º 1272, pagina 340, e n.º 1274, pagina 374

³ Veja-se esta *Revista*, volume 30.º, n.º 1376, pagina 380, o accordão da relação do Porto de 29 de julho de 1890, no *Boletim dos tribunaes*, 6.º anno, pagina 28, e o *Direito*, volume 2.º, pagina 612.

Relativamente ao n.º 7.º do artigo 1149.º tem-se duvidado sobre se é admittida a expropriação de bens dotaes por utilidade particular. Sustentámos nesta *Revista* a afirmativa¹, fundamentando-a largamente, e parece-nos que se deve modificar nesse sentido o n.º citado.

Será permittido hypothecar os bens dotaes para algum dos fins indicados nos n.ºs 1.º a 4.º do artigo 1149.º?

Tanto este artigo como os artigos 601.º a 605.º do Codigo de processo civil se referem só á alienação dos bens, parecendo assim que os conjuges não podem contrahir dividas, obrigando os bens dotaes, para dotar ou estabelecer tilhos, para alimentos, para pagamento de dividas e para a reparação de outros bens dotaes. Esta doutrina é, porem, theoreticamente inadmissivel, pois pode haver grande vantagem para os conjuges em contrahir um emprestimo em vez de alienarem os bens, e o legislador não pode, sendo coerente, deixar de permittir que os bens sejam obrigados nos mesmos casos em que podem ser alienados.

O artigo 1151.º, declarando que o marido que *alhear* ou *obrigar* os bens dotaes, nos casos em que não lhe é permittido fazel-o, fica responsavel por perdas e damnos, auctorisa a illação de que é permittida em alguns casos a *obrigação* dos bens dotaes. Não podem, porem, hypothecar-se os bens dotaes sem auctorisação judicial, e só existe processo especial para a alienação desses bens.

Estarão os bens dotaes sujeitos á responsabilidade civil por actos praticados pela mulher, quando essa responsabilidade não tenha a sua origem numa relação juridica preexistente?

Tambem a este respeito se podem suscitar duvidas. Se pode afirmar-se que o artigo 1149.º só prohibe a alienação dos bens dotaes, quando ella dependa da

capacidade dos conjuges¹, pode sustentar-se tambem que, sendo os bens dotaes inalienaveis em principio, só podem ser alienados nos casos em que o legislador expressamente o declara, e que não ha disposição alguma em que se permitta a alienação desses bens para a indemnisação de perdas e damnos por qualquer facto imputavel á mulher. Se em face da lei se pode contestar a responsabilidade dos bens dotaes no caso que estamos discutindo, afigura-se-nos que tal doutrina é, perante os principios em que assenta a responsabilidade civil conexa com a criminal, inadmissivel, devendo consignar-se expressamente no Codigo essa responsabilidade.

Pelo artigo 1151.º o marido que alhear ou obrigar os bens dotaes, nos casos em que não lhe é permittido fazel-o, fica obrigado por perdas e damnos para com terceiros, a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados. Parece que, em face deste artigo, essa responsabilidade existe, mesmo no caso em que o onus dotal esteja sujeito a registo; o que não é exacto, tenha ou não sido registado o onus dotal, devendo harmonisar-se o artigo referido com as disposições respeitantes ao registo.

No artigo 1167.º preceitua-se que, se o marido ou a mulher tiver, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e algum destes fór vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dicta doação ou deixa exceder a importancia da terça dos bens que então possuir.

Consistindo a quota legitimaria dos ascendentes do segundo gráu, ou de gráu mais remoto, em metade dos bens da herança (artigo 1787.º), não se comprehende o motivo por que a doação ou deixa não possa exceder nesse caso a terça dos bens, e parece-nos que, con-

¹ Veja-se o volume 31.º, n.º 1400, pagina 214.

¹ Veja-se o dr. Montenegro, *Do regimen dotal*, pagina 130.

frontando os artigos referidos, e tendo-se em vista as alterações que no Projecto primitivo foram introduzidas¹, e o facto de o legislador usar por vezes da palavra — *terça* — como synonyma de — *quota disponível*, se chega á conclusão de que, havendo, ao tempo da dissolução do matrimonio, descendentes do segundo gráu, a doação ou deixa tem de ser reduzida na importancia em que exceda a metade da herança e não a terça.

O conselheiro Dias Ferreira affirma todavia que «é lão clara disposição da «lei, que forçoso é applicar o artigo 1787.º «às disposições testamentarias, e o artigo «1167.º não só ás doações entre esposados, mas a todas as doações *inter-vivos*»².

Conveniente é, pois, que se substitua no artigo referido a palavra — *terça* — por — *quota disponível*.

No artigo 1171.º determina-se que, se a doação fôr de parte, ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo por titulo gratuito dos bens doados. Pelo artigo 1174.º são applicaveis ás doações entre esposados as regras geraes estabelecidas no capitulo das doações, em tudo o que não fôr contrario ao que para as doações entre esposados foi especialmente disposto, e pelas disposições consignadas nos artigos 1462.º e 1463.º, se o doador, em contracto de casamento, fizer doação de seus bens por morte, sem fazer reserva alguma, ou reservando alguns bens sem designação delles ou de porção certa, intender-se-á que reserva a terça dos doados, e, se dispozer da terça legal, intender-se-á que reserva a terça da terça.

A reserva a que estes artigos se referem intender-se-á feita nas doações entre esposados, apesar do disposto no artigo 1171.º?

Na nossa jurisprudencia está-se seguindo a doutrina de que os artigos 1462.º

e 1463.º só são applicaveis ás doações feitas por terceiros aos esposados e não entre estes¹.

Em face da redacção dos artigos 1462.º e 1463.º, em que se não tracta realmente de doações em geral, mas só de doações para casamento, pois que só nestas pode haver disposição de bens por morte, pode contestar-se a distincção que por essa jurisprudencia se faz entre doações feitas por terceiro para casamento e doações entre esposados, tanto mais que nos parece que não existe irreductivel antinomia entre as disposições citadas, pois que a liberdade de dispôr por titulo gratuito ficaria limitada á reserva que, em virtude do que a lei dispõe, se intende haver sido feita pelo doador. Pelo artigo 1171.º o doador não pode dispôr por titulo gratuito dos bens doados, e pelos artigos 1462.º e 1463.º intende-se que, se não houve clausula expressa, elle não doou a terça de seus bens ou a terça da terça, conforme a doação tiver por objecto aquelles ou esta.

Parece-nos que as disposições consignadas nos artigos 1462.º e 1463.º não são de ordem publica, mas de character interpretativo, não se estabelecendo portanto por ellas limitação alguma á liberdade que os esposos têm de doar todos os seus bens presentes e futuros. Podem, pois, os esposos ou um terceiro fazer doação por morte de todos os seus bens, declarando que não fazem reserva alguma, e nesse caso todos os bens presentes e futuros foram doados, não podendo dispôr por titulo gratuito de nenhuns. Se não estabelecerem essa clausula, intendemos que ficam com o direito de dispôr da reserva legal, assim como, se houverem pactuado expressamente essa reserva, se tem de observar o disposto no § unico do artigo 1464.º, sem que seja admissivel distincção entre doações entre esposados ou feitas por terceiro aos esposados.

(Continúa).

¹ No Projecto primitivo, artigo 1213.º, dizia-se — *pae, mãe, ou outros descendentes legitimos successiveis*.

² Veja-se a obra e tomo citado, pagina 404.

¹ Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1893, na *Gazeta da relação de Lisboa*, 11.º anno, pagina 221, conselheiro Dias Ferreira, obra citada, tomo 3.º, 2.ª edição, pagina 86.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Mannel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1600, pagina 84)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 81. Duvidas que tem suscitado o artigo 1175.º — 82. Devem esclarecer-se algumas disposições relativas aos direitos e obrigações geraes dos conjuges. — 83. Modificações que devem introduzir-se nos artigos que regulam a separação judicial de pessoas e bens.

81. As doações feitas por terceiro para casamento podem abranger bens futuros?

Em face do artigo 1175.º, que faculta a qualquer dispôr em favor dos futuros esposos, ou de algum delles, de parte dos seus bens ou *de todos*, em vida ou *por morte*, comtanto que o faça no *proprio contracto antenupcial*, ou em *escriptura publica separada*, parece que deve dar-se, sem hesitações, resposta affirmativa, a qual o artigo 1457.º § unico confirma, declarando que as doações para casa-

mento não tem a natureza de disposições de ultima vontade e não ficam sujeitas ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos.

Em alguns accordãos tem-se seguido todavia doutrina contraria¹, julgando-se que as doações feitas por terceiros aos esposados não podem abranger bens futuros, já porque o artigo 1175.º não permite expressamente, como resulta do seu confronto com o artigo 1171.º, a doação de parte ou da totalidade da herança, já porque o artigo 2042.º declara que ninguem pode, nem sequer por contracto antenupcial, renunciar á herança de pessoa viva, ou alienar ou obrigar os direitos que eventualmente possa ter á mesma herança; e a doação de bens futuros não pode deixar de considerar-se como uma renuncia ou alienação do direito á herança de pessoa viva.

Nesta *Revista* sustentámos tambem esta doutrina². Reconhecemos, porem, não só a conveniencia de que seja esclarecida a duvida a que acabamos de nos referir,

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 1879 e de 23 de novembro de 1888, nesta *Revista*, volume 18.º, n.º 917, pagina 526, e volume 30.º, n.º 1370, pagina 287.

² Veja-se o volume 4.º, n.º 168, pagina 178, e o volume 6.º, n.º 272, pagina 181.

mas ainda outras que podem suscitar-se, quando se admitta a doutrina de que as doações feitas por terceiros aos esposados podem abranger bens futuros.

Sendo feita por um terceiro para casamento a doação de todos os seus bens presentes e futuros, poderá o doador dispôr dos seus bens por título oneroso?

O conselheiro Dias Ferreira pronuncia-se abertamente pela negativa, dizendo que o doador não pode alienar os bens, «quer por título gratuito quer oneroso, ou «tenha doado em vida ou por morte, porque «estas doações, ainda *causa mortis*, são, «como era já por direito velho, consideradas a título oneroso, e assim irrevogáveis (artigo 1457.º); e tanto que não «carecem de cinco testemunhas, porque «não representam disposição de ultima «vontade (§ unico do artigo 1457.º) as «doações em casamento, ainda quando «comprehendam bens por morte»¹.

Não nos parece aceitavel esta doutrina.

Nas doações por morte, de parte ou da totalidade da herança, é no momento em que a morte se verifica que os bens se determinam e transmittem. O doador continúa portanto a ser proprietario dos bens, podendo dispôr delles a título oneroso, mas não gratuitamente, porque, declarando a lei que a doação é irrevogavel, elle não pode prejudicar o donatario enriquecendo outras pessoas a expensas do seu patrimonio, salva a reserva estabelecida nos artigos 1462.º e 1463.º

Intendemos, pois, que ás doações por terceiros aos esposados de parte ou da totalidade da herança é applicavel a mesma doutrina que ás doações entre esposados.

Transmittindo-se os bens, nas doações de parte ou da totalidade da herança, por morte do doador, vê-se que entre os artigos 1175.º e 2042.º não ha contra-

dicção, assim como a não ha tambem entre este artigo e os artigos 1166.º e 1171.º Nas doações de bens futuros podem sem duvida entrar os que se adquiram por successão legitima ou testamentaria, e o doador fica, pela doação, inhibido de dispôr por titulo gratuito dos bens que por esse meio adquira. É evidente, porem, que, não havendo a renuncia ou alienação do direito á herança de uma determinada pessoa viva, nem se transmittindo esse direito no momento em que se faz a doação, não pode dizer-se que haja um pacto successorio prohibido por lei na doação de parte ou da totalidade da herança.

Os artigos 1166.º, 1171.º e 1175.º não constituem portanto uma restricção ao preceito consignado no artigo 2042.º; este é que restringe a faculdade de dispôr dos bens futuros nas doações para casamento, não permittindo que o doador disponha do direito á herança de uma pessoa viva por meio da renuncia ou da alienação.

Parece-nos que é esta a doutrina que está sancionada no Codigo, e que talvez seja conveniente fixar, attentas as hesitações que na nossa jurisprudencia teem havido ácerca do modo por que devem conciliar-se os artigos referidos¹.

82. Na parte em que tractámos dos regimens de bens no matrimonio referimo-nos a alguns artigos consignados na secção que tem por epigraphic — *Dos direitos e obrigações geraes dos conjuges*, e designadamente aos artigos 1190.º, 1191.º e 1198.º Outros artigos ha na secção referida que conveniente é que sejam esclarecidos, e que por isso não devemos preterir.

No artigo 1190.º não só se deve precisar, como já notámos, o sentido das palavras — *ausencia* — e — *impedimento*, mas deve determinar-se como é constituido o conselho de familia, sendo que

¹ Veja-se o *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 408.

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *obra citada*, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 394, e o *Direito*, volume 8.º, pagina 530.

na nossa jurisprudencia tem havido duvidas e opiniões encontradas a este respeito¹.

No artigo 1192.º n.º 4.º preceitua-se que a mulher pode estar em juizo sem auctorisação do marido nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos ou *naturaes* que tivesse de outrem, os direitos e deveres inherentes ao poder paternal.

E' este o unico artigo em que o Codigo usa da expressão — *filhos naturaes*, que no nosso antigo direito significava os filhos havidos de pessoas que ao tempo da concepção delles podiam contrahir entre si matrimonio, contrapondo-se portanto aos espurios.

Em que sentido, porem, se toma esta expressão no artigo citado?

O conselheiro Dias Ferreira diz a este respeito: «Só neste artigo (1192.º n.º 4.º) a Comissão revisora conservou a palavra — *naturaes*, que era já a do Projecto primitivo, de certo como mais generica, para comprehender, não só os filhos perillhados, havidos antes do matrimonio, mas tambem os *espurios*, havidos antes ou durante o matrimonio, sobre os quaes, apesar de estranhos á familia (artigo 135.º), os paes exercem acção porque ninguem pode ser encarregado delles senão na falta de pae ou mãe (artigo 280.º), e porque o pae ou a mãe pode até nomear-lhes tutor quando estiver obrigado a alimentos (artigo 279.º)»².

Parece-nos que a expressão — *filhos naturaes* — não se pode tomar no sentido que lhe attribue o conceituado commentador, e que significa os filhos havidos antes do matrimonio e perillhados antes ou depois d'elle. Só sobre estes e os legitimos é que a mãe exerce os direitos e deveres inherentes ao poder paternal. Os filhos espurios só tem direito a alimentos quando se deem as circumstancias previstas no artigo 136.º, e parece-nos

que, quando elles tenham de demandar a mãe para esse effeito, o marido deve ser citado tambem para a acção, attentas as responsabilidades que desta podem derivar relativamente aos bens.

E deverá ser tambem citado o marido para uma acção de investigação de maternidade illegitima proposta contra a mulher? Poderá esta perilliar voluntariamente, sem auctorisação do marido, um filho illegitimo havido antes do matrimonio?

Respondemos já nesta *Revista* á ultima pergunta, pronunciando-nos em sentido negativo¹, donde se conclue que, em face das disposições consignadas no Codigo, respondemos affirmativamente á primeira. Reconhecemos, porem, que a questão é grave, e que conveniente seria que fosse resolvida.

Poderá ser supprida judicialmente a auctorisação do marido para que a mulher exerça o commercio, quando elle a recuse indevidamente?

A jurisprudencia, que se havia dividido a este respeito anteriormente á promulgação do Codigo commercial, dividida continuou depois que este Codigo começou a vigorar. Assim o conselheiro Dias Ferreira afirma que «a recusa de auctorisação para a mulher exercer commercio não pode ser supprida pelo poder judicial, porque nem no Codigo commercial nem no Codigo civil ha texto que o permita, e seria necessario texto especial de lei para conceder á mulher, contra a vontade formal do marido, um direito que envolveria em responsabilidade os bens communs mobiliarios e os proprios da mulher (artigo 16.º do Codigo de commercio), e prejudicaria assim o marido, a quem pertence a administração de todos os bens da mulher e «quinhão nos communs»².

Contra esta doutrina affirmamos que o principio geral é de que a recusa

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 34.º, n.º 1505, pagina 261.

² Veja-se a obra citada, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 423.

¹ Veja-se o volume 35.º, n.º 1547, pagina 392.

² Veja-se a obra citada, tomo 2.º, pagina 425.

de consentimento do marido pode ser supprida judicialmente, sendo portanto necessario que a lei negasse expressamente á mulher essa garantia, para que ella não podésse requerer o supprimento da auctorisação ao juiz, quando o marido, podendo concedel-a, a recusasse. Ora a lei não só não faz excepção a esse respeito, mas o artigo 16.º do Codigo commercial refere-se á auctorisação *nos termos da lei civil*¹.

E parece-nos que é esta a doutrina mais aceitavel. O juiz, que tenha de conceder o supprimento não poderá deixar de tomar em consideração quaesquer razões que o marido allegue para o recusar, e, quando as julgue procedentes, não attendará o pedido.

No artigo 1201.º n.º 1.º devem supprimir-se as palavras — *não se achando proposta em juizo por terceiro acção nenhuma a este respeito*. Sendo só o marido ou os seus herdeiros que, nos termos do artigo 1200.º, podem pedir a rescisão dos actos praticados pela mulher sem auctorisação do marido, não pode nenhum terceiro pedir judicialmente com esse fundamento a annullação dos actos praticados pela mulher.

83. No artigo 1210.º § unico preceitua-se que em caso de adulterio da mulher, seja qual fôr o regimen de bens, a mulher não terá direito a separação de bens, salvo se provar que, ao tempo em que commetteu o adulterio, podia requerer a separação contra o marido por alguma das causas mencionadas no n.º 2.º do artigo 1204.º Confrontando-se este artigo com o artigo 1211.º, e tendo-se em vista o principio consignado no artigo 1105.º, vê-se que, sendo decretada a separação judicial de pessoas por motivo de adulterio da mulher, subsiste o regimen matrimonial que haja sido estabelecido.

Escusado será demonstrar que esta doutrina é completamente inaceitavel,

devido alterar-se a disposição consignada no § unico do artigo 1210.º, pela qual, como se vê da historia do § citado¹, se quiz punir a mulher adúltera, dando-lhe apenas direito a alimentos. Continuando, porem, o mesmo regimen de bens, e podendo assim a mulher ter communicação nos bens adquiridos pelo marido, vê-se que a disposição referida é completamente inadequada para a consecução do fim que o legislador se propoz, podendo ser até contraproducente.

(*Continúa*).

¹ Veja-se o dr. Eduardo de Carvalho, *As formas do regimen matrimonial*, volume 2.º, pagina 149.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1601, pagina 100)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se
não refere e que, fazendo-se uma nova
publicação official do Codigo, devem ser
modificados.

SUMMARIO. — 83. (cont.). Modificações que devem intro-
duzir-se nos artigos que regulam a separação judi-
cial de pessoas e bens — 84. Modificações que
devem introduzir-se em algumas disposições que
regulam a simples separação judicial de bens. —
85. Resumo das alterações indicadas nos n.ºs 80
a 84.

83 (cont.). No Projecto primitivo (ar-
tigo 1257.º § 1.º) declarava-se que a
mulher que fosse condemnada como adul-
tera na competente acção criminal perdia
o direito a seus bens em proveito dos
filhos ou do marido, se os não tivesse.

Acertadamente rejeitou a Comissão
revisora esta disposição, pois não só era
perigoso dar ao marido direito aos bens
da mulher em caso de adulterio, mas não
podia justificar-se que os herdeiros legi-

timos fossem privados do direito eventual
a esses bens.

Em nosso parecer, e caso se intenda
que é conveniente adoptar-se uma pro-
videncia especial no tocante aos bens,
quando a separação judicial seja moti-
vada por adulterio da mulher, deverá
manter-se o marido na administração dos
bens que pertencerem á mulher e dar-se
a propriedade delles aos lillos, ficando a
mulher com o direito aos alimentos que
lhe hajam sido arbitrados.

Tem-se discutido, em face das dispo-
sições consignadas nos artigos 1156.º,
1210.º, 1211.º, 1217.º e 1224.º, se os
bens dotaes conservam a mesma natureza
depois de decretada a separação judicial
de pessoas e bens, ou se ficam sendo
bens proprios¹. A controversia recae
sobre os bens immobiliarios, pois que,
relativamente aos mobiliarios, a mulher
fica com o direito de dispôr delles livre-
mente, desaparecendo com a separação

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 12.º, n.º 595, pa-
gina 358, e volume 27.º, n.º 1259, pagina 130, a *Gazeta*
da associação dos advogados de Lisboa, volume 3.º,
pagina 466, e o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil*
português anotado, 1.ª edição, tomo 3.º, pagina 282,
tomo 5.º, pagina 395, e 2.ª edição, tomo 2.º, pa-
gina 456.

judicial as garantias que por lei foram estabelecidas para a sua conservação.

Em nossa opinião, e já a fundamentamos largamente¹, os bens immobiliarios dotaes continuam sendo inalienaveis depois da separação judicial de pessoas e bens, afigurando-se-nos muito contestavel a doutrina sancionada no Codigo. Quando se reconheça, porem, que ella é acceitavel, em vista do possivel restabelecimento da sociedade conjugal, deverá providenciar-se ácerca do dote, quando elle seja constituído em bens mobiliarios, de forma a assegurar-se a sua conservação. A coherencia assim o exige.

Será necessaria a auctorisação ou outorga do outro conjuge, ou o seu suprimimento judicial, para que o conjuge separado judicialmente de pessoa e bens possa estar em juizo por causa de questões de propriedade ou de posse de bens immobiliarios, ou em acções de inventario, quando na herança haja bens immobiliarios?

Baseando-se em que o artigo 1216.º apenas torna dependente do consentimento de ambos os conjuges a disposição entre vivos dos bens immobiliarios que depois da separação ficarem pertencendo a cada um delles, e em que as questões ou inventarios de bens immobiliarios não importam uma disposição daquella natureza, teem-se alguns jurisconsultos pronunciado pela negativa². Seguem outros jurisconsultos a affirmativa, baseando a nos artigos 1119.º e 1191.º, e é essa a doutrina que está sendo applicada nos tribunaes.

84. Nos artigos 1220.º e 1221.º estabelece-se doutrina que julgamos completamente inacceitavel pelo que respeita aos bens sobre que pode recair a separação, quando seja auctorisada a simples separação judicial de bens.

Assim, pelo artigo 1220.º, se a mulher fór casada segundo o costume do reino a separação só poderá recair sobre os bens que tiver trazido para o casal, ou que depois lhe houvessem advindo, e na meação dos que tiver adquirido junctamente com o marido. Ora no regimen da communhão cada um dos conjuges fica tendo, depois de realisado o matrimonio, direito adquirido á meação dos bens com que cada um entra para o casal, e é portanto sobre essa meação que a separação deve recair.

Quer a mulher seja prejudicada quer seja favorecida com a disposição consignada no artigo 1220.º, porque se pode verificar qualquer das hypotheses, essa disposição de modo algum pode defender-se.

Pelo artigo 1221.º se a mulher fór casada segundo o regimen dotal, ou por outra especie de separação de bens, parece que só se admite a separação dos bens dotaes ou proprios. A exclusão dos bens communs, que podem existir tanto no regimen dotal como no da simples communhão de adquiridos, não pode justificar-se.

85. Vamos resumir as observações que temos feito ácerca das disposições relativas a regimen de bens no matrimonio, aos direitos e obrigações geraes dos conjuges, á separação judicial de pessoas e bens e á simples separação judicial de bens, indicando as modificações que devem ser introduzidas nos artigos respectivos.

Artigo 1100.º «Se os esposos declararem simplesmente em seu contracto que querem casar-se com simples communhão de adquiridos, ou com separação de bens, observar-se-ão as disposições dos artigos 1125.º, 1126.º e 1130.º a 1133.º».

Artigo 1101.º «Se os esposos declararem simplesmente que pretendem casar-se com separação absoluta de bens, observar-se-ão as disposições dos artigos 1127.º a 1129.º».

Artigo 1112.º «Os credores pelas vidas mencionadas nos artigos prece-

¹ Vejam-se os logares citados.

² Conselheiro Dias Ferreira, obra citada, 2ª edição, tomo 2.º, pagina 461, e Codigo de processo civil annotado, tomo 2.º, paginas 29 e 323.

«dentes podem fazer-se pagar, não chegando os bens trazidos para o casal pelo devedor, pela sua metade dos adquiridos, sendo citado o outro conjuge para, querendo, requerer separação judicial de bens no decendio posterior á penhora».

Artigo 1114.º § 1.º «Na falta de bens proprios do marido, as referidas dividas serão pagas pela meação delle nos bens communs, tendo a mulher o direito de requerer a separação judicial de bens nos termos do artigo 1112.º».

Artigo 1114.º § 2.º «Se as dividas tiverem sido applicadas em proveito commum dos conjuges ficam os bens communs e os proprios da mulher obrigados ao pagamento destas. Presume-se que tenham tido essa applicação as dividas contrahidas pelo marido na ausencia ou impedimento temporarios da mulher, não permitindo o fim para que foram contrahidas que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento».

Artigo 1116.º «A mulher não pode contrahir dividas sem auctorisação do marido, excepto achando-se elle temporariamente ausente ou impedido. . . ».

Artigo 1126.º Deve fazer-se referencia ao artigo 1133.º

Artigo 1129.º n.º 3.º «Se estiver obrigado só o marido, embora com outorga da mulher, ou só a mulher. . . ».

Artigo 1131.º «Os esposos com simples communhão de adquiridos devem, antes do seu casamento, inventariar, ou no contracto antenupcial, ou em outra escriptura, ou auto publico, os bens liquidos que levam para o casal, sob pena de estes serem havidos por communs».

Artigo 1131.º § unico. «A anterior disposição abrangerá os bens presentes illiquidos e os supervenientes, mencionados no artigo precedente, se o inventario delles não fór feito dentro de seis meses depois que se liquidarem ou viérem ao poder do conjuge a quem pertencem».

Artigo 1136.º «Podem ser objecto do dote tanto os bens mobiliarios como os

«immobiliarios, e tanto os bens que a mulher já possui, como os que de futuro venha a adquirir por titulo gratuito».

Artigo 1137.º «Consistindo o dote em bens presentes liquidos, serão estes especificados no contracto de casamento, ou em qualquer documento ou auto publico, anterior ao mesmo contracto; e, sendo illiquidos, mencionar-se-á no contracto a proveniencia do direito a elles, se a mulher se não dotar com todos os seus bens presentes, devendo em todo o caso especificar-se dentro do praso de seis meses depois de se liquidarem, sob pena de serem havidos como bens communs».

Artigo 1140.º «Se no dote, quer este seja constituído pela mulher, quer pelo marido, quer por outrem, fór incluído dinheiro ou dividas activas, deverá, dentro de tres meses depois do casamento, ou de se receber o dinheiro ou de se vencerem as dividas, fazer-se a sua conversão em bens immoveis, inscrições de assentamento, ou acções ou obrigações de bancos ou companhias, com o respectivo averbamento. O dote que não fór convertido na forma sobredicta ter-se-á como não existente».

Artigo 1149.º n.º 1.º «Para dotar ou estabelecer filhos communs, com os proprios bens ou com o seu producto, consentindo ambos os conjuges».

Artigo 1149.º n.º 6.º «Para a aquisição de outros bens de valor. . . ».

Artigo 1149.º n.º 7.º «Nos casos de expropriação por utilidade publica ou particular».

Artigo 1149.º § 1.º «É permitido obrigar os bens dotaes nos casos dos n.ºs 1.º a 4.º deste artigo. Nesses mesmos casos e no do n.º 6.º é permittida a alienação dos bens mobiliarios dotaes inalienaveis, ficando o marido. . . ».

Artigo 1150.º § 1.º «Se os bens alheados forem mobiliarios inalienaveis, a reivindicção de que tracta este artigo só será admittida:

1.º Se as alienações, tanto as feitas pelo marido, como as subsequentes entre

«terceiros, tiverem sido feitas a título gratuito;

«2.º Se tiverem sido feitas por título oneroso, com má fé por parte dos adquirentes».

Artigo 1151.º «O marido que alhear ou obrigar os bens dotaes, nos casos em que lhe não é permitido fazel-o, fica responsavel por perdas e danos, tanto para com a mulher, como para com terceiros, quando os actos por elle praticados sejam annullados, e os adquirentes hajam procedido de boa fé».

Artigo 1153.º «Os bens que a mulher casada adquirir a título gratuito depois do casamento e que não forem havidos como dotaes ficarão. . . ».

Artigo 1155.º «Os bens com que o marido entrar para o casal e os que adquirir posteriormente a título gratuito serão havidos como proprios».

Artigo 1167.º «Se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e algum destes fór vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dicta doação ou deixa exceder a quota disponivel dos bens que então possuir».

Artigo 1171.º «Se a doação fór de parte ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo por título gratuito dos bens doados, exceptuando a reserva legal estabelecida nos artigos 1462.º e 1463.º».

Artigo 1175.º «Pode qualquer dispôr em favor dos futuros esposos, ou de algum delles, dos seus bens presentes e de parte ou da totalidade da herança, comtanto que o faça. . . ».

§ unico. «É applicavel a estas doações o disposto nos artigos 1170.º e 1171.º».

Artigo 1190.º «A mulher administra-dora na ausencia ou no impedimento temporario do marido. . . ».

§ 2.º «O conselho de familia será composto de cinco parentes mais proximos do marido, nos termos do artigo 207.º».

Artigo 1191.º «Não é licito ao marido alienar nem obrigar bens immobilia-rios. . . ».

§ 2.º «É licito, porem, ao marido alienar ou obrigar os seus bens immobilia-rios no regimen da separação absoluta, podendo todavia essas alienações ser annulladas. . . ».

§ 3.º «Se as dictas alienações forem de bens communs, ou de bens proprios em qualquer dos outros regimens, a mulher. . . ».

Artigo 1192.º n.º 4.º «Nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos ou aos pertillados que tivesse de outrem, os direitos e deveres inherentes ao poder paternal».

§ unico. «A mulher casada não pode, porem, sem auctorisação do marido, a qual poderá ser judicialmente supprida, pertillar os filhos havidos anteriormente ao matrimonio».

Artigo 1193.º «A mulher não pode, sem auctorisação do marido, exercer o commercio, adquirir ou alienar bens, nem contrahir. . . ».

Artigo 1198.º «O marido responde pelas obrigações que a mulher, casada segundo o costume do reino, com simples communhão de adquiridos ou pelo regimen dotal, contrahiu com auctorisação sua, mas não pelas obrigações que a mulher, casada segundo o regimen da separação absoluta, contrahiu sobre bens ou interesses privativamente seus».

Artigo 1201.º n.º 1.º «Pela confirmação do marido;».

Artigo 1210.º § 1.º «No caso de adulterio da mulher, seja qual fór o regimen em que o matrimonio tiver sido contrahido, o marido ficará sendo o administrador dos bens que pela separação ficarem pertencendo á mulher, salvo se esta provar que, ao tempo em que commetteu. . . ».

§ 2.º «Se a mulher tiver filhos, a propriedade dos bens ficar-lhes-á pertencendo, tendo ella apenas direito aos alimentos».

Artigo 1215.º § unico. «Exceptuam-se os bens mobiliarios dotaes, os quaes

«serão convertidos em bens immobilia-
rios, em fundos publicos consolidados
«ou em acções ou obrigações de bancos
«ou companhias com o respectivo averba-
«mento».

Artigo 1216.º § unico. «É licito aos
«conjuges separados judicialmente esta-
«rem em juizo em quaesquer questões,
«comprehendendo as relativas a bens
«immobiliarios, não lhes sendo todavia
«permittido confessar, desistir ou transigir
«ácerca deste».

Artigo 1220.º «Se a mulher fôr ca-
«sada segundo o costume do reino, a
«separação recairá sobre a sua meação
«nos bens communs e sobre os seus bens
«proprios».

Artigo 1221.º «Se a mulher fôr ca-
«sada segundo o regimen dotal ou por
«outra forma de separação de bens, a
«separação recairá sobre os seus bens
«dotaes ou propios, quando sejam sus-
«ceptiveis de deterioração, e sobre a sua
«meação nos communs ou adquiridos».

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na unlversidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1602, pagina 117)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 86. Modificações que devem introduzir-se em algumas disposições do Codigo relativas á sociedade familiar. — 87. Duvidas que o Codigo suscita em materia de mandato.

86. Tendo em consideração as tradições do nosso país, admittiu o legislador a sociedade familiar, mas limitou-a (artigo 1281.º) aos irmãos, aos paes e aos lillos maiores, a nosso vêr inconvenientemente. No proprio Codigo se reconhece que na sociedade familiar, como de facto existe entre nós, entram outros parentes. É assim que no artigo 1292.º se determina que, se algum dos socios tiver filhos ou mulher que igualmente trabalhem, as mulheres vencerão metade da quota dos homens, e os filhos o que merecerem, e que,

attendendo ás circumstancias, lhes for assignado.

Não nos parece que este artigo seja sufficiente para fundamentar a affirmação de que a especificação dos parentes, que segundo o artigo 1281.º podem constituir a sociedade familiar, é exemplificativa e não taxativa; mas não pode deixar de se vêr nelle uma certa incoherencia por parte do legislador, pois que, pelos direitos que lhes são attribuidos, a mulher e os lillos dos socios não podem deixar de considerar-se como socios, sobretudo a primeira, a quem pertence uma quota parte dos lucros. Parece-nos, pois, que se devem harmonisar as disposições consignadas nos artigos referidos.

E não deve limitar-se a isto o legislador.

Não é raro entrarem na sociedade familiar tios e sobrinhos, irmãos e cunhados. Quando assim succeda, como não é possível applicar disposições diversas aos socios de uma mesma sociedade, terá esta de considerar-se como uma sociedade universal de todos os bens presentes e futuros ou só de adquiridos, conforme o titulo por que se constitua, quando é certo que as disposições relativas á sociedade familiar são sem duvida mais harmonicas com a natureza da sociedade de que estamos tractando, no que respeita á partilha dos lucros.

E sobre este ponto, se é certo que o legislador teve em consideração, para assignar á mulher do socio metade da quota dos homens, que o trabalho das mulheres é menos productivo, deveria estabelecer a mesma proporção para a repartição dos lucros entre os irmãos e as irmãs, dando a estas metade das quotas.

No artigo 1290.º preceitua-se que, se houver bens adquiridos, serão repartidos conforme a regra de proporção ordenada no artigo 1295.º Ora este artigo determina que, se houver immoveis indivisos ao tempo em que se constituir a sociedade, serão repartidos igualmente por glebas ou por valor entre todos os socios, se alguns não tiverem direito certo a maior porção. O principio que se admite para a repartição dos adquiridos é portanto o de egualdade, o que, attendendo a que os adquiridos a titulo oneroso, que estão comprehendidos no artigo 1295.º, representam a capitalisação do rendimento dos bens e do producto do trabalho dos socios, não se nos afigura justo. Sendo os lucros e proventos da sociedade repartidos proporcionalmente em harmonia com a regra formulada no artigo 1291.º; é segundo a proporção neste artigo estabelecida que se deve fazer a repartição dos bens que se hajam adquirido pelo trabalho dos socios ou pelo rendimento dos immoveis que sejam agricultados em commum.

Em harmonia com as considerações expostas modificaríamos assim as seguintes disposições do Codigo:

Artigo 1281.º «Sociedade familiar é a «que pode dar-se entre irmãos, cunhados, «tios e sobrinhos, ou entre paes e filhos «maiores».

Artigo 1290.º «Se houver immoveis «indivisos ao tempo em que começar a «sociedade, ou que tenham sido poste- «riormente adquiridos por titulo gratuito, «serão. . .».

Artigo 1291.º «Se existirem fructos, «ou quaesquer proventos, resultantes da «cultura de immoveis, na qual alguns

«dos socios houverem trabalhado e outros: «não, far-se-ão dois montes: o primeiro «será repartido entre os proprietarios dos «immoveis em proporção do seu capital: «o segundo será repartido por cabeça «entre os que trabalharam, pertencendo «às mulheres metade da quota dos «homens».

Artigo 1292.º «Se algum dos socios «tiver filhos menores, que igualmente «trabalhassem, estes vencerão o que, «attendendo ás circumstancias, lhes for «assignado».

Artigo 1295.º «Se houver bens adqui- «ridos a titulo oneroso, serão repartidos «conforme a regra de proporção ordenada «no artigo 1291.º».

87. No artigo 1322.º dispõe-se que será havida por publica a procuração escripta e assignada pelo mandante, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por notario.

Sustenta o conselheiro Dias Ferreira, e julgamos ser essa a doutrina seguida na pratica, como informa o conceituado commentador, que a procuração escripta por um dos conjuges e assignada por ambos não necessita de reconhecimento authentic. Fundamenta-se esta doutrina em que o marido e a mulher são considerados como uma só pessoa¹.

Demonstrámos já que esta affirmacão é destituida de fundamento e que é portanto illegal a pratica seguida². Acrescentaremos que, sendo a procuração havida por publica sufficiente para realisar todos os actos para cuja prova se exija documento authentic, não pode deixar de considerar-se como verdadeiramente perigosa para a mulher uma disposiçãõ que permite que ella conceda a sua outorga para qualquer acto com a simples assignatura numa procuração que seja escripta pelo marido³.

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 8.

² Veja-se esta *Revista*, volume 14.º, n.º 677, pagina 8.

³ Veja-se o accordão da Relacão de Lisboa de 15 de junho de 1872, na *Gazeta da Relacão de Lisbou*, volume 16.º, pagina 885.

Julgamos, pois, que é da maior conveniência que se esclareça devidamente a duvida a que acabamos de nos referir, declarando-se no artigo 1322.º que a procuração que seja escripta por um dos conjuges e assignada por ambos deve ser authenticamente reconhecida.

No artigo 1340.º preceitua-se que, se o mandatario distrahir, em proveito seu, o dinheiro do seu constituinte, será responsavel pelos juros, desde que se ache constituido em mora, se esse dinheiro os não vencer por outro titulo.

Qual é o titulo a que este artigo se refere?

O conselheiro Dias Ferreira diz a este respeito: «As palavras finaes do artigo «— se esse dinheiro os não vencer por outro titulo — referem-se de certo ao caso de já receber juros o mandante pela quantia «distrahida, porque então continúa a «receber-os pelo titulo por que já os «recebia, ou sejam maiores ou menores «do que 5 por cento, porque não ha de «receber juros em duplicado pelo mesmo «capital»¹.

Não nos parece que seja accetavel esta explicação. Se em virtude do contracto entre o mandante e o mandatario, este paga juros de quaesquer quantias que, como tal, receba, fica por esse facto auctorizado a dispôr dellas em proveito seu, e não pode dizer-se que as distraia. Não foi esta portanto a hypothese que o legislador teve em vista.

Combinando-se o artigo 1340.º com o artigo 1336.º, vê-se que, se o mandatario, distrahindo o dinheiro, deixou por esse facto de cumprir o mandato, como se elle devia emprestar o dinheiro a juro e o não fez, fica responsavel por perdas e damnos, as quaes consistem nos juros que o mandante deveria receber, se o mandatario houvesse cumprido o mandato. Talvez seja este o caso previsto na ultima parte do artigo 1340.º

Seja, porem, esta ou outra a interpretação que se deva dar ás palavras — se

os não vencer por outro titulo, o que julgamos é que deve ser modificada a disposição consignada no artigo 1340.º Esta disposição, salva a ultima parte, não representa mais do que uma mera applicação da regra consignada no artigo 730.º, em virtude da qual não pode deixar de vencer juros qualquer quantia que o mandatario deva ao mandante, desde que seja interpellado.

Não é necessario, pois, para esse effeito, provar que o dinheiro foi distrahido pelo mandatario em proveito proprio, e parece que, provado este facto, o mandatario deve pagar juros desde o momento em que haja empregado o dinheiro e não desde a interpellação.

Neste sentido, moliticariamos assim o artigo 1340.º: «Se o mandatario distrahir, em proveito seu, o dinheiro do «seu constituinte, será responsavel pelos «juros desde o dia em que o dis- «trahiu».

Sobre a interpretação das palavras — *sem prejuizo de qualquer condição ou convenção em contrario* — do artigo 1364.º tem havido graves duvidas.

Assim, alguns juriconsultos sustentam que essas palavras significam — *sem detrimento ou quebra de*, e que pode portanto admitir-se no contracto de mandato a clausula em virtude da qual elle seja irrevogavel por mero arbitrio do mandante¹.

Outros juriconsultos affirmam que as palavras referidas significam — *não obstante* — ou — *sem embargo de*. Por esta interpretação o mandato fica sendo revogavel por mero arbitrio do mandante².

Finalmente ha quem sustente que as palavras — *sem prejuizo* — significam que a faculdade que tem o mandante de revogar o mandato *não prejudica ou inutilisa*

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 34.º, n.º 1490, pagina 22

² Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1890, na *Boletim dos tribunaes*, volume 6.º, pagina 217, e da Relação do Porto de 19 de outubro de 1886, na *Revista dos tribunaes*, volume 1.º, pagina 268.

qualquer clausula em contrario¹. Foi esta interpretação que sustentámos nesta *Revista*; e, se em face da letra da lei pode ser contestada, é sem duvida a que melhor se harmonisa com a natureza do mandato e o respeito devido ás clausulas dos contractos que não sejam illegaes ou contrarias ao interesse e á ordem publica, devendo o artigo 1364.º, para a traduzir rigorosamente, ser assim modificado: «O constituinte pode revogar, como e «quando lhe aprouver, o mandato con- «lerido, sendo todavia valida a clau- «sula por que se estabeleça qualquer «pena ou indemnisação para o caso em «que o mandante revogue o mandato sem «accôrdo do mandatario».

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1603, pagina 132)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 88. Modificação que deve fazer-se na redacção do artigo 1420.º e § unico. — 89. Duvidas que o Codigo suscita em materia de doações, que não foram resolvidas na proposta.

88. O albergueiro terá o direito de retenção legal sobre a bagagem ou quaesquer alfaias que o hospede haja recolhido na pousada até que seja pago das despesas de pousada ou de albergaria?

O conselheiro Dias Ferreira sustenta a negativa, dizendo que o albergueiro não tem o direito de reter as bagagens do hospede até se pagar, mas que gosa de privilegio mobiliario especial no valor da bagagem e alfaias que o devedor tiver na pousada, e que pode assim recorrer ao arresto, salvo o que seja indispen-

savel para cama e vestuario do hospede e de sua familia¹.

Esta doutrina, que pode fundamentar-se na natureza do direito de retenção legal, direito que, sendo uma garantia do credor, é de interpretação restricta, e ainda no facto de o legislador dar expressamente (artigo 1414.º) ao recoveiro e barqueiro o direito de retenção, é a nosso vêr inaceitavel.

Cessando o privilegio concedido ao albergueiro pelo credito por despesas de pousada ou albergaria, logo que as alfaias saiam da pousada, se o albergueiro não tiver o direito de retenção legal, esse privilegio ficará completamente dependente da vontade do hospede. Acresce que, sendo o albergueiro considerado depositario da bagagem e alfaias do hospede, lhe deve ser attribuido o direito de retenção legal, de que gosa o depositario.

Em harmonia com as ideias expostas, modificariamos a redacção do artigo 1420.º da seguinte forma: «O albergueiro é responsável, como se fôra depositario, pela bagagem, ou por quaesquer alfaias, que o hospede haja recolhido na pousada, e tem o direito de retenção legal até que

¹ Veja-se o *Codigo civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 63.

«sejam pagas as despesas que o hospede «haja feito, ou se deposite a importância «dellas nos termos do artigo 1423.º».

No § unico do artigo 1420.º determina-se que pertence ao hospede a prova de que houve culpa ou negligência da parte do albergueiro, quando as cousas recolhidas na pousada sejam de pequeno valor e faceis de sumir, e o hospede não as haja recommendado á guarda do albergueiro.

O conselheiro Dias Ferreira, partindo do principio de que, «se o albergueiro «não responde sem recommendação especial pelas cousas faceis de sumir, quando «são de pequeno valor, por maioria de «razão não responderá quando forem de «grande valor», amplia a estas a disposição consignada no § unico do artigo 1420.º, doutrina que, por ter essa disposição character excepcional, é inadmissivel¹. E o proprio facto de as cousas serem de grande valor, embora sejam faceis de sumir, é que levou o legislador a impôr ao albergueiro, com as obrigações de depositario, o onus da prova de que não houve da sua parte culpa ou negligência, pois o albergueiro, desde que tenha, independentemente de comunicação, conhecimento de que o hospede tem na pousada cousas que, sendo faceis de sumir, são de grande valor, deve ter o maior cuidado na sua guarda.

Parecia-nos todavia razoavel que o legislador attenuasse nesse caso as responsabilidades do albergueiro como depositario, determinando que o juiz tenha em consideração, na apreciação dessas responsabilidades, a circumstancia de o hospede haver dado ao albergueiro conhecimento dos valores, ou de os haver confiado á sua guarda.

Nesta ordem de ideias modificaríamos assim a redacção do § unico do artigo 1420.º: «Se, porem, forem cousas de «pequeno valor e faceis de sumir, deverá «o hospede recommendal-as á guarda do

«albergueiro, aliás não responderá este «pelo extravio ou deterioração dellas, não «se provando culpa da sua parte; e se «as cousas forem de grande valor, a circumstancia de o hospede não haver dado «ao albergueiro conhecimento dellas deverá ser tomada na devida consideração «para a apreciação das responsabilidades «delle como depositario».

89. No capitulo das doações ha algumas disposições a que a proposta, que estamos criticando, se não refere, e que deveriam ter sido nella incluídas, já pelas duvidas que na pratica tem suscitado, já por estabelecerem doutrina que não é harmonica com a que se acha sancionada noutras disposições.

Assim, o artigo 1455.º, em que se estabelece que a doação onerosa só pode ser considerada como doação na parte excedente aos encargos, leva a excluir, sendo rigorosamente interpretado, a applicação do artigo 709.º ás doações onerosas, na parte em que excedam os encargos impostos. De facto a regra consignada no artigo 709.º é restricta, e não podia deixar de o ser, aos contractos bilateraes; e, em harmonia com o que se preceitua no artigo 1455.º, a doação onerosa só pode ser considerada como tal na parte correspondente aos encargos, e portanto só relativamente a essa parte é que o doador pode pedir a sua rescisão ou a correspondente indemnisação, quando o donatario não satisfaça esses encargos.

A nossa jurisprudencia não tem seguido, porem, esta doutrina¹, sustentando que a doação pode ser rescindida na sua totalidade e não só na parte correspondente aos encargos, quando o donatario os não compra. E parece-nos que, devendo esses encargos considerar-se como uma condição resolutive tacita, a doutrina que tem sido seguida pela nossa jurisprudencia é aceitavel, devendo redigir-se assim, em harmonia com ella, o artigo 1455.º: «A doação onerosa só pode ser

¹ Veja-se a obra e logar citado.

¹ Veja-se esta Revista, volume 35.º, n.º 1523, pagina 12.

«considerada como doação, pelo que re-
«speita á revogação ou redução nos casos
«previstos nos n.ºs 1.º a 3.º do artigo
«1482.º, na parte em que exceder o valor
«dos encargos impostos; quanto á re-
«scisão em virtude do não cumprimento
«por parte do donatario, esses encargos
«são considerados como uma condição
«resolutiva».

No artigo 1466.º declara-se que, se a
doação não fór aceita no proprio acto,
e a acceitação não fór inserida no con-
texto do documento, do qual consta a
doação, será depois averbada nelle.

Como deverá fazer-se este averbamento?
Bastará para esse effeito que o donatario
declare no proprio documento que aceita,
assignando essa declaração, ou será ne-
cessario, como em geral o é nos do-
cumentos particulares para que constituam
principio de prova, que essa declaração
seja assignada por duas testemunhas?
E quando a doação haja sido feita em
documento authentico, o averbamento,
que não pode fazer-se no original, deverá
ser feito no traslado ou certidão?

Estas duvidas, que o artigo 1466.º
suscita, deveriam ser esclarecidas, se não
julgássemos preferivel que a disposição
nelle consignada fosse modificada no sen-
tido de facilitar a prova da acceitação.
Esta só se torna necessaria para que
fique perfeito o contracto de doação; e,
sendo a transferencia dos bens effectuada
pelo doador, parece-nos que só para este
deverão exigir-se formalidades especiaes.
Assim o donatario, que requeira numa
conservatoria o registo de uma escriptura
em que lhe foram doados bens immobi-
liarios, mostra só por esse facto que
acceitou a doação, e não nos parece
necessaria mais formalidade alguma para
garantir a livre manifestação da sua
vontade.

Neste sentido, modificaríamos desta
forma o artigo 1466.º: «Se a doação
«não fór aceita no proprio acto, e a
«acceitação não fór inserida no contexto
«do documento, do qual consta a doa-
«ção, poderá o consentimento do dona-
«tario ser provado por escripto, ou pela

«pratica de actos de que necessariamente
«se deduza».

Os artigos 1469.º e 1470.º, em que
se determina a responsabilidade do dona-
tario pelas dividas do doador ao tempo
da doação, teem sido diversamente inter-
pretados¹. As duvidas que esses artigos
suscitam proveem da sua combinação
com os artigos 1033.º e 1035.º, nos
quaes se não exige, para que os cre-
dores que tenham sido prejudicados pela
doação possam pedir a sua rescisão, que
haja fraude tanto da parte do doador
como do donatario, ao passo que no § 1.º
do artigo 1470.º se declara que o dona-
tario de bens certos e determinados
apenas responde pelas dividas do doador,
havendo hypotheca ou fraude em pre-
juizo dos credores.

Como já demonstrámos nesta *Revista*²,
nos artigos 1469.º e 1470.º fixa-se a
responsabilidade directa do donatario
pelas dividas do doador, não sendo por
elles modificada a doutrina consignada
nos artigos 1033.º e 1035.º Para que
esta doutrina seja traduzida de um modo
rigoroso, modificaríamos assim a redacção
dos artigos:

Artigo 1469.º «Se a doação fór feita
«com encargo de pagamento das dividas
«do doador, intender-se-á essa clausula,
«não havendo outra declaração, como
«obrigando directamente ao pagamento
«das que, ao tempo da doação, existem
«com data authentica ou authenticada».

Artigo 1470.º «Na falta de estipula-
«ção ácerca da responsabilidade directa
«do donatario pelas dividas do doador,
«observar-se-á o seguinte».

No artigo 1478.º declara-se que as
pessoas, que não podem contractar, não
podem acceitar, sem auctorisação das
pessoas a quem pertence concedel-a,

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Código civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 2.º, pagina 486, e 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 276, o *Direito*, volume 1.º, pagina 161, e volume 16.º, pagina 21, e o accordão da Relação de Lisboa de 8 de fevereiro de 1876, nesta *Revista*, volume 20.º, n.º 995, pagina 109.

² Veja-se o volume 33.º, n.º 1456, pagina 20.

doações *condicionaes* ou *onerosas*; e que as doações *puras* e *simples*, feitas a taes pessoas, produzem effeito, independentemente de acceitação, em tudo o que aproveita aos donatarios.

Desta disposição vê-se que a doação a favor de incapazes, que fique dependente de condição, tem de ser acceita, embora seja puramente benefica, o que se nos afigura inadmissivel. Supprimiríamos, pois, no artigo a palavra — *condicionaes* — e substituiríamos a expressão — *puras* e *simples* — por — *meramente beneficas*.

(*Continúa*)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1604, pagina 148)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 89 (cont.): Duvidas que o Codigo suscita em materia de doações, que não foram resolvidas na proposta. — 90. Modificações que devem introduzir-se em alguns artigos relativos ao contracto de emprestimo. — 91: Duvidas que o Codigo suscita em materia de compra e venda.

89 (cont.). No artigo 1481.º parece admitir-se, attenta a redacção, que ha doações feitas simuladamente, que o não sejam sob a apparencia de outro contracto ou por interposta pessoa. É assim que, tendo sem duvida em vista a redacção do artigo referido, o sr. conselheiro Dias Ferreira exemplifica da seguinte forma o que seja uma doação simulada: «como dando a cousa ás escondidas para ser entregue ao verdadeiramente beneficiado». Ora a simulação não consiste

em a cousa ser dada ás occultas, e, se assim fóra, não era necessaria a intervenção de uma terceira pessoa, hypothese expressamente prevista no artigo 1481.º

A simulação consiste juridicamente na falta de correspondencia entre a vontade real e a sua manifestação, havendo portanto doação simulada tanto no caso de ella ser feita sob a apparencia de outro contracto, como no de ser feita por interposta pessoa.

A redacção do artigo deverá ser assim modificada: «As doações feitas a pessoas inhabeis simuladamente, quer o sejam sob a apparencia de outro contracto, quer por interposta pessoa, não produzem effeito algum».

No artigo 1486.º preceitua-se que o doador não pode renunciar o direito de revogação por superveniencia de fillos. Confrontando-se este artigo com o artigo 1490.º, vê-se que a renuncia á acção de revogação por superveniencia de fillos tanto é nulla quando seja feita anteriormente como quando seja feita posteriormente, não se baseando portanto a acção rescisoria das doações por superveniencia de fillos na presumpção de uma clausula implicita de revogação, mas num direito que a lei reconhece aos fillos sobre o patrimonio dos paes.

Ora podendo os paes fazer doações a pessoas que não sejam herdeiros legítimos, salvo para estes o direito de redução por inofficiosidade, afigura-se-nos inadmissível o fundamento da disposição consignada no artigo 1486.º Não é sobretudo defensável que seja nulla a renúncia feita pelos doadores quando hajam tido filhos posteriormente á doação, pois esta seria válida se houvesse sido feita posteriormente ao nascimento dos lillos.

Em nossa opinião, deveria dar-se ao doador o direito de renunciar antecipadamente á revogação da doação por superveniencia de lillos. No caso, porém, de se não julgar aceitável esta doutrina, deverá reconhecer-se-lhe expressamente o direito de renunciar á revogação posteriormente ao nascimento do filho, fixando-se um prazo, que não deverá ser superior a dois annos, dentro do qual elle deverá propôr a respectiva acção.

90. O artigo 1508.º, fazendo corresponder o *commodato* ao *aluguer*, parece que não admite o *commodato* de bens immobiliarios. É todavia incontestável que se pode ceder gratuitamente tanto o uso ou fruição de uma coisa móvel como de uma imóvel, e o legislador expressamente reconheceu esta doutrina, dispondo no artigo 2206.º que o usufructuario pode gosar pessoalmente da coisa, *empréstal-a, arrendal-a ou alugal-a*, e até alienar o seu usufructo. No artigo 1508.º deve substituir-se portanto a palavra — *aluguer* — por — *locação*.

Nos artigos 1535.º e 1536.º, e na epigrapha da respectiva secção, usa-se da palavra — *emprestimo* — indevidamente.

As disposições excepçoes que, em odio aos empréstimos feitos a filhos menores, se consignaram nesses artigos, respeitam só aos empréstimos para consumo e designadamente aos empréstimos de dinheiro. Seria realmente inadmissível que o menor não fosse obrigado a restituir um cavallo ou uma coisa cujo uso ou fruição lhe houvesse sido cedida, quando a restituição dessa coisa tivesse

de ser feita em especie. A palavra — *emprestimo* — deve ser, pois, substituída pela palavra — *mutuo*.

Também se deve substituir a expressão — *filhos familias* — por — *menores*.

Nas Ordenações (livro IV, titulo 50.º, § 2.º) as palavras — *filhos familias* — eram tomadas em sentido rigoroso, comprehendendo só os menores que estivessem debaixo do patrio poder.

As disposições do Código respeitam, porém, a todos os menores, quer estejam sujeitos ao patrio poder quer á tutela, sendo assim inexplicável o uso da expressão — *filhos familias*.

91. No artigo 1544.º declara-se que o contracto de compra e venda é aquelle em que um dos contrahentes *se obriga a entregar certa coisa*, mediante um determinado preço. Ora o que caracteriza o contracto de compra e venda não é a obrigação de entregar a coisa, mas a transferencia desta, visto que ella fica pertencendo ao comprador, quando seja certa e determinada, desde o momento da venda (artigos 715.º e 1549.º), e, quando seja em genero, desde que se faça a sua determinação com consentimento do comprador (artigo 716.º), considerando-se neste caso o contracto de compra e venda como feito sob condição suspensiva (artigo 1551.º). Quando a coisa não seja entregue no momento em que se effectua o contracto, ou em que se determine, o vendedor fica sendo *devedor* em virtude do contracto de compra e venda. A obrigação de entregar a coisa resulta do contracto de compra e venda, mas não caracteriza este contracto, devendo ser portanto substituídas as palavras — *se obriga a entregar certa coisa* — por — *transfere certa coisa*.

No artigo 1546.º dispõe-se que os estipulantes podem convencionar que o preço da coisa seja o que ella tiver em certo dia ou em tal mercado ou lugar, e no artigo 1547.º que os estipulantes podem convencionar que a especificação da coisa vendida fique dependente de escolha, bem como que esta seja feita por qualquer delles ou por terceiro.

«Será valida, em face destas disposições, a clausula pela qual a fixação do preço fique dependente do arbitrio de terceiro indicado no contracto?»

Se é certo que esta clausula de modo algum se pode julgar contraria á natureza do contracto de compra e venda e que deve portanto considerar-se permitida pela disposição generica consignada no artigo 672.º, não o é menos que, contra a resposta affirmativa á pergunta que formulamos, se pode dizer que da combinação dos artigos 1546.º e 1547.º resulta que o legislador não admittiu a clausula referida. E a favor desta doutrina pode argumentar-se ainda com a disposição consignada no artigo 466.º do Codigo commercial, pois o legislador não estabeleceria, como disposição especial para o contracto de compra e venda mercantil, a permissão de que a fixação do preço no contracto de compra e venda possa ficar dependente do arbitrio de um terceiro indicado no contracto, se esta doutrina se achasse consignada no Codigo civil.

Não havendo motivo algum para excluir nos contractos civis de compra e venda a clausula a que nos estamos referindo, e sendo necessario não só resolver as duvidas que em face do Codigo civil se podem suscitar a esse respeito, mas determinar ainda quaes são os efeitos que dessa clausula derivam no caso de o terceiro indicado no contracto se recusar a fixar o preço, modificaríamos assim a redacção das seguintes disposições:

Artigo 1546.º «Os estipulantes podem «convencionar que o preço da cousa seja «o que ella tiver em certo dia ou em tal «mercado ou logar, ou que fique dependente do arbitrio de terceiro indicado no «contracto».

Artigo 1547.º § unico. «Quando a escolha da cousa ou a fixação do preço «houverem de ser feitas por terceiro. . . ».

No artigo 1551.º preceitua-se que as vendas de cousas que se costumam provar, pesar ou medir consideram-se sempre como feitas debaixo de condição suspensiva.

Dos termos genericos em que este artigo está formulado, conclue o conceituado commentador do nosso Codigo civil que a disposição nelle consignada respeita tanto ás vendas feitas a esmo ou por partida inteira, como por conta, peso ou medida¹. A doutrina do sr. conselheiro Dias Ferreira é, em nosso parecer, inadmissivel, quando a venda seja a esmo, por um só preço determinado.

Supponhamos, porem, que a venda é feita em globo mas que se fixa o preço em relação á unidade, sendo assim necessaria a pesagem, contagem ou medição para a fixação do preço total. Será applicavel neste caso a disposição consignada no artigo 1551.º, e o risco correrá portanto por conta do vendedor, ou deverá applicar-se a disposição consignada no artigo 715.º, correndo o risco por conta do comprador?

Ha argumentos valiosos em favor de uma e de outra solução. Assim, se pode dizer-se por um lado que, estando determinado o objecto na venda a esmo, se transfere immediatamente a propriedade do objecto, tendo apenas que tomar-se em consideração a conta, peso ou medida para a fixação do preço total, pode dizer-se por outro lado que, sem a determinação do preço total, não pode tornar-se efectiva em muitos casos a responsabilidade do comprador para com o vendedor, pela dificuldade e até impossibilidade que possa haver na determinação da quantidade e portanto do preço, e que o legislador attendeu sem duvida a essa consideração ao exarar no Codigo o artigo 1551.º, o qual, nos termos em que está redigido, abrange a hypothese sujeita.

No Codigo commercial dispõe-se (artigo 472.º § 1.º) que se haverá por venda feita a esmo ou por partida inteira, correndo portanto o risco por conta do comprador, aquella em que as cousas forem vendidas por um só preço determinado, sem attenção á conta, peso ou medida dos objectos, ou em que se attenda unicamente a um

¹ Veja-se o *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 158.

destes elementos para determinar o preço total.

Parece-nos que, no intuito de se harmonisarem as disposições do Código civil e do Código commercial, se poderá estabelecer no Código civil a mesma doutrina, additando para esse effeito o seguinte § unico ao artigo 1551.º: «Nas vendas «feitas a esmo ou por partida inteira, e «consideram-se taes aquellas em que as «cousas sejam vendidas por um só preço «determinado, sem attenção á conta, peso «ou medida dos objectos, ou em que se «attenda a qualquer destes elementos «unicamente para determinar a totalidade «do preço, a propriedade da coisa vendida transfere-se no momento em que «se effectua o contracto».

(Continúa)

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,

EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1605, pagina 164)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 91 (cont.). Dvidas que o Codigo suscita em materia de compra e venda. — 92. Disposições relativas ao contracto de locação que devem ser interpretadas ou modificadas.

91 (cont.). No artigo 1567.º preceitua-se que os contractos de compra e venda, feitos com quebra das disposições contidas nos artigos antecedentes, serão de nenhum effeito.

Em virtude deste artigo parece que devem considerar-se nullas de direito, ou não existentes, as vendas feitas com quebra do disposto nos artigos 1565.º e 1566.º, podendo portanto ser allegada essa nullidade por qualquer interessado, e tendo de conhecer della o juiz por dever de officio.

A disposição consignada no artigo 1565.º não pode, porem, considerar-se

de ordem publica. Podendo os paes ou avós vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos *consentirem na venda*, é evidente que a infracção do preceito exarado no artigo referido não deve ter como consequencia a não existencia do contracto, o qual só a requerimento dos interessados pode ser annullado. Tracta-se, pois, de uma nullidade relativa e não absoluta.

Quanto ao artigo 1566.º, se devesse considerar-se nulla (doutrina que julgamos inaceitavel¹) a venda feita pelo comproprietario de uma cousa indivisa a um estranho, quando della se não desse conhecimento aos outros comproprietarios, para usarem, querendo, do direito de preferencia, essa nullidade seria tambem relativa e não absoluta. Para se vêr que assim é, basta attender a que, se os comproprietarios preferentes não usarem do seu direito dentro do praso de seis meses desde que tenham conhecimento da venda, esta produzirá todos os seus effeitos.

A disposição do artigo 1567.º não pode applicar-se portanto ás hypotheses previstas nos artigos 1565.º e 1566.º,

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 31.º, n.º 1408, pagina 345, e volume 35.º, n.º 1530, pagina 116.

aos quaes aliás aquelle artigo evidentemente se refere.

No artigo correspondente do Projecto primitivo (1631.º) dizia-se que «as com-
«pras feitas em contravenção ao disposto
«nos artigos 1626.º, 1627.º e 1628.º
«(correspondentes aos artigos 1562.º,
«1563.º e 1564.º) não produzirão effeito
«algum, ou hajam sido feitas directa-
«mente ou por interposta pessoa». Excep-
tuavam-se portanto desta sancção não
só os artigos 1629.º e 1630.º (corres-
pondentes aos artigos 1565.º e 1566.º
do Codigo), mas tambem o artigo 1625.º
(correspondente ao artigo 1561.º do Co-
digo). Neste artigo impunha-se, porem,
ao comprador a pena de perdimento dos
bens para o Estado. A Commissão revi-
sora alterou esta disposição, e devendo
consequentemente incluir o artigo respec-
tivo na sancção estabelecida no artigo
1567.º, supprimiu a referencia que neste se
fazia aos artigos 1626.º, 1627.º e 1628.º
do Projecto, substituindo-a pelas palavras
«dos artigos antecedentes», não tendo em
consideração o character especial das dis-
posições consignadas nos artigos 1565.º
e 1566.º

Assim se explica a referencia que a
estes artigos se faz no artigo 1567.º,
cuja redacção deve ser modificada, sub-
stituindo-se as palavras «*artigos antece-*
dententes» por «*nos artigos 1561.º a 1564.º*».

92. O Codigo, definindo o *contracto de locação*, diz no artigo 1595.º que elle tem por objecto o uso ou fruição de *certa coisa*, e no artigo 1596.º que este *contracto* se chama *arrendamento*, quando versa sobre *cousa immovel*, e *aluguer*, quando versa sobre *cousa movel*.

Tendo em vista a significação que ás palavras *immovéis* e *moveis* é dada no artigo 377.º, parece que não podem ser objecto de arrendamento e de aluguer as cousas que sejam *immovéis* ou *moveis* por disposição da lei.

É todavia indiscutivel que tanto se pode ceder o uso ou fruição de uma coisa, como de direitos que sobre ella haja. É assim que o proprietario de um predio tanto pode ceder todas as utilidades que

esse predio produza, como parte dessas utilidades, que correspondam a direitos que tem sobre o predio, por exemplo, o direito de caçar numa tapada, não podendo o arrendatario usar do predio senão para o fim convencionado (artigo 1608.º n.º 3.º).

Tem-se, porem, duvidado na nossa jurisprudencia se o *contracto* por que se cede, mediante certo preço, a cortiça que os sobreiros de um predio produzirem em determinado praso, deve ser considerado *contracto de arrendamento* ou de compra e venda, sustentando alguns juriconsultos que o referido *contracto* é sempre de compra e venda, porque o arrendamento só pode versar sobre *immovéis* por natureza ou por acção do homem, isto é, sobre predios rusticos e urbanos, como se vê da definição de arrendamento e dos artigos 1606.º e seguintes, que determinam as obrigações dos senhorios e dos arrendatarios, os quaes só fazem referencia a esses predios, e o direito de colher a cortiça não tem por objecto o predio, mas uma parte integrante delle, que é *imovel* por disposição da lei (artigo 375.º n.º 1.º). Nem o proprietario do predio, acrescentam os defensores desta doutrina, se obriga, cedendo o direito de extrahir a cortiça, a entregar o predio com suas pertenças ao proprietario desta, o que é a principal obrigação do senhorio (artigo 1606.º n.º 1.º), nem o adquirente da cortiça é obrigado a cultivar o predio, como o seria, se o *contracto* fosse de arrendamento (artigo 1627.º)¹.

Sustentámos nesta *Revista*² doutrina contraria, fundando-nos em que o proprietario dos sobreiros, trespassando o direito de colher a cortiça mediante determinada retribuição, não faz mais do que ceder o uso ou fruição dos sobreiros. É esta a doutrina que ainda temos por verdadeira.

¹ Veja-se a *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, tomo 5.º, pagina 127, a *Revista dos tribunaes*, tomo 5.º, pagina 49, e os accordãos da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 1872, nesta *Revista*, volume 6.º, pagina 332, e da Relação de Lisboa de 11 de maio de 1898, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, tomo 12.º, pagina 103.

² Veja-se o volume 11.º, n.º 555, pagina 363, e volume 12.º, n.º 591, pagina 296.

A Quando o proprietario da cortiça ceda a fruição temporaria dos sobreiros e não a propriedade de uma determinada cortiça, que neste caso será, por força do contracto, uma cousa movel, haverá, seja qual fôr o nome que as partes lhe deem, um contracto de arrendamento.

Os argumentos, que em contrario se teem adduzido, não nos convencem, já porque o legislador não usou sempre das palavras *moveis* e *immoveis* em sentido rigoroso¹, já porque, permittindo o arrendamento de um predio só para certos fins, pode, em virtude do proprio contracto, deixar de existir para o senhorio a obrigação de entregar o predio com as suas pertenças, tendo apenas de permittir o seu uso para o fim destinado, e não existir tambem para o arrendatario a obrigação, embora se tracte de predios rusticos, de os cultivar.

O proprio legislador, usando no artigo 1634.º da expressão — *cousas mobiliarias*, — e preceituando no artigo 1635.º que a transferencia do direito de perceber, por tempo e preço certos, quaesquer prestações ou rendas, se rege pelas disposições relativas á cessão, nos indica que as palavras *immoveis* e *moveis* não foram tomadas no artigo 1596.º em sentido rigoroso.

Conveniente é, porem, que a questão se resolva definitivamente, substituindo-se no artigo citado as expressões — *cousa movel* e *cousa immovel* — por — *cousa immobiliaria* e *cousa mobiliaria*.

Já em outro lugar expozemos as duvidas que se teem suscitado na nossa jurisprudencia ácerca da capacidade do marido para arrendar os bens do casal². Em harmonia com as considerações que fizemos, modificariamos da seguinte forma a redacção do

Artigo 1601.º «O marido não pode, como administrador dos bens do casal, arrendar sem outorga da mulher por

«tempo excedente a um anno havendo «adeantamento de renda, e, não o havendo, por tempo excedente a quatro «annos, os bens dotaes, os proprios da «mulher, os bens communs e os proprios «do marido, cujos rendimentos sejam communs. Se o arrendamento fôr por quatro «annos, findará, pelo que respeita aos «bens communs, aos dotaes e aos proprios da mulher, logo que termine a «administração do marido e o praso por «que, conforme o costume da terra, o «arrendamento se intenderia feito, se não «houvesse praso convencionado.

«§ 1.º Os usufructuarios vitalicios ou «fideicommissarios podem arrendar, pelo «tempo que quizerem; mas, se o arrendamento ainda durar quando findar o «usufructo ou o fideicommisso, findará «com elles, salvo o lapso de tempo por «que o arrendamento se intenderia feito, «se não houvesse sido estipulado praso.

«§ 2.º (o § unico)».

O § unico do artigo 1615.º suscita graves difficuldades de exegese.

Preceitua o artigo 1615.º que no arrendamento de predio rustico por menos de vinte annos o arrendatario tem direito, depois do despejo, de haver do senhorio o valor das bemfeitorias agricolas, tanto necessarias como uteis, ainda que não fossem expressamente consentidas, salvo havendo estipulação em contrario, e determina o § unico que, neste caso, o valor das bemfeitorias e os juros delle serão pagos pelo augmento de rendimento annual, que dellas resultou, no predio em que foram feitas.

Como se deverá calcular o valor das bemfeitorias a que se referem as disposições citadas, e, uma vez calculado, como deverá effectuar-se o seu pagamento?

Sustentámos nesta *Revista*¹ que para o calculo do valor das bemfeitorias se deve applicar a disposição consignada no § 4.º do artigo 499.º, comparando-se o custo das bemfeitorias com o valor do beneficio que ellas produziram no predio

¹ Veja-se o artigo 551.º n.º 3.º, confrontado com o artigo 4119.º, e os artigos 855.º e 856.º, confrontados com o artigo 857.º

² Veja-se o n.º 1597, pagina 35 deste volume.

¹ Veja-se o volume 1.º, n.º 46, pagina 728.

ao tempo da entrega deste pelo arrendatario, sendo o senhorio obrigado a pagar o custo das bemfeitorias se não exceder o valor do beneficio, e só este, se fór inferior ao custo das bemfeitorias, devendo deduzir-se do valor calculado o augmento de rendimento annual que para o arrendatario resultou das bemfeitorias, e que elle recebeu durante o tempo em que usufruiu o predio.

Foi esta a interpretação que demos ao § unico do artigo 1615.º

O conselheiro Dias Ferreira, concordando em que o valor das bemfeitorias deve ser calculado em harmonia com o que se dispõe no artigo 499.º § 4.º, sustenta doutrina diversa pelo que respeita á forma de pagamento.

Na opinião do illustre commentador, liquidado o valor das bemfeitorias, deve liquidar-se o augmento de rendimento annual que dellas resultou, sendo este augmento que o senhorio deve pagar annualmente ao arrendatario para pagamento do capital e dos juros.

«É, diz elle, uma divida com renda applicada para juros e amortisação. «Se o augmento do rendimento annual não chegar para amortisação do capital e para pagamento dos juros, nunca será integralmente satisfeita a divida do arrendatario; e este a si impute o ter-se mettido em despesas, cujo producto não compensava os capitaes empregados»¹.

(Continúa).

¹ *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 204.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETÁRIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1607, pagina 196)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 92 (cont.). Disposições relativas ao contracto de locação que devem ser interpretadas ou modificadas.

92 (cont.). Pela interpretação que demos ao § unico do artigo 1615.º, estabelecia-se uma doutrina accetavel em theoria e harmonica com o preceito consignado neste artigo. Não dando o legislador ao arrendatario de predio rustico por vinte annos ou mais o direito de haver o valor das bemfeitorias agricolas, necessarias ou uteis, que não hajam sido expressamente consentidas por escripto pelo proprietario, em virtude da presumpção de que o arrendatario se indemnizou do custo das referidas bemfeitorias pelo augmento de rendimento annual que dellas resultou durante o tempo do arrendamento,

tambem não devia reconhecer ao arrendatario por tempo inferior a vinte annos o direito de exigir o custo das bemfeitorias, no todo e até em parte, quando o augmento de rendimento annual, resultante das bemfeitorias, o compensou parcialmente ou totalmente das despesas por elle effectuadas.

Forçoso é, porem, que reconheçamos que a interpretação por nós apresentada difficilmente se harmonisa com a letra do citado § unico. Preceituando-se neste que *o valor das bemfeitorias e os juros delle serão pagos pelo augmento de rendimento annual que dellas resultou*, tem de attender-se a este augmento para o pagamento do capital que as bemfeitorias representam e dos juros delle, e não para se descontar o que o arrendatario já recebeu pelo augmento de rendimento annual.

A interpretação que o conselheiro Dias Ferreira dá ao § unico do artigo 1615.º, e que parece grammaticalmente rigorosa, é inadmissivel.

Sendo applicavel o § 4.º do artigo 499.º, pelo que respeita ao calculo das bemfeitorias, na hypothese prevista no citado § unico, o arrendatario teria direito a receber o custo das bemfeitorias, se este fosse inferior ao augmento de rendimento annual que dellas resultou, e, sendo su-

perior, o capital correspondente a esse augmento ao tempo da entrega. Na primeira hypothese, o augmento de rendimento annual poderia ser superior, dividido o custo das bemfeitorias em maior ou menor numero de prestações, á importancia de cada uma, e podia portanto pagar-se o capital e os juros num praso mais ou menos curto. No segundo caso, sendo o beneficio a que se refere o § 4.º do artigo 499.º representado pelo augmento de rendimento annual, e tendo o senhorio de pagar não só o capital correspondente a esse beneficio, mas ainda os juros d'elle, não haveria a possibilidade de o arrendatario receber a importancia total do valor das bemfeitorias e do juro d'elle, sendo certo, como o conceituado commentador declara, que o augmento de rendimento annual é computado desde logo de modo permanente e não sujeito a liquidação periodica. No fim de vinte annos os juros do valor das bemfeitorias, que não podiam ser pagos pelo augmento annual de rendimento, representariam o capital primitivo.

O proprio commentador do Codigo civil admite a hypothese de o augmento de rendimento annual não chegar para amortisação do capital e pagamento dos juros, declarando que nesse caso nunca será integralmente satisfeita a divida. Se por um lado repugna, porem, admitir que o proprietario fique sujeito a uma prestação perpetua, é por outro absolutamente injustificavel uma disposição em que para o calculo das bemfeitorias se estabelecessem bases em virtude das quaes o valor das bemfeitorias não poderia ser integralmente satisfeito.

Nem a interpretação do conselheiro Dias Ferreira pode considerar-se a rigorosa expressão do texto do § unico do artigo 1615.º

O adverbio — *porem*, que nelle se lê, refere-se evidentemente á hypothese prevista no artigo 1614.º, e significa que as bemfeitorias agricolas, que não sejam consentidas por escripto pelo senhorio ou auctorizadas nos termos do artigo 1611.º, não são calculadas do mesmo modo que as consentidas ou auctorizadas.

Ora aquellas, apesar da conceituada opinião em contrario do illustre commentador do Codigo civil¹, são pagas pelo *custo* e não pelo valor do beneficio, embora este seja inferior ao custo, pois que, tendo sido consentidas pelo senhorio, esse consentimento, se não traduz rigorosamente um mandato, não pode deixar de tornar responsavel o senhorio pelas despesas feitas pelo arrendatario, e, sendo judicialmente auctorizadas, o artigo 1611.º declara que são feitas *por conta* do senhorio.

Na hypothese do artigo 1614.º não pode portanto applicar-se o § 4.º do artigo 499.º, e, pelo que respeita á hypothese prevista no artigo 1615.º, tem de applicar-se, para a determinação do valor das bemfeitorias, a regra consignada no § unico do mesmo artigo, significando a palavra — *pagas* — o mesmo que — *calculadas*. Assim, se o custo das bemfeitorias agricolas fór inferior ao augmento de rendimento annual, o senhorio tem de pagar esse custo, no qual devem ser incluidos os juros do capital dispendido; e, se fór superior, o senhorio só tem de pagar o capital correspondente ao augmento annual de rendimento.

É esta, em nosso parecer, a interpretação do § unico do artigo 1615.º

Deverá, porem, numa revisão que se faça do Codigo civil, modificar-se tal doutrina?

Antes de respondermos a esta pergunta, vejamos outra duvida que o artigo 1615.º tem suscitado.

Terá direito a bemfeitorias agricolas o arrendatario que tenha feito o contracto de arrendamento por tempo inferior a vinte annos, mas que em virtude de successivas relocações, tacitas ou expressas, se conserve no predio por tempo superior a esse praso?

Sustentámos nesta *Revista*² a affirmativa, baseando-nos nas palavras — *arrendamento por mais de vinte annos* — e no

¹ Veja-se o *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 205.

² Veja-se o volume 16.º, n.º 792, pagina 180.

pensamento do legislador ao consignar no Código o artigo 1615.º

E de facto não podem considerar-se feitos por vinte annos os arrendamentos que tenham sido feitos por um anno ou mais, mas por menos de vinte, embora as successivas relocações deem em resultado que o arrendatario esteja de posse do predio por tempo superior a vinte annos; e, estando o arrendatario por tempo inferior a vinte annos sujeito a ser despedido pelo senhorio logo que finde o praso do arrendamento, não faria bemfeitorias no predio de que não podesse colher resultado durante o praso do arrendamento, e deixaria de se promover assim o desenvolvimento da agricultura.

O conselheiro Dias Ferreira é todavia de opinião que o artigo 1615.º não distingue entre arrendamentos por vinte annos ou mais, havendo relocações, ou não as havendo, e que tambem se não pode racionalmente admitir tal distincção¹.

Persistimos na convicção de que a palavra — *arrendamento* — significa no artigo 1615.º o mesmo que — *contracto de arrendamento*, e de que é até certo ponto attendivel a razão por que se faz distincção entre arrendamentos por tempo inferior ou superior a vinte annos.

Certo é, porem, que nos proprios arrendamentos por vinte annos ou mais o arrendatario só será indemnizado do custo das bemfeitorias agricolas pelo augmento annual de rendimento, se as houver effectuado no principio do arrendamento, e que o systema adoptado pelo Código terá portanto como consequencia o depauperamento da propriedade nos ultimos annos em que o arrendatario a usufrua. Para se conseguir em toda a sua plenitude a realisação do pensamento que o auctor do Código civil teve em vista ao redigir o artigo 1615.º, parecia-nos conveniente que nos proprios arrendamentos por vinte annos ou mais o arrendatario tivesse direito ao valor das bemfeitorias agricolas de que não hou-

vesse sido indemnizado pelo augmento de rendimento annual.

E como por outro lado nos parece indefensavel, em face do principio adoptado para os arrendamentos por tempo excedente a vinte annos, que seja concedido ao arrendatario por tempo inferior a vinte annos direito ao valor total das bemfeitorias, quando elle foi no todo ou em parte compensado dellas pelo augmento annual de rendimento, modificaríamos da seguinte forma a disposição consignada no

Artigo 1615.º «No arrendamento de «predio rustico o arrendatario terá direito, «depois do despejo, a haver do senhorio «o valor das bemfeitorias agricolas, tanto «necessarias como uteis, ainda que não «fossem expressamente consentidas, se «não houver estipulação em contrario e «o arrendatario não tiver estado de posse «do predio o tempo sufficiente para, pelo «augmento de rendimento annual que das «bemfeitorias resultou, se indemnizar do «custo dellas e dos juros deste.

§ unico. O valor das bemfeitorias «será calculado pelo augmento de rendimento annual que dellas resultou no «predio em que forem feitas, tendo-se «em consideração para esse calculo o «tempo que durará esse augmento de «rendimento, quando seja inferior a vinte «annos. Pelo valor das bemfeitorias «assim determinado deverá ser pago, até «onde elle chegar, o custo das bemfeitorias e os juros delle, descontando-se o «que o arrendatario haja recebido pelo «augmento annual de rendimento durante «o tempo do arrendamento.»

No artigo 1618.º deve substituir-se a expressão — *presumir-se-á renovado o contracto* — por — *presumir-se-á renovado o arrendamento*¹.

No artigo 1619.º preceitua-se que o contracto de arrendamento, cuja data

¹ Veja-se a obra citada, tomo 3.º, pagina 203.

¹ Veja-se esta Revista, volume 14.º, n.º 684, pagina 116, e o accordão da Relação de Lisboa de 16 de janeiro de 1892, na Gazeta da Relação de Lisboa, volume 6.º, pagina 121.

constar de documento authenticico ou authenticado, não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular.

Equiparando-se, para o effeito da rescisão do contracto de arrendamento, os adquirentes a titulo universal e a titulo singular, parece, por um lado, que os adquirentes a titulo singular não são considerados, relativamente ao arrendamento, como terceiros, e que portanto valem quanto a elles os arrendamentos que, constituindo onus reaes, não se achem registados, desde que tenham data authentica ou authenticada, e, por outro lado, que os herdeiros são considerados como terceiros relativamente aos arrendamentos que não tenham data authentica ou authenticada.

Não julgamos, porem, que o artigo 1619.º faça excepção ás disposições consignadas nos artigos 949.º n.º 6.º e 951.º, pois o adquirente de um predio por titulo singular não pode deixar de ser considerado como terceiro. Era-o ao tempo em que se realisou a aquisição, e, não se havendo registado o arrendamento, como tal deve ser considerado depois do acto juridico por que adquiriu o predio, sendo havido como representante do alheador e ficando sujeito ás mesmas obrigações que elle relativamente aos actos que, em harmonia com as disposições da lei, produzissem effeitos relativamente a terceiros.

Quanto a não serem manuteniveis contra os herdeiros do senhorio e do arrendatario os arrendamentos que não tenham data authentica ou authenticada, supomos que é essa a doutrina que está sancionada no artigo 1619.º, mas que de modo algum julgamos acceptavel. Não tendo character pessoal as relações que se formam pelo arrendamento, e não podendo os herdeiros do senhorio e do arrendatario ser considerados como terceiros, tanto os herdeiros do senhorio como os do arrendatario deviam ser obrigados a manter o arrendamento pelo praso estipulado.

Modificariamos assim o artigo 1619.º:
«O contracto de arrendamento, cuja data
«fôr declarada em documento authenticico
«ou authenticado, produzirá effeitos rela-
«tivamente a terceiros para quem o predio
«seja transmittido, salvo o que vae dis-
«posto nos artigos seguintes:»

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardó de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1608, pagina 212)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 92 (cont.). Disposições relativas ao contracto de locação que devem ser interpretadas ou modificadas. — 93. Modificações que devem introduzir-se nos artigos respeitantes ao contracto de emprazamento.

92 (cont.). Dos artigos 1619.º e 1621.º § 2.º parece deprehender-se que os arrendamentos que não tenham data authentica ou authenticada cessam logo que se dê a morte do senhorio ou do arrendatario, ou que seja transmittido o predio por acto entre vivos.

Esta doutrina, que seria completamente inadmissivel pelas desastrosas consequencias que della podiam derivar para os arrendatarios, não tem sido seguida pela nossa jurisprudencia, a qual tem julgado que os arrendamentos cuja data não haja sido declarada em documento authentico

ou authenticado valem pelo tempo fixado nos artigos 1618.º, 1623.º e 1628.º E conveniente seria que esta doutrina fosse expressamente consignada no Codigo, o que se poderia fazer em um § unico additado ao artigo 1619.º e assim redigido:

«Os arrendamentos, cuja data não «constar de documento authentico ou «authenticado, intender-se-ão feitos pelos «prazos fixados nos artigos 1618.º, 1623.º «e 1628.º, e considerar-se-ão renovados «pelo mesmo tempo, se, depois de findar «o arrendamento, o arrendatario continuar «sem opposição na posse do predio».

Tem suscitado difficuldades a combinação dos artigos 1625.º e 1626.º do Codigo civil com a lei de 21 de maio de 1896, pela qual se modificou o processo para o despejo dos predios urbanos que estejam arrendados por mês ou por um numero de meses inferior a seis, ou por um periodo de seis a doze meses, quando a renda seja inferior a 50\$000 réis¹.

Relativamente a estes arrendamentos, dispõe-se no artigo 1.º § unico da refe-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 33.º, n.º 1455, pagina 9, e volume 35.º, n.º 1541, pagina 300.

rida lei que se observarão as disposições nella consignadas «mantendo-se, todavia, «neste caso, as disposições dos artigos «1625.º e 1626.º do Código civil».

Nestes artigos faz-se distincção entre as terras em que se usam escriptos e aquellas em que se não usam, regulando-se no primeiro a hypothese de o arrendatario se pretender despedir nas terras onde se usam escriptos, e no segundo a de o arrendatario ou o senhorio não quererem a renovação do arrendamento nas terras onde se não usam escriptos.

Ora pela lei de 21 de maio de 1896 não se faz distincção entre terras onde se costumam pôr escriptos e terras em que se não usam (artigos 2.º, 3.º e 11.º), e como nos artigos citados do Código civil não se regula a hypothese de o senhorio pretender despedir o arrendatario nas terras em que se usam escriptos, parece que deve observar-se neste caso o disposto no artigo 2.º da lei de 21 de maio de 1896, havendo assim grande e injustificavel desigualdade no praso para os avisos que o senhorio deve fazer ao arrendatario, o qual será de seis ou de quarenta dias.

Conveniente será que, ao introduzirem-se no Código civil as modificações que nelle foram feitas pela lei citada, se tenha em vista a duvida exposta, para evitar a qual bastaria que na lei de 21 de maio se houvesse citado tambem o artigo 1624.º do Código civil, pois é opinião nossa que naquella lei, attento o praso por que são feitos os arrendamentos a que respeita o § unico do artigo 1.º, se quiz manter o disposto no Código civil ácerca do tempo em que devia ser feita a prevenção pelo senhorio ao arrendatario ou por este ao senhorio para a cessação do contracto de arrendamento.

O artigo 1631.º tem sido diversamente interpretado.

Declara-se neste artigo que ficam sujeitos ás disposições do Código todos os contractos de arrendamento de predios rusticos, ainda mesmo nos districtos ou

provincias do reino, onde, antes da promulgação do Código, taes contractos eram regulados por leis especiaes.

Por este artigo revogaram-se as garantias especiaes que, em attenção ás condições peculiares da propriedade rustica em algumas provincias do reino e no intuito de se promover o desenvolvimento da agricultura, haviam sido concedidas pelos nossos antigos legisladores aos arrendatarios de predios rusticos pelo que respeita ao despejo, e ainda o costume, vigente na Ilha da Madeira ao tempo em que foi publicado o Código civil, pelo qual os colonos gosavam de garantias especiaes pelo que respeitava ás bemfeitorias. Respeitar-se-iam, porem, os direitos adquiridos pelos rendeiros e colonos ao tempo em que o Código civil começou a vigorar?

Em officio da direcção geral das contribuições directas de 26 de janeiro de 1885 determinou-se, relativamente ás matrizes para o lançamento da contribuição predial, que nos predios em colonia no districto do Funchal fossem considerados os colonos proprietarios das casas que nas mesmas colonias possuissem, e que os possuidores de bemfeitorias em terreno alheio fossem considerados comproprietarios dos predios em que essas bemfeitorias existissem, quando do producto dellas nada tivessem que repartir com o proprietario do terreno¹, e nos tribunaes tambem se julgou² que os colonos não podiam ser desapossados dos predios e das bemfeitorias a que tivessem direito adquirido á sombra da lei anterior, não devendo applicar-se as disposições do Código civil, mas a legislação anterior, relativamente ás bemfeitorias realisadas em arrendamentos anteriores á promulgação do Código.

O conselheiro Dias Ferreira pronuncia-se abertamente contra esta doutrina, dizendo que «toda esta jurisprudencia, «quer do ministerio da fazenda, quer das

¹ Veja-se o *Direito*, anno 17.º, pagina 60.

² Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 26 de abril de 1894, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 8.º anno, pagina 617.

«decisões judiciais, é menos conforme ás «disposições do Código»¹, e em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de junho de 1902² julgou-se que, desde que o Código civil começou a vigorar, ficou revogada a legislação anterior, sendo applicaveis as disposições do Código a todos os contractos de arrendamento de predios rusticos, ainda nos districtos ou provincias em que havia leis especiaes.

Sobre a revogação da legislação anterior, tanto geral como especial, em materia de arrendamento, não pode, em nosso parecer, suscitar-se duvida alguma, e portanto os rendeiros e colonos, que pela legislação anterior gosavam de garantias especiaes pelo que respeita ao despejo, ficaram sujeitos ás disposições do Código. O que pode discutir-se é se o direito ás bemfeitorias realisadas anteriormente ao Código civil é regulado nos termos do Código, ou pela legislação em vigor ao tempo em que foram feitas.

Em virtude do preceito consignado no artigo 8.º, o direito ás bemfeitorias já realisadas ao tempo em que o Código civil começou a vigorar devia regular-se pela legislação anterior, tendo assim os colonos direito não só ás bemfeitorias agricolas mas ás urbanas, e o direito de retenção enquanto não fossem pagos do seu valor. A redacção do artigo 1631.º pode, porem, suscitar duvidas a este respeito, pois sujeita todos os contractos de arrendamento, sem restricção alguma, ás disposições do Código.

Em nosso parecer este artigo, que teve por fim evitar as duvidas que podiam suscitar-se sobre a applicação das disposições do Código aos contractos de arrendamento pelos quaes se restringiam os direitos de propriedade, não quiz offender os direitos legitimamente adquiridos pelos rendeiros e colonos, que só serão obrigados a despejar os predios, quando tenham sido indemnizados, nos termos

da legislação anterior, das bemfeitorias que hajam effeituado até á publicação do Código.

Para se exprimir esta doutrina, deveria additar-se ao artigo 1631.º o seguinte

§ unico. «O direito ás bemfeitorias «já realisadas ao tempo em que este «Código começou a vigorar será regulado «pela legislação anterior».

93. No artigo 1657.º preceitua-se que não poderá convencionar-se encargo algum extraordinario ou casual, a titulo de luctuosa, laudemio ou qualquer outro. Quem lè desprevenidamente o artigo 3.º do decreto n.º 11 de 10 de janeiro de 1895, confirmado por lei de 16 de fevereiro de 1896, supporá que esse artigo foi modificado, sendo permittido estipular laudemio nos empraçamentos de presente. Conveniente será, pois, que, ao introduzirem-se no Código civil as modificações feitas por leis posteriores em materia respeitante ao empraçamento, se altere a redacção do artigo 3.º do citado decreto.

O artigo 1660.º, em que se determina que o fóro deve ser pago no lugar e tempo convencionados, pode suscitar, attento o character perpetuo do empraçamento, graves duvidas na sua applicação.

Assim, supponhamos que foi vendido o dominio directo de um empraçamento e que o foreiro devia pagar o fóro no domicilio do senhorio. Effectuada a venda, terá o foreiro o direito de pagar o fóro no lugar estipulado, ou devel-o-á pagar no domicilio do adquirente do dominio directo?

Discutindo nesta *Revista*¹ a hypothese de haver sido arrematado o dominio directo de uma misericordia, cujo fóro devia ser pago no celleiro desta, emittimos o parecer de que devia ser respeitado o contracto, continuando o emphyteuta a pagar o fóro no celleiro convencionado, e, se não podésse pagar no celleiro, no lugar da situação deste. O conse-

¹ Código civil português annotado, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 215.

² Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 16.º, pagina 334.

¹ Veja-se o volume 31.º, n.º 1396, pagina 146.

lheiro Dias Ferreira sustenta a mesma doutrina¹.

É facil verificar que desta doutrina podem derivar graves inconvenientes para o senhorio do dominio directo, sem vantagem alguma para o foreiro, e conveniente seria que o artigo 1660.º fosse modificado ou esclarecido, acrescentando-se-lhe o seguinte

§ unico. «Quando se haja convencio-
«nado que o fóro seja pago em lugar
«determinado ou no domicilio do senhorio,
«e seja alienado o dominio directo ou o
«senhorio mude de domicilio, observar-
«se-á o disposto nos §§ 1.º e 2.º do
«artigo 1661.º, se ao senhorio não con-
«viér que o fóro seja pago no lugar
«estipulado».

No artigo 1662.º preceitua-se que os prazos não poderão dividir-se por glebas, excepto se nisso conviér o senhorio.

Poder-se-á dividir o dominio directo sem consentimento do emphyteuta?

Sustentámos nesta *Revista*², a affirmativa, e nesse sentido se tem pronunciado a nossa jurisprudencia, que se baseia em que nenhuma disposição do Codigo civil nem do Codigo de processo civil estabelecem restricção e as restricções ao direito de propriedade não se presumem, e em que, mandando os artigos 714.º e 748.º do Codigo de processo civil reunir os interessados para tractar do encabeçamento dos prazos, isto é, dos bens aforados ou sujeitos á emphyteuse, e havendo um processo especial para a destrição dos fóros, como consequencia da divisão dos prazos em glebas accordada com os senhores, quando essa destrição não seja feita amigavelmente, nenhum processo especial se estabelece nem para o encabeçamento, nem para a divisão do dominio directo pelos herdeiros do senhorio³.

Nos accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 1896 e da Relação de Lisboa de 25 de novembro do mesmo anno¹ julgou-se, porem, em sentido contrario, fundando-se esses accordãos em que o contracto de emprazamento não pode ser alterado senão por accôrdo de ambas as partes contractantes (Codigo civil, artigos 702.º e 703.º); em que, sendo correlativos os dominios directo e util, a divisão de qualquer delles só se completa com a do outro, e, na falta de lei que a imponha, essa divisão só pode realizar-se por accôrdo das partes, e em que seria repugnante á razão e ao direito que o emphyteuta fosse obrigado, sem seu consentimento, a dividir o predio em glebas, e a pagar varias prestações em vez de uma só.

(Continúa).

¹ Veja-se a obra e tomo citado, pagina 239.

² Veja-se o volume 15.º, n.º 756, pagina 437, volume 26.º, n.º 1247, pagina 488, e volume 30.º, n.º 1566, pagina 218.

³ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citado, pagina 244, e os accordãos da Relação de Lisboa de 3 de abril de 1895, nesta *Revista*, volume 30.º, n.º 1366, pagina 221.

¹ Nesta *Revista*, volume 30.º, n.º 1367, pagina 232.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1610, pagina 244)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 93 (cont.). Modificações que devem introduzir-se nos artigos respeitantes ao contracto de empraçamento.

93 (cont.). Sustentámos nesta *Revista*¹ que á divisão do fóro não correspondia a divisão do prazo, o qual continuava a ser um só, havendo um só laudemio e tendo os senhorios do dominio directo o direito de preferencia em harmonia com as disposições que nos Codigos civil e de processo civil regulam este direito relativamente aos com-proprietarios na propriedade indivisa e indivisivel.

Continuando convictos da exactidão desta doutrina, apesar de reconhecermos as difficuldades e incertezas que da di-

visão do fóro, sem a correspondente divisão do prazo, resultam para a determinação das relações entre os senhorios directos e os emphyteutas, e não podendo contestar-se que, sendo doutrina corrente no nosso antigo direito que a indivisibilidade dos bens de prazo era estabelecida em favor do senhorio, e que o dominio directo era divisivel como os bens alodiaes, se o auctor do Código civil considerasse necessario o consentimento do emphyteuta para a divisão do fóro não deixaria de o declarar expressamente, parece-nos todavia que, em face do artigo 702.º, poderá sustentar-se a indivisibilidade do dominio directo sem consentimento do emphyteuta.

As relações entre o senhorio directo e o emphyteuta teem inquestionavelmente caracter contractual pelo que respeita ao pagamento do fóro, em que o senhorio directo se apresenta como credor. O principio de que se não admitem no direito de propriedade restricções que não sejam impostas por lei não pode portanto invocar-se a favor da divisibilidade do dominio directo e portanto do fóro, e nos limites do regimen contractual essa divisibilidade é inadmissivel sem consentimento do emphyteuta.

E sendo certo que pela divisão do fóro se aggrava a situação do foreiro, e que

¹ Veja-se o volume 26.º, n.º 1247, pagina 488.

dessa divisão, sem a correspondente divisão do prazo, resultam duvidas e incertezas nas relações entre os senhorios e entre estes e o emphyteuta, afigura-se-nos conveniente, attento o estado da nossa jurisprudencia, que se estabeleça tambem a indivisibilidade do dominio directo sem o consentimento do emphyteuta, regulando-se a consequente divisão do prazo.

Outras duvidas tem suscitado o artigo 1662.º

Nos §§ 1.º e 2.º preceitua-se que a repartição do valor do prazo entre os herdeiros far-se-á por estimação, encabeçando-se o prazo em um delles, conforme conviêrem entre si, e que, se não podêrem accor-dar-se, será o prazo licitado.

A palavra — *herdeiros* — deverá ser substituida por — *interessados*, em harmonia com o que se dispõe no artigo 714.º do Codigo de processo civil, pois que o prazo tanto pode ser encabeçado nos herdeiros como no conjuge sobrevivente, e devem harmonisar-se as disposições dos citados §§ 1.º e 2.º do artigo 1662.º do Codigo civil e a consignada no artigo 2145.º com o artigo 714.º do Codigo de processo civil.

Pelo artigo 2145.º só se exige a deliberação dos interessados sobre a venda ou adjudicação a algum dos herdeiros, ou sobre a fruição em commum, quando o objecto não tenha sido licitado, e não caiba nos lotes, nem possa dividir-se por sua natureza, ou sem detrimento.

Baseando-se neste artigo, e ainda em que o artigo 1662.º, como se vê das palavras — *não podem porem* (os prazos) *dividir-se por glebas* — e — *a repartição do valor far-se-á por estimação* — regula o modo por que deve proceder-se, quando seja necessario dividir um prazo, por não caber na quota de algum dos co-herdeiros, tem alguns jurisconsultos sustentado que o processo indicado no artigo 1662.º não é applicavel ao caso em que haja na herança um só ou muitos prazos, e que aquelle ou cada um destes caiba dentro do lote de cada um dos co-herdeiros.

E nos nossos tribunaes já se julgou neste sentido¹.

Actualmente está-se, porem, seguindo nestes a doutrina de que o artigo 714.º do Codigo de processo civil exige, sem distincção alguma, a conferencia para regular o encabeçamento dos prazos, e que portanto é necessario proceder ao referido encabeçamento, embora os prazos caibam visivelmente no lote de cada um dos co-herdeiros².

O encabeçamento dos prazos não tem, nesta ultima hypothese, vantagem alguma para o senhorio, e, relativamente aos herdeiros, representa um augmento de custas completamente desnecessario.

A disposição consignada nos §§ 1.º e 2.º do artigo 1662.º só tem por fim evitar a divisão do prazo em glebas. Ora desde que um dos co-herdeiros licite nelle, ou, caso não haja licitação, o escrivão forme o mappa da partilha lançando a cada um dos lotes os prazos como quaesquer bens allodiaes, os direitos do senhorio ficam devidamente garantidos, visto o prazo não ser dividido em glebas.

Parece-nos que é esta a doutrina que deve ser expressamente consignada no Codigo civil, resolvendo assim as duvidas que o artigo 714.º do Codigo de processo civil tem suscitado.

Será permittido o encabeçamento do prazo em mais de um herdeiro sem consentimento do senhorio, e poderão dois ou mais herdeiros licitar no prazo para o possuirem em commum?

A nossa jurisprudencia tem-se mostrado hesitante sobre este assumpto.

Assim, ha quem sustente que a prohibição da divisão em glebas não é incom-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 9.º, n.º 428, pagina 180, conselheiro Dias Ferreira, *Codigo de processo civil annotado*, tomo 2.º, pagina 203 e *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 240, e o accordo da Relação de Lisboa de 26 de janeiro de 1887, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, tomo 2.º, pagina 413.

² Veja-se o dr Silva Carvalho, *Manual do processo de inventario*, pagina 218 da 2.ª edição, e os accordões da Relação de Lisboa de 16 de agosto de 1883, no *Direito*, volume 15.º, pagina 352, e de 18 de agosto de 1894, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 8.º, pagina 182.

patível com a licitação do prazo em commum por diversos interessados, e que portanto o senhorio não pode oppôr-se a que o prazo pertença a mais de uma pessoa para o possuírem conjunctos e sem divisão¹.

Contra esta doutrina não só se tem affirmado que é inaceitavel nos inventarios, onde o prazo tem de ser partilhado por força do disposto no artigo 1662.º, mas que não se comprehende mesmo como o prazo possa ser cousa commum, sem que haja nelle o direito de compropriedade, e consequentemente o de partilha, não podendo assim haver licitação por differentes co-herdeiros para a adjudicação senão relativamente aos bens cuja divisão a lei permite².

Sendo discutível, em face do direito constituido, se o prazo pode ser possuido em commum pelos co-herdeiros sem consentimento do senhorio, parece-nos que, considerada a questão sob o ponto de vista doutrinal, se poderia preferir a primeira opinião.

Pertencendo ao emphyteuta o dominio útil, que é regulado pelas normas respeitantes ao direito de propriedade, salvas as disposições especiaes estabelecidas na lei para garantia do senhorio directo, afigura-se-nos que não pode justificar-se qualquer restricção que a lei imponha aos direitos do emphyteuta, nas suas relações com o dominio útil do prazo, que não sejam exigidas pelo interesse publico, ou como garantias do senhorio directo. Ora o facto de o prazo ser possuido em commum pelos co-herdeiros, que não fizeram partilha, ou de ser encabeçado em mais do que um co-herdeiro, em nada offende os direitos do senhorio directo, desde que entre os com-possuidores do prazo fique existindo o vinculo da solidariedade.

¹ Veja-se o accordão da Relação do Porto de 12 de maio de 1896, na *Revista dos tribunaes*, volume 15.º, pagina 6, e o *Direito*, volume 7.º, pagina 501.

² Veja-se esta *Revista*, volume 17.º, n.º 858, pagina 404, e os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1896, nesta *Revista*, volume 35.º, n.º 1553, pagina 495, e de 5 de novembro de 1897, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 11.º, pagina 292, dr. Silva Carvalho, obra e logar citados.

Nem pode dizer-se que do direito de compropriedade deriva o de partilha, porque a esta pode oppôr-se o senhorio directo, visto que o prazo se não pode dividir sem o consentimento d'elle. Qualquer partilha que fosse feita pelos co-herdeiros, que possuissem o prazo em commum, poderia ser annullada pelo senhorio directo.

Os direitos deste ficam portanto salvaguardados, e, pela permissão de os co-herdeiros possuírem o prazo em commum, pode evitar-se que, com grave prejuizo para elles, ou contra a sua vontade manifesta, sejam privados de bens que constituam o patrimonio da sua familia.

Talvez se devesse, pois, consignar no Codigo a disposição de que os co-herdeiros, ou parte delles, poderiam possuir um prazo em commum, sendo solidariamente responsaveis pelo fóro.

Com a hypothese que acabamos de discutir está directamente relacionada a seguinte: dividindo o emphyteuta, sem consentimento do senhorio directo, o prazo em glebas, como poderá o senhorio directo tornar effectivos os seus direitos e a quem deverá pedir os fóros em divida?

Tractámos já desta questão¹, e o conselheiro Dias Ferreira enumera diversos alvitres que a respeito della tem sido apresentados².

Sendo nulla a divisão do prazo em glebas sem consentimento do senhorio, é obvio que este pode propôr a respectiva acção contra o emphyteuta e os adquirentes das glebas, para que a divisão se declare sem effeito.

Quanto á exigencia dos fóros vencidos é que podem suscitar-se duvidas, parecendo-nos conveniente que na lei se declare que, sendo feita, sem consentimento do senhorio, a divisão do prazo em glebas, os possuidores destas ficarão

¹ Veja-se o volume 36.º, n.º 1591 e 1593, paginas 504 e 532.

² Veja-se o *Codigo civil português annotado*, tomo citado, pagina 244.

solidariamente responsaveis pelos fóros, salvo o direito para o senhorio de fazer annullar a divisão do prazo.

Em virtude das considerações que acabamos de fazer, modificaríamos assim o

Artigo 1662.º «Os prazos são hereditarios como os bens allodiaes; não podem, porem, dividir-se por glebas, excepto se nisso conviér o senhorio, e os prazos separados constituirem, se forem predios rusticos, uma unidade cultivavel não inferior a vinte hectares, e, se o empraçamento fôr de predio urbano, da divisão não resultar detrimento ao predio.»

§ 1.º «Entre os co-herdeiros, quando o prazo não couber no lote de cada um, ou não tenha sido licitado por qualquer delles, a repartição do valor far-se-á por estimação, encabeçando-se o prazo em algum ou alguns dos co-herdeiros, conforme conviêrem entre si.»

§ 2.º «Se não podêrem accordar-se, será o prazo licitado, podendo-o ser por mais de um co-herdeiro, para o possuírem em commum.»

§§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º (Como estão no Código).

§ 7.º «Quando o prazo seja possuido em commum pelos co-herdeiros, estes serão solidariamente responsaveis pelo fóro, e não poderão dividir entre si o prazo sem consentimento do senhorio directo.»

§ 8.º «Tendo sido o prazo dividido por glebas sem consentimento do senhorio directo, este poderá exigir o fóro de qualquer dos possuidores, ficando-lhe salvo o direito de annullar a divisão.»

§ 9.º «O dominio directo será também indivisivel sem consentimento do emphyteuta.»

No artigo 1663.º declara-se que, na falta de herdeiros testamentarios ou legitimos do ultimo foreiro, será o predio devolvido ao senhorio.

Esta disposição, cuja conciliação com o principio de que os prazos são hereditarios como os bens allodiaes se nos afigura difficil, está mal redigida.

Pretende-se excluir por ella da successão no prazo o Estado, o qual é todavia considerado como herdeiro legitimo (artigos 1969.º n.º 6.º e 2006.º), tendo relativamente á herança os mesmos direitos e obrigações que qualquer outro herdeiro (artigo 2007.º).

Quando se julgue accitavel esta doutrina, a redacção do artigo 1663.º deverá ser assim modificada: «Quando, na falta de outros herdeiros, o Estado succeda nos bens do foreiro, será o predio devolvido ao senhorio.»

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1610, pagina 244)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMARIO. — 93 (cont.). Modificações que devem introduzir-se nos artigos respeitantes ao contracto de emprazamento.

93 (cont.). O artigo 1668.º deve ser modificado, em harmonia com a doutrina que expozemos¹, de forma que seja permitido ao marido emprazar os bens separados da communhão independentemente de outorga da mulher; fazendo-se assim desaparecer a antinomia que existe entre este artigo e a disposição consignada no § 2.º do artigo 1191.º Para esse effeito, o artigo 1668.º poderia ter a seguinte redacção:

«Os casados não podem, comtudo, emprazar seus bens, quer proprios, quer

«communs, salvo, pelo que respeita aos bens separados da communhão, o que fica disposto no § 2.º do artigo 1191.º».

Pelo artigo 1677.º, que é applicavel aos emprazamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º, o foreiro pode doar ou trocar livremente o predio, não tendo o senhorio directo, em qualquer destes casos, o direito de preferencia. Terá, porem, no caso de troca, direito ao laudemio?

Na jurisprudencia anterior ao Código civil suscitou-se grave divergencia a este respeito, sustentando alguns juriconsultos, em face do que dispunha a Ord. no liv. 4.º, tit. 38.º pr., que o senhorio directo tinha o direito, nas trocas dos prazos, a receber o laudemio do valor do predio ou de outra cousa que o foreiro recebesse em troca; fazendo outros distincção entre o caso de se trocar o prazo por outro predio e por uma cousa fungivel, e affirmando que o laudemio só era devido nesta ultima hypothese, e sendo esta distincção combatida por alguns juriconsultos, que não encontravam na lei fundamento algum para ella¹.

¹ Veja-se o volume 37.º, n.º 1597, pagina 33.

¹ Veja-se Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ.*, tomo 2.º, § 553, Mello Freire, *Inst. jur. civ.*, tomo 3.º, titulo II, §§ 16 e 17, Correia Telles, *Dig. port.*, tomo 3.º, artigo

O auctor do Código civil não resolveu a questão. Se é certo que, mesmo relativamente aos aforamentos de preterito, não existe o direito de preferencia nas trocas, não o é menos que o laudemio não tem a sua origem nesse direito, e tanto que, não gosando as pessoas mo- raes do direito de preferencia, teem toda- via direito ao laudemio, e o artigo 1689.º declara que os empra- zamentos de bens particulares, anteriores á promulga- ção do Código, quer subsistam por contracto, quer por qualquer outro titulo, serão mantidos na forma dos respectivos titulos com as mo- dificações estabelecidas no Código, re- ferindo-se o artigo 1693.º expressamente ao laudemio, que será conservado na forma da estipulação.

Baseando-se nestas disposições, sus- tenta o conselheiro Dias Ferreira que «mesmo depois da promulga- ção do Código é ainda obrigatorio o laudemio «nas trocas em empra- zamentos de pre- terito, onde foi estipulado», o qual «na «troca deve ser pago na falta de con- venção em contrario por ambos os *per- mutantes*, como na venda é pago pelo «adquirente»¹.

Nesta *Revista*², em que expozemos desenvolvidamente o assumpto, mostrá- mos que na legislação anterior ao Código civil era ponto duvidoso, se se devia lau- demio nas trocas de prazos por outros predios, mas que a pratica geral antes e depois do Código era não se pagar lau- demio nas trocas de predios emphyteu- ticos, e indicámos as causas dessa pratica, dizendo que «a tendencia geral da juris- prudencia moderna, ainda antes da publi- cação do Código civil, era para em caso «de duvida se decidir antes a favor do «foreiro do que do senhorio, e para, até «onde a lei o permittisse, libertar a terra «de encargos e peias, que obstassem á «livre transmissão e disposição della, ten-

«dencia que manifesta e profundamente «influençou o Código civil».

Este facto e as duvidas que havia na jurisprudencia anterior ao Código civil levam-nos a sustentar a conveniencia de se consignar expressamente no Código que nas trocas de prazos o senhorio não terá direito ao laudemio estipulado, mo- dificando-se para esse fim a redacção do artigo 1693.º

Quando se julgue preferivel a dou- trina sustentada pelo conceituado com- mentador do Código civil, parece-nos inaceitavel, em face do que dispõe o § unico do artigo 1693.º, a opinião de que o laudemio na troca deve ser pago, na falta de convenção, *por ambos os per- mutantes*, pois quem o deve pagar é o adquirente do prazo.

Outra duvida suscita o artigo 1693.º, que deve ser esclarecida.

Baseando-se nas palavras desse artigo *laudemio estipulado e será conservado na forma da estipulação*, e nas do artigo 1689.º *na forma dos respectivos titulos*, teem alguns jurisconsultos sustentado que não se deve laudemio nos empra- zamentos de preterito de bens particulares, quando não haja sido estipulado nos respectivos titulos¹, e tem-se julgado nos nossos tri- bunaes que não é devido laudemio nos aforamentos sem titulo².

Sustentámos nesta *Revista*³ doutrina contraria, fundamentando-a em que, segundo a nossa antiga jurisprudencia, o laudemio era um elemento natural do contracto de aforamento, achando-se esta- belecido nas leis, mesmo na falta de ajuste. Sendo assim, o laudemio era sempre *estipulado*, *embora não constasse do titulo*, intendendo-se, na falta de clausula ex- pressa a esse respeito, que era de qua- rentena.

963.º, Lobão, *Direito emphyteutico*, §§ 901 e seguintes e 1011 e seguintes, e a *Gazeta dos tribunaes*, n.ºs 1301, 1409, 2060 e 3132.

¹ *Código civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, pagina 251.

² Volume 5.º, n.º 234, pagina 407.

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *obra* e tomo citado, pagina 238.

² Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de dezembro de 1899, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 13.º anno, pagina 495, e accordão da Relação de Lisboa de 5 de novembro de 1898, na *Gazeta* citada, 12.º anno, pagina 287.

³ Veja-se o volume 22.º, n.º 1095, pagina 306.

E foi sem duvida por attender a que o laudemio, como elemento natural que era do contracto de emphyteuse, podia existir independentemente de clausula expressa, que na ultima parte do artigo 1693.º se declarou que esse laudemio será de quarentena, *se por outro motivo se não achar determinado*.

Parece-nos que é esta a interpretação que se deve dar ao artigo 1693.º, e não seria razoavel que, respeitando-se os direitos adquiridos relativamente ao laudemio, quando este conste do titulo, se não respeitem quando este seja omisso a tal respeito, pois que, baseando-se as leis declarativas na vontade presumida das partes, e fazendo parte integrante dos contractos na falta de convenção em contrario, tão legitimamente adquiriu direito ao laudemio quem expressamente o estipulou, como quem nada convencionou a esse respeito.

Em harmonia com as considerações feitas modificariamos da seguinte forma a redacção do artigo 1693.º:

«O laudemio estipulado nos empra-
zamentos de preterito será conservado, na
«forma da estipulação, nas vendas e da-
«ções em pagamento. Na falta de estipu-
«lação, o laudemio será de quarentena».

Terão de pagar laudemio o conjuge, os ascendentes e os descendentes, quando usem do direito de remissão, concedido pelos artigos 888.º e 889.º do Codigo de processo civil?

Sustentámos nesta *Revista*¹ que o direito de remissão, concedido por estes artigos, exclue o direito de preferencia que ao senhorio directo é dado pelos artigos 1682.º do Codigo civil e 848.º n.º 1.º e § 2.º do Codigo de processo civil, e que o laudemio é devido mesmo no caso de remissão, pois que esta remissão equivale a uma compra e venda, e tanto que o § unico do artigo 888.º do Codigo de processo civil manda que se passe á pessoa que tiver remido os bens *titulo como arrematante*.

Parecendo-nos que esta doutrina é verdadeira em face do direito constituido, applaudiríamos todavia a sua reforma no sentido de ficarem isentas do laudemio as remissões. O motivo por que a lei confere o direito de remissão — conveniencias de familia e a protecção ao proprio executado — justificam amplamente essa isenção, quando se não attenda a que, sendo o conjuge quem use do direito de remissão, o predio ficará na posse do casal e portanto do foreiro.

Julgando-se acceitavel esta doutrina, poderia additar-se ao artigo 1693.º o seguinte:

§ 2.º «Se o predio fór adquirido pelo
«conjuge, ascendentes ou descendentes
«do foreiro, no caso do direito de re-
«missão, o senhorio não terá direito a
«laudemio».

No artigo 1689.º declara-se que os empra-
zamentos de bens particulares ante-
riores á promulgação do Codigo serão
mantidos na forma dos respectivos titulos,
com as modificações estabelecidas no
Codigo.

O que devem considerar-se *bens par-
ticulares* para os effeitos deste artigo?
Estarão comprehendidos nelles os bens
das corporações ecclesiasticas e de outras
pessoas moraes?

Esta questão é importante, porque,
declarando-se no artigo 1690.º que os
empra-
zamentos mencionados no artigo
antecedente podem ser provados por
todos os meios legaes ordinarios, se nos
bens particulares, a que o artigo 1689.º
se refere, entram os das corporações
ecclesiasticas e de outras pessoas mo-
raes, não se exigirá para prova delles a
escriptura publica, nem as formalidades
que eram exigidas pela nossa antiga
legislação.

Sustentámos nesta *Revista*¹ que os em-
pra-
zamentos das corporações ecclesiasticas
e de outras pessoas moraes não
eram considerados como bens particula-
res para esse effeito.

¹ Volume 20.º, n.º 1013, pagina 389.

¹ Veja-se o volume 8.º, n.º 396, pagina 499.

Baseámo-nos em que a expressão — *bens particulares* — deve ser entendida, não pelo que significa no Código, mas pelo que significava na jurisprudencia anterior a elle, pois o artigo 1689.º expressamente se refere aos empraçamentos anteriores á promulgação do Código, e por essa jurisprudencia fazia-se distincção de bens em *nacionaes, municipaes, parochiaes, dos estabelecimentos publicos e particulares*, sendo a aquisição, alienação e prova dos empraçamentos dos municipios, parochias e corporações ecclesiasticas sempre reguladas por legislação especial.

E se na expressão referida se devessem comprehender os bens de todas as pessoas moraes, dar-se-ia o absurdo de o Código considerar validos contractos que eram insanavelmente nulos na legislação anterior. Assim, poder-se-á provar hoje por meio de testemunhas o empraçamento de uma corporação ecclesiastica, quando é certo que pela legislação anterior ao Código era exigida para prova d'elle, como formalidade substancial, a escriptura publica.

E o decreto de 14 de dezembro de 1892, considerando como *bens particulares*, para os effeitos da remissão facultada pelo decreto de 30 de setembro do mesmo anno, não só os que sempre o foram, mas os que, tendo pertencido a corporações de mão morta ou administrativas, já lhes não pertençam á data da promulgação do referido decreto, é mais um argumento a favor da doutrina que sustentámos, apesar de nos parecer que é invocado pelo illustrado commentador do Código civil para se contestar que haja distincção entre empraçamentos de *bens particulares* e de bens patrimoniaes das pessoas moraes para o effeito do artigo 1689.º¹.

A nossa jurisprudencia tem-se mostrado hesitante a este respeito, sendo portanto conveniente que se fixe definitivamente a interpretação que deve dar-se ao artigo 1689.º E como nas disposições

do Código, applicaveis aos empraçamentos de preterito, não podem deixar de se considerar comprehendidos, salvas disposições especiaes, os empraçamentos das pessoas moraes, parecia-nos conveniente que se supprimissem as palavras do artigo 1689.º — *de bens particulares* — e que ao artigo 1690.º se acrescentassem as seguintes palavras: «excepto aquelles para que na legislação anterior ao Código se exigiam formalidades especiaes».

(Continúa).

¹ Obra e tomo citado, paginas 259 e 260.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1612, pagina 276)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 93 (cont.). Modificações que devem introduzir-se nos artigos respeitantes ao contracto de emprazamento. — 94. Duvidas que o Código suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

93 (cont.). O artigo 1703.º, em que se regula o direito de preferencia no caso de venda ou dação em pagamento do predio sub-emphyteutico, do dominio directo desse predio e do emphyteutico, estabelece doutrina inaceitavel.

Como nota o conselheiro Dias Ferreira ¹, a base do direito de preferencia é a necessidade de libertar a terra, promovendo-se

por meio delle o predomínio da propriedade perfeita sobre a imperfeita, e portanto esse direito deveria ser sempre reconhecido, na venda ou dação em pagamento do dominio directo e do emphyteutico, ao sub-emphyteuta. Regulada por esta forma a preferencia, libertava-se sempre a terra de parte dos encargos que sobre ella pesam, o que não succede no systema do Código. É assim que, se o senhorio directo usar do direito de preferencia na venda do dominio emphyteutico, o sub-emphyteuta terá de pagar a mesma prestação.

Ao emphyteuta tambem deveria ser dado, em concorrência com o senhorio directo, o direito de preferencia na venda do predio sub-emphyteutico. Desappareceria, quando o emphyteuta usasse desse direito, o sub-emprazamento, reduzindo-se assim os encargos sobre a terra.

Em harmonia com as considerações que acabamos de fazer o artigo 1703.º deveria ser assim modificado: «Quando algum «predio emphyteutico fôr vendido, ou dado «em pagamento, o direito de preferencia «pertencerá ao emphyteuta, e, só não «querendo este usar delle, pertencerá ao «senhorio directo».

§ 1.º (Como está).

§ 2.º «No caso de ser vendido, ou «dado em pagamento, o dominio emphy-

¹ Código civil português annotado, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 266.

«teutico, o direito de preferencia pertencerá ao sub-emphyteuta, e, só não querendo este usar delle, pertencerá ao «senhorio directo».

94. Em materia de successão testamentaria, teem-se suscitado graves duvidas na nossa jurisprudencia sobre a interpretação de alguns artigos do Codigo, a que a proposta se não refere, havendo sobre algumas dellas decisões encontradas dos tribunaes. Conveniente era não só que se resolvessem essas duvidas, mas que se modificassem algumas disposições em que se acha sancionada doutrina pouco harmonica com outros principios consignados no Codigo.

Pelo artigo 1740.º § unico faculta-se ao testador commetter a terceiros a repartição da herança, quando institue certa generalidade de herdeiros.

Esta disposição é uma excepção ao principio consignado no artigo 1740.º, pelo qual o testamento é um acto pessoal, que não pode ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbitrio de terceiro, quer pelo que toca á instituição dos herdeiros ou legatarios, quer pelo que respeita ao objecto da herança, quer á efficacia das disposições testamentarias, e significa que, instituindo o testador, como herdeiros ou legatarios, uma certa generalidade de pessoas, como pobres, instituições de caridade, pode commetter a terceiros a repartição da herança ou do legado, tendo portanto esses terceiros de determinar, em harmonia com as clausulas testamentarias, as pessoas contempladas, e de repartir por ellas, em partes eguaes ou deseguaes, conforme a vontade do testador, a herança ou o legado.

Confrontando-se o referido § unico com o corpo do artigo, vê-se que a palavra — herança — não é tomada em sentido rigoroso, significando o patrimonio do fallecido; essa palavra traduz a mesma idéa que a expressão — *objecto da herança*, objecto que pode ou ser determinado, ou representar a totalidade da herança, ou uma quota parte della sem determinação de valor, e por-

tanto as pessoas a que o mesmo § se refere podem ser instituidas herdeiras ou legatarias.

A doutrina que acabamos de expor mais evidente se torna, examinando-se o artigo 558.º do Projecto do Codigo civil hespanhol, que foi a sua fonte, e está assim redigido: «El testamento es un «acto personalissimo: su formacion no «puede dejar-se en todo o en parte «al arbitrio de un tercero. Tam poco «puede dejar-se al arbitrio de un tercero «la subsistencia de la institucion de heredero ó de la manda, ni la designacion «de su cantidad; pero si el repartimiento, «cuando la disposicion comprende á toda «una classe de personas, como parientes, «pobres y criados».

No artigo 669.º do Codigo de processo civil preceitua-se, porem, que a herança que tiver de ser repartida por certa generalidade de pessoas, nos termos do artigo 1740.º § unico do Codigo civil, não poderá ser partilhada, sem preceder sentença que determine quaes são os interessados, e esse artigo está collocado numa divisão que tem por epigraphe — *Da determinação dos herdeiros instituidos genericamente*.

No modo por que regulou a disposição consignada no § unico do artigo 1740.º, o legislador não só a circumscreveu indevidamente aos herdeiros instituidos genericamente, mas retirou ao testador a faculdade que o Codigo civil lhe reconhecia de commetter a um terceiro a repartição da herança.

Será accetavel esta modificação?

Parece-nos que não.

Ao consignar no Codigo civil o § unico do artigo 1740.º, o legislador teve sem duvida alguma em vista facilitar as liberalidades testamentarias em beneficio dos pobres e de instituições de beneficencia, permitindo que o testador commettesse a terceiros, em quem depositasse plena confiança, a repartição da herança ou do legado. E como a pessoa incumbida dessa missão tinha de prestar contas do cumprimento das disposições testamentarias perante as auctoridades administrativas, não poderia haver grave receio de que

se locupletasse á custa do patrimonio com que foram contemplados os pobres. Quando muito, poderia exigir-se que, sendo os pobres instituidos herdeiros, se fizesse um arrolamento judicial da herança.

O processo que o legislador estabeleceu para o caso em que o testador deixe a sua herança para ser distribuida por pessoas pobres, por exemplo, pelas viúvas ou tuberculosos de uma determinada circumscripção, é que se nos afigura inadmissivel.

O testador pode deixar a herança para ser distribuida, não por todas as viúvas e tuberculosos, mas por um certo numero, cuja escolha pertença ao terceiro incumbido da repartição da herança, caso em que a habilitação dos interessados não poderá ter logar nos termos do Codigo de processo civil, e, em qualquer hypothese, essa habilitação representará uma formalidade morosa, será um encargo para a herança e uma imposição legal contraria á vontade do testador, que commetta a um terceiro a repartição da herança.

Nem ha mesmo, salva a questão do arrolamento dos bens, razão alguma para se fazer distincção entre os herdeiros e os legatarios instituidos genericamente, exigindo a habilitação judicial para esses e não para os outros.

No intuito de promover as liberalidades testamentarias a favor dos desprotegidos da fortuna, parece-nos que deverá ser esclarecido o § unico do artigo 1740.º, redigindo-se da seguinte forma: «O testador pode, todavia, commetter a terceiros a repartição da herança ou do legado, quando sejam deixados a pessoas pobres ou a instituições de beneficencia, instituidas genericamente. «Quando elles sejam instituidos herdeiros, far-se-á o arrolamento judicial dos bens, se, por outro motivo, não tiver de haver «inventario»».

Sendo acceita esta doutrina, terá de ser modificado o artigo 669.º do Codigo de processo civil, não se exigindo processo judicial na hypothese prevista no citado § unico.

O artigo 1742.º declara que a disposição a favor dos parentes do testador, ou dos de outra pessoa, sem designação de quaes, reputar-se-á feita a favor dos parentes mais proximos do testador ou da pessoa indicada, conforme a ordem da successão legal. A nossa jurisprudencia tem interpretado esta disposição, considerando como herdeiros na successão a que sejam chamados os parentes instituidos genericamente, não só os que sejam mais proximos em gráu, mas os que, não o sendo, tenham o direito de representação.

Não existe, porem, a mesma harmonia sobre a interpretação da clausula em que o testador institue os *herdeiros mais proximos*, tendo-se julgado que elle pretende conformar-se com a ordem legal da successão, e tendo portanto de se admittir o direito de representação¹, e que essa expressão significa o mesmo que *parentes mais proximos*, devendo por isso excluir-se da successão os que a ella seriam chamados pelo direito de representação².

Não só se nos afigura que esta doutrina não é conforme á lei, mas somos ainda de parecer que, mesmo no caso em que o testador chame os *parentes mais proximos*, se deve interpretar esta clausula como comprehendendo todos os que, segundo a ordem legal da successão, sejam chamados á herança.

Baseando-se o artigo 1742.º na presumida vontade do testador, e sendo certo que este, tendo a intenção de instituir herdeiros os irmãos, só em casos excepcionaes deixará de contemplar os lillos de qualquer delles que porventura haja fallecido, deve estabelecer-se para a successão testamentaria o mesmo principio que para a legitima.

Nesta conformidade modificariamos assim a redacção do artigo 1742.º: «A disposição a favor dos parentes do testador, dos parentes mais proximos

¹ Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de março de 1895, nesta *Revista*, volume 32.º, n.º 1447, pagina 431.

² Accordão da Relação de Lisboa de 19 de abril de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 8.º anno, pagina 417.

«delle, ou dos de outra pessoa, sem «designação de quaes, reputar-se-á feita «a favor dos parentes que, segundo a «ordem legal da successão, seriam chamados á herança».

O artigo 1754.º em que se preceitua que o testamento pode ser livremente revogado, no todo ou em parte, pelo testador, tem suscitado graves duvidas na nossa jurisprudencia.

Pelo artigo 1739.º *testamento* é o acto, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos ou de parte dos seus bens. No testamento pode haver, porem, disposições ou clausulas que não sejam relativas a bens, e que tenham de produzir o seu effeito por morte do testador, ou que o possam produzir mesmo em vida delle, se porventura o testamento fôr, por qualquer motivo, posto á disposição dos interessados. É assim que no testamento se pode fazer o reconhecimento dos filhos illegítimos (artigo 123.º), o reconhecimento de uma divida.

Ora o direito que o testador tem de revogar o testamento comprehenderá todas as disposições nelle exaradas, ou só aquellas que respeitam á disposição dos bens, ou que, embora não respicem, só devam produzir effeitos por morte?

Na nossa jurisprudencia ainda não se assentou doutrina definitiva a este respeito¹, inclinando-se todavia os tribunaes para a opinião de que a petillhação feita no testamento subsiste, embora este seja revogado². É esta tambem a doutrina que temos sustentado³, e a que se nos afigura mais harmonica com a natureza desse acto juridico.

É authentica a declaração de paternidade ou de maternidade feita num testamento, e, embora este seja revogado,

conserva o mesmo caracter de documento authentico, e portanto podem por elle provar-se todos os factos a que respeita, não ficando a verdade desses factos e a sua consequente efficacia juridica, quando não sejam declarações de ultima vontade, dependente da faculdade que o testador tem de revogar as disposições testamentarias.

(Continúa).

¹ Veja-se o dr. Henriques da Silva, *Da revogação no direito testamentario*, paginas 154 a 157, conselheiro Dias Ferreira, obra e edição citada, tomo 1.º, pagina 107.

² Vejam-se os accordãos da Relação do Porto de 23 de abril de 1875, nesta *Revista*, volume 10.º, n.º 492, pagina 379, e de 12 de dezembro de 1882, no *Direito*, volume 18.º, pagina 238.

³ Veja-se o volume 12.º, n.º 582, pagina 149, e volume 27.º, n.º 1281, pagina 182.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1613, pagina 292)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). O unico argumento digno de ponderação, que se tem adduzido contra a doutrina de que a perfilhação feita em testamento é irrevogavel, é o de que essa perfilhação não produz effeitos senão por morte do testador, como é evidente se o testamento fôr cerrado, e não o é menos se fôr publico, visto que este testamento, não sendo permittido aos notarios passar copias delle e certificados da sua existencia senão ao testador ou a mandatario especial seu (decreto de 14 de setembro de 1900, artigo 77.º), não pode ser invocado contra o testador emquanto fôr vivo.

Sendo assim, como resulta ainda do confronto entre os n.ºs 2.º e 3.º do § 2.º do artigo 2469.º, em que se impõe aos paes a obrigação de requerer o averbamento do reconhecimento dos filhos illegitimos nos assentos de nascimento, quando o reconhecimento seja feito em escriptura ou auto publico, e não quando o seja em testamento; attribuindo a lei effeitos diversos á perfilhação conforme é feita em escriptura ou auto publico e em testamento, é porque attendeu á natureza especial deste documento — a de elle ser revogavel por mero arbitrio do testador, não resultando para pessoa alguma direitos adquiridos das declarações que nelle faça o testador, senão por morte deste.

Sendo secreto o testamento cerrado, e considerando a lei secreto tambem o testamento publico, certo é que o lillo perfilhado só poderá, salvas hypotheses excepcionaes, como a de, em caso de ausencia, ter de deferir-se a curadoria definitiva (Codigo civil, artigo 66.º), tornar effectivos os seus direitos por morte do testador. Essa circumstancia, que depende do facto de o testamento ser secreto e não do seu character de revogabilidade, e tanto que a perfilhação feita numa procuração publica produz effeitos immediatos apesar de a procuração ser tambem revogavel a arbitrio do mandante, de modo

algun invalida a doutrina que sustentamos.

Sem duvida a perfilhação feita em testamento só pode tornar-se effectiva pela apresentação delle. Verificado este facto, é que se torna indifferente que o testamento tenha ou não sido revogado, e até que elle seja annullado por falta de formalidades externas, quando possa valer como escriptura publica. Em qualquer desses casos ha um documento authenticico por que se prova a liliação, e os paes não poderão retractar a declaração que nelle fizeram.

Nem seria admissivel que a lei attribuisse aos paes o direito de ora confessarem, ora negarem, como lhes aprouvesse, um facto que, embora possa ser duvidoso relativamente ao pae, não o deve ser perante a lei, desde que elle o declarou authenticamente, attentos os effeitos que dessa declaração resultam. Em materia tão grave, como é a da petillhação, o legislador não pode admittir que os paes procedam de animo leve, nem deixal-a sujeita a caprichos e velleidades de momento.

Parece-nos, pois, que a doutrina que sustenta a irrevogabilidade da perfilhação feita num testamento é não só a mais conforme á lei, mas a mais consentanea com a natureza daquelle acto. O testamento deve ser livremente revogavel nas disposições que representam liberalidades, ou um mero acto da sua vontade, como as relativas a bens ou a nomeação de tutor aos filhos; quando no testamento se confessem factos de que dependam direitos de terceiro, essas declarações devem produzir os mesmos effeitos, que se fossem feitas numa escriptura ou em auto publico.

Neste sentido, e para remover quaesquer duvidas, intendemos que o artigo 1754.º deverá ser assim redigido: «O testamento, considerado como tal, pode ser livremente revogado, no todo ou em parte, pelo testador, que não pode renunciar este direito».

No § unico do artigo 1755.º dispõe-se que, «se o testamento revogatorio con-

«tiver tambem disposição de bens, e nesta parte fór annullado por falta de alguma formalidade, surtirá comtudo a revogação o sen effeito, e o testamento poderá valer como escriptura publica».

O conselheiro Dias Ferreira, interpretando este artigo, diz: «O testamento nullo só pode revogar testamento anterior valido, quando tiver tambem disposição de bens, nesta parte fór annullado por falta de solemnidades, e reunir os requisitos da escriptura publica»¹.

Para o illustrado commentador, quando o testamento revogatorio não contenha disposição de bens, não pode, embora reúna os requisitos da escriptura publica, annullar o testamento anterior. E é o que, por argumento *à contrario sensu*, parece dever deduzir-se da disposição citada.

Confrontando-se, porem, esta disposição com a exarada no artigo 1755.º, vê-se que, sempre que o testamento revogatorio possa valer como escriptura publica, annulla, embora não contenha disposição de bens, o testamento anterior, não tendo o legislador em vista pela referida disposição senão resolver as duvidas que poderiam suscitar-se sobre se o testamento annullado por falta de formalidades externas, mas que satisfizesse aos requisitos que pelo artigo 2495.º e legislação especial applicavel se exigem nos documentos authenticicos extra-officiaes, produzia effeito no que tocam á revogação de um testamento anterior².

Para exprimir este pensamento, preferivel era a redacção do artigo correspondente do Projecto primitivo (artigo 1887.º § unico): «Se o testamento revogatorio fór annullado por falta de alguma solemnidade, surtirá comtudo a revogação o seu effeito, podendo valer como escriptura publica».

¹ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 300.

² Veja-se esta *Revista*, volume 7.º, n.º 322, pagina 147.

O artigo 1766.º, em que se dispõe que «os casados segundo o costume do reino não podem dispôr determinadamente de certos bens do casal, salvo se «esses bens lhes tocarem em partilha, ou «não tiverem entrado em communhão», têm suscitado graves duvidas.

Antes de nos referirmos a ellas, notaremos que conveniente seria generalisar a disposição consignada no citado artigo, que não é applicavel só aos casados segundo o costume do reino, mas aos casados segundo qualquer systema de bens em que haja, embora excepcionalmente, bens communs, visto que o regimen, a que estes ficam sujeitos, é o mesmo.

Sendo os bens communs, os conjuges, como quaesquer com-proprietarios, não podem dispôr especificadamente desses bens, nem de nenhuma parte delles, por disposição de ultima vontade.

Será, porem, nulla a clausula testamentaria em que se disponha especificadamente de uma coisa commum? E, no caso affirmativo, o que significam as palavras do artigo 1766.º «salvo se lhes tocarem em partilha»?

Em alguns accordãos tem-se julgado que o casado segundo o costume do reino só pode dispôr determinadamente dos bens communs, quando estes lhe hajam tocado em partilha anterior, e até se tem affirmado que a annuencia do conjuge sobrevivo a uma disposição de bens communs, que não hajam tocado em partilha ao testador, não sana a nullidade dessa disposição¹.

Em outros accordãos tem-se sustentado a doutrina de que o legado de bens communs feito pelo conjuge é sempre valido, quer esses bens toquem, quer não, aos herdeiros do testador na meação que a estes pertencer, devendo no primeiro caso

entregar-se ao legatario a coisa legada e no segundo o seu valor¹.

Foi esta a doutrina que expendemos nesta *Revista*², e é a que, em nosso parecer, melhor traduz o pensamento do legislador.

As palavras «se lhes tocarem em partilha» não podem de modo algum referir-se a qualquer partilha anterior á morte do testador, porque, nesse caso, não haveria coisa commum, mas uma coisa já propria do testador no momento em que a disposição produz os seus effeitos. É tanto assim é que, segundo o disposto no artigo 1802.º, se a coisa legada, que não pertencia ao testador no momento da feitura do testamento, se tiver depois tornado sua por qualquer titulo, a disposição testamentaria produz o mesmo effeito que se ella já pertencesse ao testador no momento da feitura do testamento.

Por outro lado, no artigo 1804.º preceitua-se que, se o testador fôr senhor tão somente de parte da coisa legada, o legado valerá pelo que respeita a essa parte, e se o testador estiver convencido de que a coisa lhe pertencia toda, o herdeiro tem de adquirir a parte a que elle não tinha direito, ou de pagar ao legatario o seu valor.

Combinando estas disposições, parece que não pode considerar-se nullo o legado em que o testador deixe uma coisa commum, devendo o legado ser cumprido em especie pelos herdeiros, se a coisa legada pertencer á sua meação, ou, na hypothese contraria, ser entregue ao legatario o valor da coisa legada.

Em harmonia com a doutrina exposta, a redacção do artigo 1766.º deveria ser assim modificada: «Os casados só podem «dispôr determinadamente dos bens communs, para o caso de esses bens tocarem em partilha aos seus herdeiros, que «serão responsaveis pelo valor dos bens «deixados, se elles tocarem em partilha «ao conjuge do testador».

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1888 e de 13 de dezembro de 1889, da Relação do Porto de 10 de março de 1882, nesta *Revista*, volume 31.º, n.º 1395, pagina 144, e volume 20.º, n.º 1014, pagina 410, e da Relação de Lisboa de 19 de julho de 1890, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 4.º anno, pagina 708.

¹ Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 27 de março de 1886, na *Gazeta* citada, volume 1.º, pagina 653.

² Veja-se o volume 2.º, n.º 101, pagina 832.

No artigo 1772.º preceitua-se que o testador não pode dispôr em favor do tabellião que lhe fez o testamento, ou auto de aprovação do testamento cerrado, nem das testemunhas que intervenham num ou noutro, determinando-se no artigo 1773.º que a infracção desse preceito apenas produz a nullidade da disposição testamentaria a que o mesmo artigo respeita.

Pelo artigo 2495.º n.º 2.º parece, porém, que deve considerar-se nullo o testamento, e não somente a disposição em que seja interessado o notario, quando o testamento não seja feito a favor delle, mas dos seus ascendentes, descendentes, irmãos ou conjuge, seu ou de algum delles, e o mesmo se deverá dizer a respeito do testamento em que intervenham, como testemunhas, os ascendentes e descendentes, o sogro ou a sogra e o conjuge do herdeiro ou do legatario instituido no testamento, se, como é opinião nossa, o artigo 2511.º se considerar applicavel ás testemunhas em actos entre vivos ou em testamento.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta esta doutrina sem hesitações, dizendo que «não pode todavia deixar de reconhecer-se que declarar *nullo* unicamente na «parte relativa ao respectivo beneficio o «testamento em que o herdeiro ou outro «qualquer beneficiado intervem como testemunha e absolutamente nullo o testamento em que intervem, não o proprio «interessado, mas os parentes, affins e «mais pessoas comprehendidas em os «n.ºs 1.º a 4.º do artigo 2511.º, é uma «incoherencia que provavelmente resultou «de não se ter harmonisado com a doutrina do artigo 2495.º n.º 2.º o preceito «do artigo 1773.º, introduzido pela Commissão revisora»¹.

Na opinião do illustrado commentador, esta incoherencia teria desaparecido, pelo que respeita ao notario, em virtude do que dispõe o decreto de 14 de setembro de 1900 no artigo 36.º n.ºs 2.º e 3.º, visto ser prohibido a qualquer notario exercer

ou auctorisar com a sua intervenção qualquer acto do seu officio em que seja interessado, quer directamente, quer por qualquer das pessoas incluidas no n.º 2.º do artigo 2495.º

Não subscrevemos esta opinião, porque, sendo a disposição do artigo 1772.º especial, não pode considerar-se revogada pelo decreto de 14 de setembro, que não faz mais do que reproduzir, sob outra forma, o disposto no artigo 2495.º n.º 2.º do Codigo civil.

Quanto a considerar-se absolutamente nullo o testamento em que intervenham como testemunhas os parentes do notario ou do herdeiro ou legatario, seria sufficiente a incoherencia do legislador, se fosse verdadeira a interpretação exposta, incoherencia que o illustre commentador é o primeiro a reconhecer, para que se devesse examinar cuidadosamente se seria possivel harmonisar as disposições citadas. Ora parece-nos que as palavras — *em favor do tabellião* — abrangem tanto as disposições em que elle seja directamente contemplado, como aquellas em que o seja indirectamente, ou por interpostas pessoas, e o mesmo sentido se deverá dar ao artigo citado pelo que respeita aos herdeiros ou legatarios.

Com esta interpretação desaparece a incoherencia notada.

Não ha, devemos confessal-o, uma disposição pela qual as pessoas mencionadas no artigo 2495.º n.º 2.º e 2511.º se devam considerar interpostas pessoas, e necessario é que o artigo 1772.º seja remodelado para evitar as duvidas que pode suscitar.

(Continúa).

¹ *Obra citada*, tomo 3.º, pagina 321.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1614, pagina 308)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). No artigo 1783.º preceitua-se que é applicavel ás disposições testamentarias o que ácerca das doações se acha ordenado no artigo 1481.º, e no nosso fóro já se sustentou a doutrina de que os ascendentes, os descendentes e o conjuge do notario que faz o testamento publico ou auto de approvação do testamento cerrado, da pessoa que escreve este, ou das testemunhas que interveem no testamento publico ou auto de approvação do testamento cerrado, se devem considerar como interpostas pessoas, sendo havidas por esse motivo como nullas as disposições testamentarias em

que sejam contemplados o notario, a pessoa que escreve o testamento, ou as testemunhas que interveem nelle ou no auto de approvação.

Se esta doutrina fosse verdadeira, desapareceria, mas só em parte, a incoherencia que existe entre os artigos 1772.º, 1773.º, 2495.º n.º 2.º e 2511.º n.ºs 2.º a 4.º; parece-nos, porem, que ella é inaceitavel.

A disposição consignada no artigo 1772.º não se fundamenta na incapacidade relativa ou absoluta de adquirir por testamento, tendo apenas por fim evitar que este não seja a expressão da vontade do testador. Sendo assim, provindo a nullidade da disposição testamentaria, nas hypotheses previstas no artigo 1772.º, unicamente do facto da feitura do testamento e do auto de approvação, ou da intervenção como testemunhas num ou noutro, vê-se que nenhum cabimento pode ter, nos casos que o artigo 1772.º regula, o disposto no artigo 1481.º

Tracta este artigo das doações feitas a pessoas *inhabeis simuladamente*, com a *apparencia de outro contracto*, ou por *interposta pessoa*. Ora a simulação consiste em, pela propria intenção das partes contractantes ou disponentes, não corresponder a vontade á sua manifestação, e, na

hypothese que estamos discutindo, dar-se-ia a simulação em instituir herdeiro ou legatario, em vez do notario, da pessoa que escreve o testamento e das testemunhas que nelle interveem ou no auto de approvação, os ascendentes, descendentes ou consortes delles, quando só se tornam inhabeis para receber a herança ou o legado pelo facto de haverem feito o testamento ou intervindo nelle. A liberalidade testamentaria não seria feita portanto a uma pessoa inhabil, mas a uma pessoa que o ficaria sendo no proprio momento em que se fazia o testamento, pelo facto de o escrever ou de nelle intervir como testemunha.

Para que o legislador podésse attribuir ao testador simulação em tal caso, era necessario suppór que este não estava no uso pleno das suas faculdades mentaes.

O artigo 1783.º só é applicavel, em nosso parecer, ás disposições testamentarias em que se instituam herdeiras ou legatarias pessoas a favor das quaes não seja permittido ao testador fazer liberalidades, como ao menor em beneficio do tutor, dos seus mestres, pedagogos ou pessoas a cujo cuidado estejam entregues, e a qualquer testador em beneficio das religiosas professas.

Quando o artigo 1783.º, contra a doutrina que acabamos de expender, fosse applicavel nas hypotheses previstas no artigo 1772.º, só em parte, como já notámos, desappareceria a incoherencia entre esse artigo e os artigos 2495.º n.º 2.º e 2511.º n.ºs 2.º a 4.º, pois que, quando não se accete a doutrina de que as liberalidades feitas a favor das pessoas nestes artigos indicadas o são indirectamente a favor do notario, da pessoa que escreve o testamento, ou das que nelle interveem como testemunhas, as quaes, só por esse motivo, se devem considerar interpostas pessoas, terão de considerar-se absolutamente nulos os testamentos em que intervenham como testemunhas os irmãos e cunhados dos notarios e os sogros ou genros dos herdeiros ou legatarios.

Em harmonia com as considerações feitas acrescentariamos ao artigo 1772.º

o seguinte § unico: «Considerar-se-ão como feitas em favor de qualquer das «pessoas neste artigo indicadas as disposições testamentarias em favor das «pessoas indicadas nos artigos 2495.º «n.º 2.º e 2511.º n.ºs 2.º a 4.º».

O artigo 1780.º deve harmonisar-se com o disposto no artigo 232.º, e tanto um como outro devem referir-se não só ao n.º 3.º do artigo 235.º, mas tambem aos n.ºs 1.º e 2.º

No artigo 1781.º § unico preceitua-se que as corporações de instituição ecclesiastica só poderão succeder até o valor do terço da terça do testador.

Na nossa jurisprudencia tem-se combinado esta disposição com a exarada no artigo 1775.º, intendendo-se que as corporações de instituição ecclesiastica só podem succeder até o terço da terça do testador, quando a deixa tenha por fim suffragar a alma do testador, e não quando seja destinada para obras de beneficencia ou de utilidade publica.

Ainda assim, a distincção entre associações civis e de instituição ecclesiastica é, sob este ponto de vista, muito importante, porque o testador pode deixar a herança ou legado sem applicação determinada e, quando assim succeda, se o herdeiro ou legatario fór uma corporação de instituição ecclesiastica, a herança ou legado terá de ser reduzido, quando exceda os limites fixados no § unico do artigo 1781.º

Ora não pode considerar-se definitivamente assente na nossa jurisprudencia o que deva intender-se por pessoas moraes de instituição ecclesiastica.

Baseando-se nos trabalhos da Comissão revisora¹, ha quem considere como corporações de instituição ecclesiastica «as que se empregam principalmente no serviço espirital ou em «suffragar as almas, em conformidade das «propostas apresentadas pelos srs. José

¹ Vejam-se as *Actas*, paginas 270, 271 e 304 a 306.

«Julio de Oliveira Pinto e Ferreira Lima, «que são o melhor commentario ás palavras — *instituição ecclesiastica*»¹. Neste sentido deveriam considerar-se como de instituição ecclesiastica não só os cabidos ou quaesquer outras corporações que estejam directamente subordinadas ás auctoridades ecclesiasticas, mas as confrarias e irmandades, cujo fim principal é suffragar as almas.

Embora, porem, ás confrarias e irmandades tenham principalmente este fim, não ha duvida alguma de que estão directamente subordinadas ás auctoridades civis, e que, sob este ponto de vista, não podem considerar-se corporações de instituição ecclesiastica, mas de instituição civil, e assim estão julgando os nossos tribunaes, não considerando as irmandades e confrarias comprehendidas no § unico do artigo 1781.^o².

Por esta jurisprudencia, só se devem considerar corporações de instituição ecclesiastica as que, tendo por fim serviços espirituaes, estejam directamente subordinadas ás auctoridades ecclesiasticas.

Para que se torne, porem, effectiva a disposição exarada no artigo 1775.^o, não basta que se considerem como corporações de instituição ecclesiastica as que estejam subordinadas a estas auctoridades; devem tambem considerar-se como taes as irmandades e confrarias, visto que o seu fim principal são os actos do culto, e que as heranças ou legados serão destinados principalmente a esse fim, se o testador não ordenar que tenham uma applicação especial.

Para este effeito, a redacção do § unico do artigo 1781.^o deveria ser assim modificada: «As corporações que tenham principalmente por fim o culto religioso, só «poderão succeder até o valor do terço «da terça do testador, se este não der

«á herança ou legado applicação especial, «diversa da indicada no artigo 1775.^o».

Com esta redacção o artigo 1781.^o § unico traduziria, em nosso parecer, a doutrina que se acha sancionada no Codigo ácerca da capacidade das pessoas moraes para succederem como herdeiras ou legatarias, perante a qual as proprias associações de character religioso, que se constituam nos termos do decreto de 18 de abril de 1901, não estão sujeitas, attentos os seus fins, á limitação do citado § unico. São associações que não teem por fim interesses materiaes ou economicos, mas espirituaes, nos termos do artigo 35.^o § 2.^o n.^o 2.^o, mas não teem como fim principal, nem podem ter, o culto religioso.

Teria o seu logar proprio, na secção em que o Codigo tracta da capacidade para adquirir por testamento, uma disposição em que se resolvesse a questão, que tem sido largamente debatida na jurisprudencia francesa e italiana, e sobre a qual já emitimos parecer nesta *Revista*¹, se os estabelecimentos de piedade e de beneficencia ou outros estabelecimentos de utilidade publica, ainda não existentes, ou que não tenham sido legalmente auctorizados, podem adquirir por testamento.

Julgamos a este respeito accetavel, não só sob o ponto de vista exegetico, mas doutrinal, o parecer que demos. Nem pode dizer-se que se admittirá nesse caso a successão a favor de uma pessoa que ainda não existe, pois que essas liberalidades são feitas em beneficio das pessoas que o estabelecimento que se deve fundar é destinado a contemplar.

Para resolver a questão referida, acrescentariamos o seguinte ao artigo 1781.^o: «Se forem instituidos herdeiros ou legatarios estabelecimentos de utilidade «publica, que não existam, ou não tenham individualidade juridica ao tempo «da abertura da herança, a liberalidade

¹ Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anotado*, 2.^a edição, tomo 3.^o, pagina 329.

² Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1886, nesta *Revista*, volume 28.^o, pagina 446, e da Relação do Porto de 22 de novembro de 1901, na *Revista dos tribunaes*, 20.^o anno, pagina 196.

¹ Vide o volume 21.^o, n.^o 1073, pagina 519.

«testamentaria será applicada ao fim a que
«o testador a destinar».

No artigo 1792.º declara-se que o herdeiro responde por todas as dividas e legados do autor da herança, até por seus proprios bens, salvo se acceitar a herança a beneficio de inventario, e no artigo 1800.º determina-se, em harmonia com esta disposição, que o herdeiro ou herdeiros, que tiverem administrado a herança absorvida por legados, só terão direito a serem indemnizados pelos legatarios das despesas que houverem feito com a herança, se a tiverem acceitado a beneficio de inventario.

Pelo artigo 2019.º § unico a differença que existe entre a acceitação da herança pura e simples e a beneficio de inventario é a de que, no primeiro caso, incumbe ao herdeiro provar que ella não consta de bens sufficientes para pagamento dos encargos, ao passo que, se fôr acceita a beneficio de inventario, incumbe aos credores a prova de que ha outros bens na herança alem dos inventariados.

Como se vê pelo seu simples confronto, ha entre os artigos 1792.º, 1800.º e 2019.º § unico irreductivel antinomia, a qual se explica pelas alterações que a Commissão revisora introduziu no artigo 2181.º do Projecto primitivo, correspondente ao artigo 2019.º § unico¹, não modificando os artigos 1924.º e 1932.º correspondentes aos artigos 1792.º e 1800.º do Codigo.

Na jurisprudencia tem-se applicado o artigo 2019.º § unico de preferencia ao artigo 1792.º, já por ser aquelle o assento proprio da materia relativa á acceitação da herança, já por traduzir o pensamento da Commissão revisora, e ainda porque a doutrina nelle sancionada é a mais acceitavel. Numa revisão do Codigo devem, porem, harmonisar-se as disposições referidas.

(Continúa).

¹ Vejam-se as *Actas*, paginas 273, 274, 303 e 657, e os *Projectos* de 1863, artigo 2069.º, e de 1864, artigo 2054.º

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1615, pagina 324)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). O artigo 1796.º deve harmonisar-se com o artigo 1736.º no que respeita á redacção.

Por este artigo considera-se herdeiro o que succede na totalidade da herança, ou em parte della, sem determinação de valor ou de objecto, e legatario o que succede em valor ou objectos determinados, ou em certa parte delles. Pode portanto o herdeiro succeder numa parte da herança, certa e determinada, mas sem determinação de valor ou de objecto, sendo esta ultima circumstancia que cara-

cterisa o legado, e tanto que a mesma pessoa pode ser conjunctamente herdeira e legatario.

Pelo artigo 1796.º parece, porem, que deve considerar-se legatario o que succeda numa parte determinada da herança, embora não haja especificação de valor ou objectos, e, tomando por base este artigo, já entre nós se julgou¹ que o individuo instituido na terça não era herdeiro, mas legatario. Não existe actualmente na nossa jurisprudencia, salva a hypothese do artigo 1814.º, a que já nos referimos, quem sustente essa doutrina, mas conveniente será que a expressão *de certa e determinada parte da herança* seja substituida por — *de certos e determinados objectos da herança, ou de parte delles*, e a palavra — *parte*, que se lê no fim do artigo, por — *deixa*.

O artigo 1808.º tem suscitado graves duvidas.

Preceitua-se nesse artigo que a condição, que inhibir o herdeiro ou o lega-

¹ Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de abril de 1878, e da Relação do Porto de 30 de abril de 1873, nesta *Revista*, volume 16.º, n.º 810, pagina 479, e volume 19.º, n.º 960, pagina 379.

tario de casar-se ou de deixar de casar-se, haver-se-á por não escripta, excepto sendo imposta ao viuvo ou viuva com filhos pelo conjuge fallecido, ou pelos ascendentes ou descendentes deste.

Pelo modo como o artigo citado está redigido parece que deve considerar-se valida a condição que inhibir o viuvo ou viuva com filhos de deixar de casar-se, o que é contrario ao fim que o legislador teve em vista, referindo-se a excepção unicamente á condição que inhibir o herdeiro ou legatario de casar-se. Nisto está a nossa jurisprudencia de accôrdo.

Não o está, porem, sobre se a condição que inhiba o herdeiro ou legatario de casar-se ou deixar de casar-se deve considerar-se só de um modo absoluto, ou tambem de um modo relativo, e se comprehende qualquer condição limitativa da liberdade de casar.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta que «a condição de casar ou de não casar com certa e determinada pessoa, ou em certa e determinada classe, não está comprehendida na disposição irritante do artigo, porque não importa a prohibição de casar ou de não casar».

O illustrado commentador reconhece que essa condição «cercêa inquestionavelmente a liberdade de escolha, porque importa a condemnação ao celibato desde que ao instituido não agrada a pessoa indicada», e que «a condição de casar ou de não casar mesmo só com relação a certa e determinada pessoa é bem mais grave e mais offensiva da liberdade do que a de tomar ou de deixar de tomar certa e determinada profissão»; mas a estas considerações contrapõe a de que «a condição de casar ou de não casar com certa e determinada pessoa, ou com pessoa de certa e determinada classe, parece tambem inspirada no desejo de beneficiar ou de excluir essa pessoa determinada ou essa classe determinada».

Sustenta ainda o conceituado commentador que não está comprehendida no artigo 1808.º a deixa dependente do estado de solteiro, de casado, ou de

viuvo, ao tempo da morte do testador¹.

Nesta *Revista*², em que tractámos desenvolvimento do assumpto, fazendo a historia do artigo 1808.º, sustentámos que este artigo comprehendia tanto a condição absoluta como a relativa de o herdeiro ou legatario casar-se ou deixar de casar-se, devendo por isso ter-se por não escripta, não só a condição de casar ou deixar de casar, mas tambem a de casar ou não casar com uma pessoa determinada ou de determinada classe; que para essa condição ser havida por não escripta, era necessario que inhibisse perpetuamente e não temporariamente o herdeiro ou legatario de casar-se ou deixar de casar-se; e que era valida a disposição que ficasse dependente de o herdeiro ou legatario se encontrar no estado de solteiro, casado ou viuvo, ao tempo em que devia adquirir direito á herança ou ao legado.

É esta a doutrina que julgamos mais accetivel, não só exegeticamente, mas tambem em theoria.

Pelo artigo 713.º do Projecto do Codigo civil hespanhol de 1851 apenas se considerava nulla a prohibição absoluta de não casar, e, em harmonia com esse artigo, que o auctor do Codigo teve sem duvida em vista ao redigir o artigo 1941.º do Projecto primitivo, correspondente ao artigo 1808.º do Codigo, um dos membros da Commissão revisora propoz que o artigo se limitasse á condição que inhibisse absolutamente o herdeiro ou legatario de se casar, e outro que, se não fosse aceita aquella proposta, o artigo fosse redigido de modo que se considerasse nulla a condição que *por qualquer modo* importasse restricção á liberdade natural de tomar ou deixar de tomar qualquer estado³. A rejeição destas pro-

¹ *Codigo civil português annoado*, 2.ª edição, tomo 3.º, paginas 361 e 362.

² Volume 32.º, n.º 1450, pagina 472.

³ Vejam-se as *Actas*, pagina 274.

postas pela Comissão revisora mostra que esta não quiz apenas considerar não escripta a condição que absolutamente iniba o herdeiro ou legatario de casar ou não casar, e que tambem não considerou sempre nulla a condição que por qualquer modo importe restricção a essa liberdade. E, não sendo valida a condição que imponha ao herdeiro ou legatario uma certa e determinada profissão, o legislador não seria coerente, se não considerasse nulla a condição de casar com uma determinada pessoa.

Deve notar-se ainda que, em certas circumstancias, a condição de casar ou não casar com uma pessoa determinada, ou de certa classe, significaria a prohibição absoluta de casar, ou a preterição, pelo herdeiro ou legatario, do cumprimento de deveres, que o legislador de modo algum deve promover.

Pode, porem, o testador, tendo em consideração as necessidades que resultam de um determinado estado, contemplar o herdeiro ou legatario, emquanto se encontrar nesse estado; e, se é certo que uma deixa nessas condições constitue uma limitação de ordem economica á sua liberdade de mudar de estado, não o é menos que se não deve coarctar a liberdade do testador, quando della use para fins legitimos. Intendemos, pois, que deve considerar-se valida a instituição de herdeiro ou legatario sob a condição — se tiver filhos, a qual tanto pode ser imposta a uma pessoa solteira como casada, e que tambem assim deve considerar-se a herança ou legado deixado a uma pessoa, emquanto se conservar solteira ou viuva.

Na jurisprudencia dos tribunaes tem-se considerado valida a disposição que não iniba perpetuamente o herdeiro ou legatario de se casar ou deixar de casar-se, mas constitua apenas uma restricção á sua liberdade, como a que deixe os bens em propriedade ou usufructo conforme o estado do contemplado, a de que os bens passarão a um terceiro, se o instituido não casar ou não tiver filhos, a de que só entrará na posse da herança, quando mudé

de estado¹. Não existe, porem, uniformidade de julgar pelo que respeita á condição de casar ou não casar com uma determinada pessoa ou de certa classe. Assim, tem-se julgado em alguns accordões que essa condição se considera não escripta², e em outros que é valida³.

Conveniente é, pois, que se resolva authenticamente esta duvida.

Tambem deveria modificar-se o artigo 1808.º, na parte relativa á condição que inibe o viuvo ou viuva de casar, de modo que comprehenda o caso de haver quaesquer descendentes e não só os lillios, e limitar-se essa disposição ao caso em que haja descendentes do viuvo e do conjuge fallecido. O facto de só este e os ascendentes ou descendentes delle poderem impôr essa condição revela, que foi esse o pensamento do legislador, mas no artigo não se faz distincção alguma.

Em harmonia com as considerações que acabamos de fazer redigiriamos assim o artigo 1808.º:

«A condição, que absolutamente inibir «o herdeiro ou legatario de casar-se ou «deixar de casar-se, ou de se casar ou «deixar de casar-se com determinadas «pessoas, excepto a que iniba de casar-se «quando seja imposta aos viuvos com descendentes delle e do conjuge fallecido «por este ou pelos seus ascendentes ou «descendentes, e bem assim a que o «obrigar a tomar ou deixar de tomar «o estado ecclesiastico ou certa e determinada profissão, haver-se-á por não «escripta».

§ unico. «Esta disposição não abrange «as deixas que fiquem dependentes do «estado do herdeiro ou legatario ao tempo «em que este adquira direitos, nem as «que, não inibindo o herdeiro ou lega-

¹ Veja-se o accordão da Relação do Porto de 12 de julho de 1901, na *Revista dos tribunaes*, volume 20.º, pagina 166.

² Veja-se o accordão da Relação do Porto de 17 de novembro de 1874, nesta *Revista*, 8.º anno, n.º 398, pagina 544.

³ Veja-se o accordão da Relação do Porto de 12 de fevereiro de 1901, na *Revista dos tribunaes*, volume 19.º, pagina 277.

«tario de casar-se ou deixar de casar-se, «apenas fiquem dependentes do seu «estado».

O artigo 1818.º deve harmonisar-se com o artigo 1771.º

Por este artigo o conjuge adultero só não pode dispôr a favor do co-autor condemnado como tal, se o adulterio tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador, ao passo que, pelo artigo 1818.º, se o marido legar qualquer cousa á sua concubina, como sendo devida por elle, esse legado será nullo, se tal cousa realmente não fôr devida, embora o adulterio, ou antes o facto do concubinato, não tenha sido judicialmente provado em vida do testador.

Se a disposição consignada no artigo 1771.º tem por fim, no que respeita á prova do adulterio anteriormente á morte do testador, evitar que depois da morte deste haja processos escandalosos e se infame a sua memoria, e se essa razão é acceitavel, significará a condemnação da que se acha exarada no artigo 1818.º E não poderá em todo o caso justificar-se que o marido contemple como herdeira ou legataria a sua concubina, desde que não declare que o legado é feito a titulo de divida, e se deva considerar nullo o legado quando faça essa declaração, e ella não corresponda á verdade, nem tão pouco a distincção que a esse respeito se faz entre o marido e a mulher, considerando-se valido, relativamente a ella, o que é nullo se fôr feito pelo marido.

A antinomia que estamos notando entre os artigos 1771.º e 1818.º deriva do facto de a Comissão revisora haver introduzido o artigo 1481.º, que não tinha correspondente no Projecto primitivo, esquecendo-se de harmonisar com elle o artigo 1818.º¹.

Para que essa antinomia desapareça, o artigo 1818.º deverá ser assim modificado na sua ultima parte: «salvo se o «legatario fôr incapaz de a haver por tes-«tamento».

(*Continúa*).

¹ Vejam-se as *Actas*, pagina 235.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1616, pagina 340)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). O artigo 1846.º deve harmonisar-se com os artigos 906.º n.º 8.º e 935.º

Por estes artigos os legatarios de quantia ou valor determinado, ou de prestações periodicas, gosam de hypotheca legal, nos bens sujeitos ao encargo do legado para pagamento do mesmo, sendo essa hypotheca constituida por testamento e registada em relação aos bens sujeitos ao pagamento do legado.

No artigo 1846.º e § unico concede-se ao legatario o direito de hypotheca sobre os immoveis que os herdeiros houverem do testador, e, quando algum dos her-

deiros fique especialmente obrigado ao pagamento, sobre os immoveis que couberem em partilha a esse co-herdeiro.

Parece-nos que, mesmo no caso em que o testador não haja especificado os bens que devem constituir a hypotheca, o legatario não poderá, quando o legado haja sido estabelecido sobre bens determinados, registrar a hypotheca em relação a outros bens, devendo modificar-se da seguinte forma a redacção do artigo 1846.º:

«Os immoveis, que os herdeiros houverem do testador, ficarão hypothecariamente obrigados ao pagamento dos legados, salvo se o testador houver designado alguns para esse effeito, ou se o legado recair sobre determinados bens immobiliarios, nos termos do artigo 906.º n.º 8.º».

O artigo 1848.º obriga os herdeiros ou legatarios a prestar caução, se a herança ou legado fôr deixado sob a condição de que elles não dêem ou não façam tal cousa, salvo o que fica disposto no artigo 1808.º

O conselheiro Dias Ferreira diz, commentando este artigo: «A caução exigida tanto para as obrigações negativas que consistem em não dar ou em não fazer, como para as affirmativas que consistem em dar ou fazer, não se amplia á condição de não casar, imposta ao viuvo com lillos nos termos do artigo, nem

«á que obriga o instituido a tomar ou «deixar de tomar o estado ecclesiastico «ou certa e determinada profissão, ou «por se reputarem não escriptas taes «condições; ou porque o rompimento das «condições, quando são validas, importaria «logo a quebra do beneficio»¹.

O artigo 1848.º não se refere ás condições potestativas positivas, porque essas são suspensivas e não resolutivas, sendo os herdeiros ou legatarios instituidos sob essa condição que tem o direito de exigir caução; e a excepção consignada no artigo 1808.º só pode justificar-se, attendendo a que a condição de não casar é imposta ao viuvo em beneficio dos l'hos, aos quaes a lei não quiz reconhecer esse direito, quando não lhes seja dado pelo testador.

A este respeito não suscita duvidas o artigo 1808.º

Poderão, porem, os herdeiros ou legatarios, instituidos sob uma condição resolutiva casual e não potestativa, ser obrigados a prestar caução? E quaes são os efeitos da condição resolutiva em materia testamentaria?

Sobre estes assumptos é que, em nosso parecer, o Codigo necessita de ser esclarecido.

Referindo-se o artigo 1848.º só ás condições potestativas, parece excluir as casuaes. Acresce que, representando a caução um onus, só deve admittir-se nos casos em que a lei expressamente o imponha.

Correspondendo, porem, a condição resolutiva a uma condição suspensiva, porquanto, verificado o facto de que depende a perda da qualidade de herdeiro ou legatario, succede outra pessoa nos bens, esta, que é assim instituida condicionalmente, parece que tem o direito de exigir caução, em harmonia com o disposto no artigo 1849.º E é esta a doutrina que, em nossa opinião, deve ser expressamente sancionada no Codigo, salvo o caso especificado no artigo 1848.º

Quanto aos efeitos da condição resolutiva, não havendo disposição alguma especial em materia de successão testamentaria, parece que tem de applicar-se os principios geraes, e, em harmonia com estes (artigo 680.º) e com a propria natureza da condição, parece que os efeitos desta devem retroagir ao momento da abertura da herança, sendo o herdeiro ou legatario, quando no testamento se não disponha o contrario, obrigado a restituir os fructos e rendimentos da herança ou do legado.

Escusado será salientar os efeitos que derivarão desta doutrina. A equidade exige que, em materia de successão testamentaria, não se dê effeito retroactivo á condição resolutiva.

Nesta ordem de idéas redigiríamos assim o artigo 1848.º:

«Se a herança ou o legado fôr deixado «sob condição resolutiva, poderão os herdeiros ou legatarios ser obrigados, a «requerimento dos interessados, a prestar «caução, salvo o que fica disposto no «artigo 1808.º».

E acrescentar-lhe-íamos o seguinte

§ unico: «Os herdeiros ou legatarios «instituidos sob condição resolutiva não «são obrigados, salvo se o testador hou- «ver determinado o contrario, a restituir «os fructos e rendimentos da herança ou «da cousa legada».

No artigo 1851.º ha evidentemente um erro de redacção na parte onde se diz *por culpa sua*. Esse erro já foi notado por um dos membros da Comissão revisora¹, parecendo-nos ainda assim que a jurisprudencia não pode dar como provado esse erro, applicando o artigo como se nelle se lesse *sem culpa sua*. Emquanto o artigo não fôr corrigido, parece-nos que não poderá contestar-se ao legatario, que por culpa sua não receba todo o legado, o direito de requerer que os encargos sejam reduzidos proporcionalmente².

¹ Veja-se o *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, paginas 381.

¹ Veja-se a *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4120.

² Confronte-se o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citado, pagina 383.

No artigo 1887.º determina-se que a auctorisação do marido para a mulher ser testamentaria, pode ser judicialmente supprida, sendo a mulher casada com separação de bens.

A separação de bens, a que este artigo se refere, será a separação absoluta, regulada nos artigos 1127.º a 1129.º, ou comprehenderá também a separação de bens em que haja communhão de adquiridos?

Conveniente seria resolver as duvidas que podem suscitar-se a este respeito, no sentido de se referir o artigo 1887.º á separação absoluta.

O artigo 1889.º deve harmonisar-se com o disposto no artigo 1780.º

Por este artigo o testamentario perderá o que lhe fôr deixado em testamento, se se escusar de exercer a testamentaria, seja qual fôr o motivo, ao passo que, pelo disposto no artigo 1889.º, o testamentario, que seja legatario, só perderá o legado, se este lhe fôr deixado por causa da testamentaria.

Não nos parece fundamentada a distincção que se faz entre o herdeiro e o legatario, e intendemos que tanto um como o outro, quando a deixa represente uma mera liberalidade, não devem perder o que no testamento lhes fôr deixado, sobretudo se a escusa se fundamentar num motivo que seja considerado legitimo.

A nossa jurisprudencia, e com justo fundamento, visto que a disposição consignada no artigo 1889.º é especial, não tem applicado o artigo 1780.º á hypothese de o legado não ter sido deixado por causa da testamentaria, segundo o conteúdo do testamento.

Os artigos referidos poderiam ser modificados, referindo-se o artigo 1780.º só ao tutor testamentario, e o artigo 1889.º assim redigido:

«Os tutores testamentarios nomeados podem recusar o encargo; mas, se o fizerem sem justa causa, ou se, nos termos do testamento, forem contemplados como herdeiros ou legatarios por causa

«da testamentaria, não poderão exigir o que lhes tiver sido deixado».

Os artigos 1893.º e 1839.º devem também harmonisar-se.

As differenças que se notam na redacção desses artigos, referindo-se o artigo 1839.º ao caso de o testador não haver nomeado testamentario, e o artigo 1893.º ao impedimento ou escusa do testamentario nomeado; declarando este que, se os herdeiros não estiverem de accôrdo, o juiz nomeará um de entre elles, e não estabelecendo o artigo 1839.º restricção alguma para a nomeação, são injustificaveis, e só se podem attribuir á circumstancia de o artigo 1839.º haver sido deslocado, sendo que o seu assento proprio era na parte em que o Codigo tracta dos testamentarios e não na instituição de herdeiros e legatarios.

Em materia de forma externa dos testamentos, sobre cuja gravidade escusado é fazer considerações, algumas duvidas têm havido na nossa jurisprudencia.

Assim, ha quem sustente que o artigo 1912.º, determinando que o testador declarará a sua vontade perante qualquer tabellião e cinco testemunhas idoneas, admite que essa declaração seja feita verbalmente ou por escripto, ao passo que outros affirmam que o testador tem de fazer a sua declaração de viva voz, não podendo entregar apontamentos escriptos ao tabellião, para que este os copie, declarando-lhe que nelles se encontra o seu testamento ou disposição de ultima vontade¹.

Dizendo-se no artigo citado que o testador *declarará a sua vontade* perante o notario e as testemunhas, parece que a interpretação mais rigorosa é a que só admite a manifestação verbal. Quando o testador entregue ao notario um papel em que se contenha a sua vontade, não declarará qual é a sua vontade senão

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 1.º, pagina 67, e o *Codigo civil portuguez annotado*, tomo citado, pagina 430.

quando esse papel seja lido, e, se o não fôr por elle, essa declaração não será feita directamente, como o artigo citado parece exigir.

Reconhecemos, porem, que o testador que não saiba lêr poderá ter conveniencia em que as suas ultimas vontades sejam reduzidas a escripto por pessoa de sua confiança, e que deve admitir-se neste caso que o testador declare ao notario as diversas pessoas que deseja contemplar em seu testamento, sendo nisto auxiliado pelo papel escripto que vá sendo lido por outrem e confirmado verbalmente pelo testador.

Nesta conformidade, redigiríamos assim o artigo 1912.º:

«O testador, que quizer fazer testamento por esta forma, declarará ao «notario, perante cinco testemunhas idoneas, a sua ultima vontade verbalmente, «ou por meio de escripto que será lido «pelo notario ou por uma das testemunhas e confirmado verbalmente pelo «mesmo testador».

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CÓDIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1617, pagina 356)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 94 (cont.). Duvidas que o Código suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). No artigo 1902.º, a que por lapso não nos referimos no ultimo numero, determina-se que, se o testador houver encarregado o testamenteiro de empregar o producto de certa parte da herança em alguma fundação ou applicação pia, ou de utilidade publica, será o testamenteiro obrigado a proceder ao inventario e á venda dos dictos bens em hasta publica.

Abrangerá este artigo tanto as heranças como os legados, e será applicavel ao caso em que o testamenteiro apenas tenha de entregar a uma pessoa moral, já exis-

tente, a herança ou o legado, para que ella os applique em harmonia com a vontade do testador?

Na nossa jurisprudencia tem-se suscitado duvidas a este respeito, que, embora não as consideremos fundamentadas em face da letra do artigo referido, é conveniente que se esclareçam, para que o patrimonio deixado aos desprotegidos da fortuna, ou em beneficio do publico, não seja desfalcado inutilmente com despesas judiciaes.

Assim, já se discutiu nos nossos tribunales se deve proceder-se officiosamente a inventario de menores, quando uma misericordia seja instituida herdeira ou legataria¹, e sabemos que, tendo sido instituida, ha poucos annos, legataria uma misericordia, foi por esse motivo requerido pelo ministerio publico inventario orphanologico, e, perante as declarações feitas pelo testamenteiro de que havia só uma herdeira maior e *sui juris*, e que os restantes contemplados eram todos legatarios, não havendo assim motivo para inventario orphanologico, o ministerio publico promoveu que este fosse distribuido como inventario de maiores

¹ Veja-se esta Revista, volume 5.º, n.º 217, pagina 132.

com fundamento no artigo 1902.º, estando esse processo ainda pendente.

É obvio, em face da nossa legislação, a qual não equipara as pessoas moraes aos incapazes ou ausentes, que não pode requerer-se inventario orphanologico, quando ellas sejam instituidas herdeiras ou legatarias, e que, quando a herança ou legado, que lhes fôr deixado, tenha por fim alguma fundação ou applicação pia, dentro dos interesses legitimos do seu instituto, essas corporações terão de dar contas perante as respectivas auctoridades administrativas, e não perante as auctoridades judicias, ás quaes a lei nenhuma superintendencia dá relativamente ao modo por que ellas exercem as suas funcções. E o artigo 1902.º de modo algum contraria estes principios, pois que elle se refere expressamente á hypothese de o testamenteiro haver sido *encarregado de empregar o producto de certa parte da herança em alguma fundação ou applicação pia*. Quando elle, pois, apenas tenha de entregar os bens deixados a uma corporação já existente, nem se torna necessario o inventario, nem tem logar a venda dos bens em hasta publica.

O artigo citado refere-se sem duvida á hypothese de o testamenteiro haver sido incumbido pelo testador de applicar o producto de parte da herança ou numa fundação pia, como, por exemplo, um hospital, sendo nesse caso o proprio testamenteiro quem deve promover que esse hospital seja reconhecido como uma pessoa moral, ou numa obra de utilidade publica, como a erecção de uma estatua a um heroe da patria.

E o inventario a que o artigo 1902.º se refere não é, em qualquer dessas hypotheses, identico a um inventario de menores ou de maiores, que tenha por fim a partilha da herança; é um simples arrolamento e avaliação dos bens para a sua venda em hasta publica. Esse inventario tornar-se-á portanto desnecessario, quando o testador tenha deixado uma quantia determinada, para que seja empregada pelo testamenteiro, ou quando este tenha de applicar apenas os rendimentos da cousa deixada, devendo esta ser entregue

á fundação pia, cuja constituição como pessoa moral elle deve promover.

Em harmonia com as considerações feitas, redigiríamos assim o artigo 1902.º:

«Se o testador houver deixado o producto de certos bens para alguma fundação ou applicação pia, ou de utilidade publica, e seja o testamenteiro, e não qualquer herdeiro ou legatario, quer estes sejam pessoas moraes quer physicas, quem tenha de applicar esse producto ao fim para que o testador o destinou, deverá proceder-se ao arrolamento dos bens, se este não constar do testamento, de documento authenticico, ou de inventario que por outro motivo haja, de fazer-se, e os dictos bens serão vendidos em hasta publica, com citação dos interessados, ou de seus legitimos representantes, e com intervenção do ministerio publico».

Como já vimos, o testador pode instituir herdeira uma pessoa moral ainda não existente, e o artigo 1902.º vem confirmar o que a esse respeito dissemos.

Ora quando uma pessoa moral seja contemplada com uma quota parte da herança, parece-nos que se deverá proceder a inventario para a partilha, visto que não ha quem legalmente possa representar uma corporação que ainda não existe.

Acrescentariamos portanto ao artigo 1902.º o seguinte § unico:

«Proceder-se-á do mesmo modo, se o testador houver deixado toda a herança para os fins indicados; e, se para os mesmos fins deixar uma quota parte da herança, proceder-se-á a inventario para a partilha entre os co-herdeiros, excepto se fôr uma pessoa moral a incumbida de a receber e applicar».

Voltando aos artigos respeitantes á forma externa dos testamentos, analysemos o artigo 1913.º

Preceitua-se neste artigo que o notario e as testemunhas devem certificar-se de que o testador está em seu perfeito juizo.

Na nossa jurisprudencia tem-se discutido se o notario e as testemunhas devem certificar-se pessoalmente do estado mental do testador, ou se podem certificar-se por qualquer modo, como ácerca da sua identidade se preceitua no mesmo artigo. Parece-nos que não só deve ser esclarecida esta duvida, mas ainda outra, que já tem sido discutida tambem, sobre a força probatoria da declaração feita pelo notario.

Nos nossos tribunaes tem-se ventilado este assumpto, havendo quem sustente que, tendo-se certificado o notario de que o testador estava em seu perfeito juizo, a sua declaração não admite prova em contrario, não sendo arguido o testamento de falsidade. E, sendo certo que os documentos authenticos, ou sejam officiaes ou extra-officiaes, fazem prova plena quanto á existencia do acto a que respeitam, á verdade das declarações que foram feitas perante o official publico, e de quaesquer factos que constem do mesmo documento e que o official publico podia verificar com os proprios sentidos, e parecendo que a lei, se impõe ao notario que elle se certifique do estado mental do testador, é porque lhe reconhece competencia para esse effeito, pode julgar-se sustentavel a doutrina de que a declaração, feita pelo notario, de que o testador estava em seu perfeito juizo não admite prova em contrario. Sabemos até que esta doutrina é perfilhada por alguns dos nossos mais abalizados juizes.

A verdade, porem, é que os notarios e, no maior numero de casos, as testemunhas não teem competencia para verificar se o testador está em seu perfeito juizo. As doenças mentaes revestem formas multiplices, e algumas dellas só podem ser diagnosticadas por quem tenha estudos especiaes. Não julgamos, portanto, admissivel que tenha força de prova plena a declaração do notario de que o testador estava em seu perfeito juizo, quando elle não tem competencia technica para fazer semelhante affirmação.

Sendo conveniente, num acto juridico tão grave como é o testamento, que o notario e as testemunhas se certifiquem do estado mental do testador, o que de-

verão fazer no proprio acto e portanto pessoalmente, embora ouçam a esse respeito, quando tenham duvidas, o parecer de pessoas auctorizadas, é necessario tornar bem explicito que as declarações a tal respeito constituem uma simples presumpção.

Em harmonia com estas idéas additaremos ao artigo 1913.º o seguinte § unico:

«O facto de o notario e as testemunhas «se haverem certificado de que o testador «estava em seu perfeito juizo constitue «uma presumpção».

No artigo 1917.º determina-se que, se o testador fôr inteiramente surdo e não souber lêr, designará a pessoa que ha de lêr o testamento em seu lugar, na presença das testemunhas.

Tem-se discutido se o testador pode designar para esse effeito uma das testemunhas, ou se ha de ser outra pessoa¹. Declarando o artigo que a leitura se ha de fazer na *presença das testemunhas*, pode sustentar-se que nenhuma dellas o pode lêr. Não vemos, porem, que haja motivo para que o testador não designe uma das testemunhas para esse effeito, e, neste sentido, modificariamos assim a redacção do artigo:

«Quem fôr inteiramente surdo, mas «souber lêr, deverá lêr o seu testamento; «e, se não souber lêr, designará a testi-
«munha, ou outra pessoa, que o ha de «lêr em seu lugar».

No artigo 1918.º declara-se que todas as formalidades serão praticadas em *acto continuo*. Estas palavras não teem sido rigorosamente interpretadas pela nossa jurisprudencia, a qual admite que a leitura do testamento se interrompa por qualquer causa imprevista. É assim que

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 1.º, n.º 9, pagina 127, e o conselheiro Dias Ferreira, *Código civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 437.

já se julgou valido o testamento em que uma das testemunhas saiu a vêr a mãe moribunda, depois de concluido e lido o testamento, e quando a primeira testemunha estava para assignar, vindo assignar depois¹. Apesar desta jurisprudencia, os notarios costumam certificar e devem, para evitar duvidas, fazel-o, que as formalidades foram praticadas em acto continuo.

Ora não ha necessidade alguma de que a feitura do testamento se não interrompa. O que é necessario é que a todo elle assistam as pessoas que, segundo a lei, nelle devem intervir, e intendemos que o artigo 1918.º deve ser modificado neste sentido.

No mesmo artigo preceitua-se que o tabellião portará por fé que todas as formalidades foram cumpridas.

Deverá o notario declarar, no fecho do testamento, que cumpriu todas as formalidades exigidas por lei, e o modo como as cumpriu, ou bastará que declare, achando se essas formalidades especificadas no corpo do testamento, que todas ellas foram cumpridas?

Na nossa jurisprudencia tem havido hesitações a este respeito².

O que se nos afigura mais conveniente é que no artigo se preceitue que o notario faça menção expressa das formalidades que por lei são exigidas no testamento. Feita essa menção, desnecessario é que o tabellião porte por fé que ellas foram cumpridas.

Em harmonia com as considerações feitas, redigiríamos assim o artigo 1918.º:

«Todas estas formalidades serão praticadas, estando presentes o testador, o notario e as testemunhas, e o notario fará expressa menção de cada uma dellas».

(Continúa).

¹ Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de julho de 1884 e 30 de março de 1886, nesta *Revista*, volume 28, n.º 1302, pagina 281.

² Veja-se esta *Revista*, volume 1.º, n.º 43, pagina 194, e o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citado, pagina 439.

REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1618, pagina 372)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). No artigo 1922.º n.º 1.º determina-se que o notario deve declarar no auto de approvação do testamento cerrado, se este é escripto e assignado pelo testador. Tem-se duvidado se, tendo o testamento sido escripto e assignado por um terceiro, ou escripto por um terceiro e assignado pelo testador, o notario deve declarar quem escreveu ou assignou o testamento¹. Para a validade deste pode sustentar-se que é sufficiente, attento o

modo por que está rellizida a disposição citada, que o notario declare que o testador não escreveu, mas assignou, ou que não escreveu nem assignou o testamento. Não podendo, porem, a pessoa que escreveu o testamento ser instituida herdeira ou legataria (artigo 1772.º), e não sendo, por outro lado, indifferente, para evitar qualquer fraude, saber-se quem escreveu o testamento, parece-nos conveniente que do auto de approvação conste quem essa pessoa é, e neste sentido redigiríamos assim o artigo 1922.º n.º 1.º: «Se o testamento é escripto e assignado pelo testador, ou só assignado, ou nem escripto «nem assignado, e, nestes casos, quem o «escreveu ou escreveu e assignou».

Pelo modo como está redigido o n.º 3.º do artigo 1922.º parece que o notario deve lavrar o auto de approvação do testamento cerrado, embora este não esteja rubricado, o que não pode admitir-se, pois que, sem essa formalidade, o testamento seria nullo. Deve portanto substituir-se no n.º citado a particula — por — que.

É conveniente, relativamente ás hypotheses previstas nos n.ºs 5.º e 6.º do artigo citado, que se declare que foi verificada

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 1.º, n.º 28, pagina 433, e o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 445.

a identidade do testador, e que elle estava em seu perfeito juizo, tanto pelo notario, como pelas testemunhas¹.

No artigo 1922.º § 1.º preceitua-se que o auto será assignado na conformidade do que se dispõe relativamente ao testamento publico.

Referir-se-á este § só á forma da assignatura, ou tambem ao numero de testemunhas, sendo necessarias seis, quando o testador não assigne o auto de approvação?

A nossa jurisprudencia, baseando-se na disposição consignada no artigo 1921.º, tem-se pronunciado em geral por que o § citado respeita só á forma da assignatura, aconselhando, todavia, como medida de prudencia, que intervenha uma sexta testemunha, que assigne a rogo do testador².

Ora a disposição applicavel é a do n.º 4.º do artigo 2495.º, em que se declara que é nullo o documento autentico extra-official, havendo a falta de assignatura das partes, ou de outras pessoas a seu rogo, quando aquellas não sabem ou não podem assignar. Sendo esta disposição geral, tem de applicar-se ao auto de approvação do testamento cerrado, devendo intervir portanto nesse auto, quando o testador não saiba ou não possa assignar, uma pessoa que assigne a rogo d'elle.

Attentas as duvidas que a este respeito tem havido, acrescentariamos as seguintes palavras ao § 1.º do artigo 1922.º: «intervindo uma pessoa que assigne a «rogo do testador, quando elle não saiba «ou não possa assignar».

No artigo 1924.º declara-se que o surdo-mudo pode fazer testamento cerrado, nas condições, prescriptas nesse artigo.

Poderá testar por essa forma o mudo, que não seja surdo?

Na nossa jurisprudencia tem havido duvidas a este respeito, que não podem deixar de ser resolvidas, tractando-se *de jure constituendo*, em sentido affirmativo¹. Parece-nos, pois, que ás palavras — *surdo-mudo* — do artigo citado, se deve acrescentar — *e o mudo*.

No artigo 1925.º declara-se que o testamento cerrado, a que faltar alguma das formalidades preceituadas nos artigos antecedentes, ficará sem effeito. Ora entre essas formalidades está a prescripta no § 2.º do artigo 1922.º, da qual o proprio testador pode prescindir, devendo todavia o notario fazer menção no auto de approvação de que ella se omitiu por vontade do testador.

Pelo disposto, porem, no artigo 1939.º, se o testamento se achar aberto, quer seja no espolio do testador, quer seja em poder de terceiro, mas sem nenhum outro viciamento, não será por isso annullado.

Em face destas disposições pode sustentar-se que, tendo o tabellião omitido a declaração de que o testador não quiz que o testamento fosse cosido e lacrado, o testamento é nullo, embora o não seja, provando-se que o tabellião o coseu e lacrou, e que foi aberto posteriormente. Ora não tendo a referida formalidade importancia, e a disposição consignada no artigo 1939.º claramente o revela, como garantia da livre manifestação da vontade do testador, nem como meio de evitar fraudes, deveria no artigo 1925.º não se considerar nullo o testamento por falta dessa formalidade.

No artigo 1936.º deve mandar-se observar o disposto no § unico do artigo 1934.º, pois ainda ha quem sustente que o testamento deve ser entregue á pessoa

¹ Veja-se esta *Revista*, volume citado, n.º 27, pagina 417.

² Veja-se esta *Revista*, volume citado, n.º 24 e 50, paginas 369 e 791, e o conselheiro Dias Ferreira, *obra* e tomo citados, pagina 443.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume citado, n.º 20, pagina 306, e o conselheiro Dias Ferreira, *obra* e tomo citados, pagina 456.

que requereu a sua abertura, o que pode ter gravissimos inconvenientes.

No artigo 1942.º preceitua-se que, se o testamento se achar só alterado ou emendado em parte por letra do testador, com ressalva e assignatura, não será annullado por isso e valerão as dictas emendas, como se fossem parte delle.

Na nossa jurisprudencia tem-se sustentado que as palavras — *alterado* ou *emendado* — significam, como se vê das palavras — *e valerão as dictas emendas*, a mesma idéa, e que o testador pode por esse meio, em qualquer espaço que fique em branco no corpo do testamento, nas entrelinhas, nas margens do papel e até depois do auto de approvação, substituir a instituição de herdeiros e de legatarios, e introduzir quaesquer outras alterações que lhe aprouver, comtanto que deixe de pé alguma disposição testamentaria, por mais insignificante que seja, e já se julgou até que, não restringindo a lei as alterações e emendas a uma determinada disposição, essas alterações podem abranger todo o testamento¹.

Não se comprehende como, sendo o nosso legislador tão rigoroso pelo que respeita ás formalidades externas do testamento, permittisse que o testador o alterasse ou emendasse de modo tão substancial, exigindo como unica condição que as emendas ou alterações sejam escriptas por letra do testador, com ressalva e assignatura. Interpretado assim o artigo, pode qualquer individuo, que haja feito as suas ultimas disposições em testamento cerrado, aproveitar o papel para substituir essas disposições, sem que se estabeleça garantia alguma no sentido de verificar se elle está em seu perfeito juizo e livre de qualquer coacção.

Basta esta consideração para tornar evidente que não podia ser pensamento do legislador dar faculdades tão latitudi-

narias quanto ás emendas e alterações a que o artigo se refere; e as palavras — *só alterado* ou *emendado em parte* — e ainda o facto de se exigir que sejam resalvadas as emendas mostram que o legislador teve em vista evitar que o testador tivesse de fazer novo testamento, para só esclarecer a sua vontade, ou corrigir qualquer defeito proveniente de equivoco ou erro.

Certo é, porem, que a nossa jurisprudencia está interpretando o artigo citado de forma que se podem dar fraudes gravissimas, que conveniente é evitar, modificando-o ou esclarecendo-o.

Nesse intuito poderia ser assim redigido: «Se o testamento se achar em parte «emendado por letra do testador, com o «fim de esclarecer ou corrigir qualquer «de suas disposições, não será annullado por isso, e valerão as dictas emendas, como se fossem parte delle, quando «estejam resalvadas e assignadas pelo «testador».

No artigo 1943.º declara-se que, se o testamento se achar dilacerado ou feito em pedaços, no espolio do testador, haver-se-á por não escripto, ainda que possam reunir-se os fragmentos e lêr-se a disposição, excepto provando-se que o facto acontecera depois da morte do testador, ou por elle fôra praticado em estado de demencia.

Mostrámos nesta *Revista* quanto era defeituosa a redacção deste artigo, na parte em que excepcionalmente admitte que se considere valido o testamento, e indicámos o modo por que devia ser substituida essa redacção¹. O conselheiro Dias Ferreira, que notara os mesmos defeitos na 1.ª edição do seu *Codigo civil português annotado*, sustenta na 2.ª edição que «dos artigos 1940.º e 1943.º combinados resulta que é valido o testamento que appareça dilacerado sempre «que reunidos os respectivos fragmentos «possa lêr-se a primitiva disposição, ou

¹ Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de março de 1897, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 10.º anno, pagina 586. Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 67, pagina 225, e o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citados, pagina 460.

¹ Veja-se o volume 2.º, n.º 57 e 60, paginas 65 e 113.

«o testamento appareça no espolio do testador ou em poder de terceiro, ou a dilaceração fosse feita antes ou depois do fallecimento do testador comtanto que fosse feita sem determinação consciente deste»¹.

Reconhecendo que esta doutrina é em theoria aceitavel, parece-nos que os artigos citados não podem combinar-se como o conceituado commentador pretende. O artigo 1940.º refere-se á hypothese de que o testamento se ache obliterado, cancellado ou dilacerado de modo que não possa lêr-se a primitiva disposição, quer seja no espolio do testador, quer em poder de outrem; e o artigo 1943.º á hypothese de elle se achar dilacerado no espolio do testador e se poderem reunir os fragmentos e lêr a disposição. Ora é a esta ultima hypothese que respeitam as excepções formuladas na parte final deste artigo, que, por isso mesmo que o são, não podem ampliar-se por analogia.

Certo é, porem, que, assim como se considera valido o testamento que haja sido dilacerado depois da morte do testador, tambem valido se devia considerar o que haja sido dilacerado emquanto elle estava vivo, provando-se que esse facto se deu sem o seu consentimento. Do mesmo modo, se é valido o testamento que foi dilacerado pelo testador em estado de demencia, egualmente se deve considerar valido o que é dilacerado por elle num estado de privação das suas faculdades mentaes, seja qual fór a causa que a determine.

Neste sentido, a parte final do artigo 1942.º deveria ser assim redigida: «excepto provando-se plenamente que o facto acontecera sem determinação ou contra vontade do testador, ou que fóra por elle praticado achando-se privado do uso da razão, e que o não readquirira ou não tivera conhecimento do facto por elle praticado».

(Continúa).

¹ Veja-se a 1.ª edição, volume 4.º, pagina 320, e 2.ª edição, volume 3.º, pagina 457.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1619, pagina 388)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta.

94 (cont.). Devem introduzir-se nas disposições do Codigo respeitantes ao testamento militar e ao maritimo algumas modificações.

Pelo disposto no artigo 1944.º só podem fazer testamento militar os militares e os empregados civis do exercito em campanha fóra do reino, ou ainda dentro do reino, estando cercados em praça fechada, ou residindo em terra, cujas communicações com outras estejam cortadas, se nessa praça ou terra não houver tabellião.

Pelas Ordenações (liv. 4.º, tit. 83.º, § 8.º) era permittido fazer testamento

militar a quaesquer pessoas, posto que soldados não sejam, que no exercito se acharem, estando em terra de inimigos.

Se, perante a razão invocada pelo auctor das Ordenações, para se admittir o testamento militar — os trabalhos e perigos da vida, a que os soldados se offerecem por a defensão e conservação da republica, era contestavel a applicação, do que então se considerava um privilegio, a pessoas que não fossem militares, hoje, que só existe como razão justificativa do testamento militar a impossibilidade de fazer as disposições de ultima vontade pela forma ordinaria, não se nos afigura admissivel a restricção do artigo 1944.º, devendo reconhecer-se o direito de testar, pela forma estabelecida para os militares e para os empregados civis do exercito, a quaesquer pessoas que se encontrem nas mesmas condições.

As considerações que acabamos de fazer ácerca do testamento militar são igualmente applicaveis ao testamento maritimo.

Pelo artigo 1948.º o testamento maritimo só pode ser feito em alto mar, a bordo dos navios de Estado, por militares ou empregados civis em serviço publico.

No Projecto primitivo, o artigo correspondente (2100.º) estava assim redigido: «Testamento marítimo, é o que é feito «no alto mar, a bordo dos navios da «marinha real e nacional, ou mer-«cante».

Salva a redacção, que era, como a do artigo 1948.º do Codigo civil, defeituosa, a doutrina consignada no Projecto era preferivel.

Este, admittindo o testamento marítimo a bordo dos navios de Estado a quaesquer pessoas, e não só aos militares e aos empregados civis em serviço publico, e que os passageiros e os tripulantes dos navios mercantes testassem por essa forma, foi coherente, pois em todos os casos referidos ha a impossibilidade de fazer testamento publico ou cerrado, e tanto direito teem a fazer as suas disposições de ultima vontade os militares e os empregados civis em serviço publico, como quaesquer outras pessoas, em quaesquer navios.

Estas considerações levaram-nos, pouco tempo depois de publicado o Codigo civil, a declarar que «esta parte do direito «vigente precisa de ser reformada em «futura revisão do Codigo civil portu-«guês»¹.

Se é, porem, no que respeita ás pessoas a quem é permitido fazer testamento militar, demasiadamente restricta a disposição consignada no artigo 1948.º, essa disposição é, por outro lado, no que respeita ás condições em que é permitido aos militares ou empregados civis fazer testamento marítimo, demasiadamente ampla.

O artigo referido exige, como condição unica para o testamento marítimo, que elle seja feito em alto mar. Tendo em vista o motivo por que o legislador admittiu o testamento marítimo, sustentámos nesta *Revista* que «pelas palavras «— alto mar — quiz o legislador signi-«ficar o que o artigo 988.º do Codigo

«de Napoleão significa pela expressão — «*faits sur mer dans cours d'un voyage*». «Portanto não basta, acrescentavamos «nós, a circumstancia de ser feito no «alto mar para que seja valido o testa-«mento marítimo; é necessario que o «testador vá em viagem. Aquelle que «fizesse testamento marítimo no alto mar «a bordo de um navio do Estado, que «somente saiu a barra para fazer expe-«riencias ou exercicios praticos, não tes-«taria validamente»¹.

Não pode contestar-se que esta doutrina é, em theoria, a unica aceitavel; mas é incontestavel tambem que, em face da redacção do artigo, se pode affirmar com o conselheiro Dias Ferreira que «é admittido o testamento marítimo a «bordo de navio do Estado que saiu «a barra emquanto o navio se conserva «no alto mar ainda que só para expe-«riencias ou exercicios praticos»².

E não é só por este motivo que é defeituosa a redacção do artigo.

Pondo de lado a questão, a qual em nosso parecer não pode deixar de ser resolvida affirmativamente, se nas palavras — *navios do Estado* — se comprehendem os navios alugados para serviço publico, vê-se, pelo modo por que está redigido o artigo 1948.º, que não podem fazer testamento marítimo as pessoas que se encontrem a bordo do navio, quando este se ache em porto nacional ou estrangeiro, embora não haja nesse porto official publico que possa fazer o testamento publico, ou o auto de approvação do testamento cerrado. Ora, verificando-se esta circumstancia, ou estando as pessoas que se encontrem a bordo do navio, por motivos sanitarios, ou quaesquer outros, inhibidas de sair d'elle, ha a mesma necessidade de fazer testamento marítimo, que se o navio se encontrasse no alto mar.

Torna-se, pois, necessario modificar a redacção do artigo 1948.º

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 94, pagina 748.

¹ Veja-se o volume 2.º, n.º 95, pagina 733.

² *Codigo civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 468.

E não haverá outros casos, além dos especificados nos artigos 1944.º e 1948.º, em que deva admittir-se testamento com formalidades especiaes?

No Codigo civil allemão encontra-se consignada a seguinte disposição (artigo 2249.º): «O que se acha numa localidade que, em virtude de uma epidemia ou de outras circumstancias extraordinarias, está isolada de tal modo que a feitura de um testamento perante um juiz ou um notario não seja possível, ou se torne muito difficil, pode fazer testamento perante o presidente da communa ou por declaração verbal perante tres testemunhas».

Não se harmonisa com o espirito do nosso Codigo civil a admissão de testamento verbal, mas parece-nos que se deverão estabelecer formalidades mais simples que as do testamento publico e do auto de approvação do testamento cerrado, para as hypotheses previstas no artigo citado do Codigo allemão, e ainda para o caso de doença contagiosa. E, além disso, dever-se-ia reduzir o numero de testemunhas e admittir-se a substituição do notario pela auctoridade administrativa ou sanitaria, e ainda pelo parochou ou capellão:

Expostas estas idéas ácerca das modificações que devem introduzir-se no Codigo pelo que respeita á testamentificação com formalidades especiaes, ás quaes facil será dar adequada redacção, vejamos algumas duvidas de exegese que teem suscitado as disposições sobre testamento militar e maritimo.

No artigo 1945.º § 2.º diz-se que a disposição será lida, datada e assignada, conforme fica disposto nos artigos 1914.º e 1915.º, e no artigo 1949.º, relativo ao testamento maritimo, diz-se que a disposição será lida, datada e assignada como fica dicto no artigo 1914.º

O conselheiro Dias Ferreira, notando a differença entre as disposições referidas, diz que «as testemunhas, que no testamento militar devem todas assignar com o seu nome por extenso vista a

«referencia do artigo 1945.º § 2.º aos artigos 1914.º e 1915.º, no testamento maritimo podem assignar todas de cruz vista a referencia do artigo 1949.º só ao artigo 1914.º»¹.

Esta doutrina, attento o principio de que só pode admittir-se a assignatura de cruz no caso em que a lei expressamente o declare, é insustentavel, e, quando se julgue inadmissivel a assignatura de cruz no testamento militar ou no maritimo, o que deve é eliminar-se a referencia que no artigo 1945.º § 2.º se faz ao artigo 1915.º

E será necessario que no testamento militar e no maritimo, quando o testador não saiba ou não possa assignar, intervenha uma pessoa que assigne a rogo delle?

Do facto de não se fazer referencia no artigo 1945.º § 2.º e 1949.º ao artigo 1916.º teem alguns jurisconsultos tirado a illação de que não é necessario que intervenham quatro testemunhas, uma das quaes assigne a rogo do testador, quando este não assigne.

Sustentámos nesta *Revista* doutrina contraria, baseando-nos em que, sendo necessario, como se vê da referencia ao artigo 1914.º, que o testamento seja assignado pelo testador, deve intervir, quando este não assigne, uma testemunha que assigne a rogo delle, e em que não se pode argumentar contra esta doutrina com a omissão da referencia ao artigo 1916.º, pois este é apenas um complemento do disposto no artigo 1914.º

É esta a doutrina que, em face da lei, se nos afigura mais accetavel. Sendo todavia conveniente simplificar tanto o testamento militar como o maritimo, parece-nos preferivel que apenas se exijam tres testemunhas, mesmo no caso em que o testador não saiba ou não possa assignar, devendo declarar-se no testamento o motivo por que elle não assigna.

¹ Veja-se a obra e tomo citados, pagina 465.

O artigo 1772.º será applicavel aos officiaes que interveem no testamento militar e no maritimo?

Se é certo que as razões que levaram o legislador a adoptar a providencia exarada nesse artigo para o testamento publico e para o cerrado são egualmente applicaveis ao militar e ao maritimo, tambem o é que as excepções se não podem ampliar por analogia, parecendo portanto que deve responder-se negativamente á pergunta que formulamos.

Necessario é, pois, esclarecer ou modificar a lei, applicando o artigo 1772.º a quaesquer pessoas que intervenham nos testamentos de que estamos tractando.

O artigo 1961.º tem suscitado algumas duvidas.

Produzirá effeitos em Portugal o testamento de mão commum feito num país estrangeiro, em que seja admittida essa forma de testar?

O conselheiro Dias Ferreira pronuncia-se affirmativamente¹, e no mesmo sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 3 de maio de 1878².

Opinámos nesta *Revista* em sentido contrario, baseando-nos em que o legislador reprovou essa especie de testamentos pela necessidade de obstar ás fraudes e captações de heranças que por esse meio se faziam, não devendo portanto considerar-se essa disposição como respeitante á forma externa dos testamentos, o que é comprovado pela collocação do artigo 1753.º, que, tendo sido inserido na secção em que se tracta — *Dos testamentos em geral*, é applicavel tambem ao testamento externo³.

É esta a nossa opinião; mas reconhecemos que a materia é muito duvidosa, havendo juriconsultos abalizados que sustentam doutrina contraria. Conveniente é portanto que seja authenticamente resolvida.

(Continúa).

¹ Veja-se a obra e tomo citados, pagina 471.

² Nesta *Revista*, volume 14.º, n.º 704, pagina 44.

³ Veja-se o volume 33.º, n.º 1507, pagina 295.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1620, pagina 404)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 94 (cont.). Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão testamentaria, que não foram resolvidas na proposta. — 95. Duvidas que o Codigo suscita em materia de successão legitima, a que a proposta se não refere.

94 (cont.). Devendo a authenticidade do testamento externo ser determinada, em virtude do disposto no artigo 1961.º, em conformidade da lei do país onde fór celebrado, parece que produzirá effeitos legaes no reino o testamento verbal feito em país estrangeiro, onde se admitta como authentica essa forma de testar.

Sendo, porem, condição essencial para a validade do testamento feito em Portugal ser escripto, e não admittindo a lei o testamento nuncupativo até em casos excepcionaes, como os do testamento militar e

marítimo, parece que se não deveria attribuir effeitos legaes ao testamento verbal feito em país estrangeiro. Acrescentariamos, pois, á expressão — *formulados authenticamente* — as palavras — *por escripto*.

E para se resolver a duvida respeitante ao testamento de mão commum, additariamos um § unico ao artigo 1961.º, em que declararíamos applicavel ao testamento externo o disposto no artigo 1753.º

As testemunhas que devem intervir nos testamentos feitos ou approvados pelos consules ou vice-consules poderão ser de qualquer nacionalidade, ou deverão ser cidadãos do país em que o testamento fór celebrado?

Tem a este respeito causado duvidas a disposição consignada no artigo 1962.º, as quaes não foram resolvidas pelo decreto de 24 de dezembro de 1903, em cujo artigo 99.º se declara que na feitura de escripturas e demais actos publicos deve o funcionario consular evitar cuidadosamente qualquer dos vicios que, nos termos dos artigos 2492.º e 2495.º do Codigo civil, os annullam, salvo no que respeita á nacionalidade das testemunhas, que poderão ser estrangeiras, sendo esta disposição applicavel aos testamentos (artigos 101.º § 1.º e 104.º § 1.º).

Dissemos nesta *Revista*¹ que, embora o artigo 1962.º, dispensando a nacionalidade das testemunhas, declare, sem fazer distincção alguma, que podem ser estrangeiras, nos parecia verdadeira a doutrina de que só podiam ser testemunhas em testamentos feitos ou approvados perante os consules os cidadãos do país onde elles fossem celebrados, já porque o artigo 1961.º estabelece como regra geral que o testamento feito em país estrangeiro deve ser formulado em conformidade da lei do país onde fôr celebrado, e nas leis estrangeiras exige-se, em regra, que sejam nacionaes as testemunhas, já porque, de outra forma, podiam intervir em um testamento externo testemunhas de varias nações, o que tornaria difficillimo, se não impossivel, verificar a todo o tempo se o testamento era verdadeiro ou falso, e se a respeito delle se cumpriram ou não as formalidades exigidas pela lei.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta a este respeito que «nas testemunhas «estrangeiras comprehendem-se, tanto os «nacionaes do país onde o testamento é «feito e approved, como os naturaes de «outro qualquer país, porque a lei não «distingue e a razão é a mesma»².

Não devendo considerar-se o testamento feito perante os consules comprehendido na disposição consignada no artigo 1961.º, e sendo por outro lado geral a disposição do artigo 99.º do decreto de 24 de dezembro de 1903, parece-nos que esta doutrina é a mais defensavel em face das disposições referidas. Não concordamos, porem, em que a razão seja a mesma, e parece-nos que se deverá exigir que as testemunhas tenham domicilio ou residencia permanente no país em que o testamento fôr feito ou approved.

No artigo 1963.º deve fazer-se referencia ao § 4.º do artigo 1945.º

No § unico do artigo 1964.º declara-se que, se o testamento fôr dado a guarda ao consul ou vice-consul, o depositari fará menção desta circumstancia.

Onde?

O conselheiro Dias Ferreira diz qu «deve ser feita no livro onde se toma «nota da approvação do testamento»¹.

Sustentámos nesta *Revista*² que a nota, sendo destinada a conter os testamentos publicos e a copia do termo de approvação dos testamentos cerrados, nada mais nella se pode lançar, e que nenhuma vantagem resultaria de se fazer na nota menção de que o testamento fôra dado a guardar ao consul ou vice-consul; e emittimos o parecer de que essa menção devia ser feita na participação que o consul ou vice-consul é obrigado a fazer ao governo pelo ministerio dos negocios estrangeiros.

A relação que ha entre o artigo 1964.º e o § unico auctorisa esta doutrina, e não pode contestar-se que, conseguindo-se por esse meio tornar conhecida a existencia do testamento cerrado e o lugar onde está depositado, é essa doutrina a mais acceitavel.

Pelo artigo 105.º do decreto de 24 de dezembro de 1903 o consul ou vice-consul a quem fôr dado a guardar um testamento de subdito portuguez, quer esse testamento tenha sido formulado em conformidade da lei portuguesa, quer o tenha sido em conformidade da lei territorial, lavrará no protocollo um termo de deposito, do qual dará certidão ao depositante. Ora é do termo desse deposito que deveria ser enviada, como aliás já se dispõe para o testamento maritimo (decreto citado, artigo 106.º), copia ao ministerio dos negocios estrangeiros.

Neste sentido deveria ser modificado o § unico do artigo 1964.º, podendo ainda determinar-se nelle as formalidades que se exigem para que o testador possa retirar o testamento, assumpto que se acha

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 3.º, n.º 113, pagina 138.

² *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 473.

¹ *Obra e tomo citados*, pagina 473.

² Volume 2.º, n.º 117, pagina 202.

regulado no decreto de 24 de dezembro de 1903, artigo 105.º § 2.º

O artigo 1966.º deve ser modificado.

Sendo o facto de os estrangeiros se poderem ausentar do país a unica razão que se pode invocar para não os admitir como testemunhas, e não sendo essa razão procedente relativamente aos estrangeiros que tenham domicilio em Portugal, parece-nos que estes deveriam ser admitidos como testemunhas.

Quando se julgue inaceitavel esta doutrina, deverá declarar-se pelo menos que o testamento não poderá ser annullado, quando ácerca da nacionalidade da testemunha haja erro geral ou commum, pois não ha a este respeito uniformidade na nossa jurisprudencia¹.

Não podendo ser, como sustentámos nesta *Revista*², testemunhas instrumentarias, não só as pessoas enumeradas no artigo 1966.º, mas ainda as que não podem ser testemunhas em juizo, deve no artigo 1966.º fazer-se referencia ao artigo 2511.º e declarar-se que a intervenção dessas testemunhas não produz a nullidade do testamento, mas a da disposição em que seja contemplado algum ascendente, descendente ou conjuge das testemunhas, nos termos dos artigos 1772.º e 1773.º

95. Tem suscitado duvidas na nossa jurisprudencia a combinação do artigo 1970.º com os n.ºs 3.º e 5.º do artigo 1969.º³.

Declarando-se naquelle artigo que o parente mais proximo em gráu excluirá o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que este vigora;

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citados, pagina 476, e os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de junho de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 7.º anno, pagina 385, e de 22 de fevereiro de 1901, no *Direito*, 33.º anno, pagina 150.

² Veja-se o volume 36.º, n.ºs 1584 e 1589, paginas 390 e 471.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 26.º, n.º 1236, pagina 309, volume 29.º, n.ºs 1325 e 1326, paginas 104 e 115, conselheiro Dias Ferreira, obra citada, 1.ª edição, tomo 5.º, pagina 440, e o *Direito*, 7.º anno, pagina 178.

não se dando o direito de representação na linha transversal senão em favor dos lillios de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do dicto fallecido (artigo 1982.º), parece que a palavra — *descendentes* — do n.º 3.º do artigo 1969.º se refere apenas aos *filhos de irmãos do fallecido*, e que os sobrinhos que não sejam lillios, mas netos ou bisnetos de irmãos do fallecido, estão incluídos no n.º 5.º do artigo citado.

Sustentámos nesta *Revista*, nos logares citados, que a regra formulada no artigo 1970.º é applicavel, não de um modo absoluto, mas relativamente a cada um dos grupos do artigo 1969.º, e que portanto todos os descendentes de irmão do autor da herança succediam de preferencia ao conjuge sobrevivente e aos outros transversaes. É esta a doutrina que ainda se nos afigura verdadeira, da mesma forma que continuamos a achar fundada a incoherencia que notámos entre a disposição consignada no n.º 3.º do artigo 1969.º e o artigo 1982.º, parecendo-nos que este artigo se devia modificar em harmonia com o que se dispunha no Projecto primitivo, em que era dado o direito de representação aos *descendentes* de irmãos do fallecido.

Feita esta alteração no artigo 1982.º, desnecessario se torna modificar a redacção do artigo 1970.º

Nos artigos 1976.º e 1977.º declara-se que os gráus se contam pelo numero de gerações, excluindo o progenitor.

O conselheiro Dias Ferreira, que havia dicto que «os artigos 1976.º e 1977.º, «mandando contar tantos gráus, quantas «as gerações, exprimem uma inexactidão «profunda»¹, afirma agora que «se con- «tam tantos gráus quantas as *gerações* ou «as *personas geradas*, excluindo-se sempre «o tronco commum para se apurar o «numero de gráus»².

¹ Veja-se a obra citada, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 352.

² Veja-se a obra citada, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 485.

Declarando-se no artigo 1973.º que *cada geração forma um gráu*, e sendo certo que, attendendo-se a uma pessoa só, não poderá achar-se o gráu, que é a relação que existe entre duas pessoas pelo facto da geração, vê-se que *geração* não pode de modo algum significar, na linguagem do Código, o mesmo que *pessoa gerada*, significando tanto o procreante como o procreado.

Nos artigos citados ha portanto um grave erro, devendo substituir-se a palavra — *geração* — por — *pessoa*, ou acrescentar á expressão — *pelo numero de gerações*, o seguinte — *ou pelo numero de pessoas*, pois neste caso é que se tem de excluir o progenitor.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPÓSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CÓDIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1621, pagina 420)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 95 (cont.). Duvidas que o Código suscita em materia de successão legitima, a que a proposta se não refere.

95 (cont.). No artigo 1978.º preceitua-se que as pessoas incapazes de adquirir por testamento tambem não podem adquirir por successão legitima. Ora entre as incapacidades de adquirir por testamento ha as *relativas*, de que tractam os artigos 1767.º a 1771.º, as quaes estão indubitavelmente comprehendidas na letra do artigo 1978.º E, se attendermos á historia deste artigo, parece que a Commissão revisora teve o intuito de estabelecer uma disposição que abrangesse qualquer especie de incapacidade para adquirir por testamento.

No artigo correspondente do Projecto primitivo estabelecia-se (artigo 2121.º): «As pessoas incapazes de adquirir por «testamento segundo o disposto nos artigos 1907.º (1776.º do Código), 1909.º (1779.º do Código) e 1913.º (1782.º do «Código) primeiro versiculo, tambem não «podem adquirir por successão legitima». Por esta disposição, portanto, só não podiam adquirir por successão legitima as pessoas ainda não existentes ao tempo da abertura da herança, as religiosas professas, emquanto se não secularizassem ou as suas ordens não fossem supprimidas, os condemnados que fossem interdictos desse direito e os que houvessem sido condemnados por haverem attentado contra a vida do testador, ou concorrido de qualquer forma para tal delicto.

A Commissão revisora resolveu eliminar as palavras «segundo...» até «versiculo» inclusivamente, e tendo o auctor do Projecto proposto que se fizesse distincção entre incapazes e indignos, comprehendendo-se ambas as especies na disposição do artigo, resolveu-se que não havia necessidade de alteração¹.

O conselheiro Dias Ferreira que havia sustentado que «com a redacção dada ao

¹ Vejam-se as *Actas*, paginas 295 e 296.

«artigo pela Comissão revisora foram «declarados incapazes de succeder *ab intestato* todos os que, nos termos dos «artigos 1767.º a 1772.º, são inhibidos «de succeder por testamento»¹, afirma agora que «do preceito legal assim intendo resultaria o absurdo de ser privado «da successão legitima o facultativo ou «o ecclesiastico que tivesse prestado os «seus bons officios ao parente na ultima «doença, o que equivaleria a convidar os «parentes, facultativos e ecclesiasticos a «abandonar o enfermo nas horas amargas «da vida para não ficarem excluidos da «successão, e a castigar com ingratião «os serviços recebidos», e que deve admitir-se «a solução que reputa implicita «no artigo 1978.º a excepção relativa aos «facultativos e confesores, reconhecida «na respectiva fonte, artigo 745.º do «Projecto do Codigo civil hespanhol, «... e que parece ter entrado já na «jurisprudencia pois já se julgou que só «não podem adquirir por successão legitima as pessoas incapazes de adquirir «por testamento que estão comprehendidas nos artigos 1776.º e seguintes do «presente Codigo»².

Nenhuma duvida ha de que esta doutrina é a unica admissivel. Baseando-se as irregularidades relativas, reguladas nos artigos 1767.º a 1770.º, na influencia que as pessoas, a que esses artigos respeitam, podem exercer sobre o testador, de modo algum pode invocar-se esse motivo para as excluir da successão legitima, tanto mais que, nos termos do artigo 1749.º, quem por dolo, fraude ou violencia impedir que alguem faça as suas ultimas disposições, ficará, se for herdeiro *ab intestato*, privado do seu direito á herança. Em face, porem, da disposição consignada no artigo 1978.º, necessario será fazer, para considerar legal a doutrina exposta, distincções que a lei não admite, e que a historia do artigo citado parece até excluir.

Necessario é, pois, modificar este artigo, restringindo-o ás incapacidades absolutas, reguladas nos artigos 1776.º e 1779.º, e á incapacidade por indignidade, a que se refere o artigo 1782.º

No artigo 1982.º estabelece-se que o direito de representação só se dá em favor dos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do dicto fallecido, e no artigo 1987.º preceitua-se que, se os descendentes concorrerem todos ou parte delles representativamente, succederão por estirpes, ou formando ramos, pelos quaes será distribuida a herança, e subdividida nos ramos em que houver mais de um herdeiro, observando-se sempre a mesma regra de igualdade.

A incoherencia entre estas disposições é obvia. Se se admitir que os sobrinhos só succedam pelo direito de representação, quando concorram com tios, tendo a representação, nesse caso, o effeito de lhes dar o logar que os paes occupavam na ordem da successão, para que não sejam della excluidos pelos parentes de gráu mais proximo, deve estabelecer-se a mesma doutrina para os netos.

A noção que o Codigo dá do direito de representação no artigo 1980.º é igualmente applicavel á linha recta e á collateral, e identico é o fundamento juridico desse direito.

Quando, pois, se julgue aceitavel que só haja o direito de representação, no caso de os herdeiros que o legislador intende que deve chamar á successão não estarem no mesmo gráu, essa doutrina deve ser applicada tanto na linha recta como na collateral. Se, pelo contrario, se seguir a doutrina de que o direito de representação deve existir, mesmo no caso em que hajam fallecido todos os herdeiros que, pela proximidade de gráu, excluiriam os outros, dever-se-á applicar tanto aos netos como aos sobrinhos.

Na jurisprudencia anterior ao Codigo civil era esta a doutrina seguida, dando-se a successão pelo direito de representação sempre por estirpes ou ramos. Era assim que os sobrinhos, do mesmo modo que

¹ Veja-se o *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 192

² Veja-se a *obra citada*, 2.ª edição, tomo 3.º, paginas 488 e 489.

netos, que succedessem pelo direito de representação, quer concorressem com os tios, quer sós, succediam *in stirpes*¹.

Qual das doutrinas será preferivel?

Para respondermos cabalmente a esta pergunta, necessario seria expôr o conceito juridico do direito de representação, determinando o modo por que tem sido traduzido nas diversas legislações. Não o permite a natureza deste trabalho. Diremos, portanto, o que seja absolutamente indispensavel para manifestar o nosso modo de pensar a este respeito.

Como fundamento do direito de representação invoca-se geralmente o facto de haver a mesma affeição pelos filhos que pelos netos, pelos irmãos que pelos sobrinhos. Baseando-se nesse presumido affecto, teem os legisladores regulado a successão de forma que os parentes de gráu mais proximo não excluam os de gráu mais remoto.

Segundo esta doutrina é o presumido affecto que regula a successão, e, ao mesmo tempo a representação, pela qual se estabelece uma derogação ao principio em virtude do qual a successão é deferida pela proximidade de gráu.

Mas, sendo assim, todos os descendentes que não encontrassem obstaculo algum na sua linha para succeder ao autor da herança, deveriam ser igualmente contemplados, e o direito de representação seria, nesse caso, uma disposição equitativa a favor dos descendentes do primeiro gráu ou dos irmãos do testador, não permittindo que elles fossem prejudicados pelo facto de haver fallecido algum fillo ou irmão anteriormente a elles, que deixasse numerosa prole. E, pelo menos no caso em que não houvesse herdeiros de gráu mais proximo, todos os outros deveriam ser igualmente contemplados.

Ora os legisladores teem admittido o direito de representação, quer no caso em que os herdeiros por virtude desse direito

concorram sós, quer no caso em que concorram com outros parentes de gráu mais proximo, e ainda o moderno Codigo civil allemão estabeleceu a esse respeito (artigo 1924.º) que o descendente que seja vivo ao tempo da abertura da herança exclue da successão os descendentes que sejam parentes do defuncto por seu intermedio, e que no logar do descendente que haja fallecido ao tempo da abertura da herança serão chamados os descendentes que sejam parentes do defuncto por seu intermedio (successão por *estirpes*).

Ora a forma da successão por *estirpes* significa que os herdeiros constituem um grupo organico.

Sendo este o conceito do direito de representação, vê-se que os parentes que formam cada grupo succedem, por direito proprio, na parte que herdaria o representado, se vivesse, ou, se por qualquer outro motivo, não deixasse de occupar na successão o logar fixado por lei.

Não tem, pois, fundamento algum juridico a doutrina, ainda sancionada no Codigo civil francês (artigo 744.º, al. 1.ª), que não se representam pessoas vivas, doutrina em virtude da qual são excluidos da successão por direito de representação os descendentes do herdeiro que ainda seja vivo, mas que haja renunciado á herança (artigo 787.º), ou se tenha tornado indigno de a receber (artigo 730.º).

No nosso Codigo ainda se fez sentir a influencia destas idéas. Assim, na noção que dá do direito de representação no artigo 1980.º parece estabelecer, nas palavras — *se viva fosse*, como condição para o exercicio desse direito que o representado haja fallecido; para não admittir a doutrina do Codigo civil francês relativamente aos descendentes do herdeiro que não possa succeder por incapacidade, declara que elles succedem, como succederiam, *se o incapaz houvesse fallecido*, recorrendo assim a uma ficção; e no artigo 2035.º declara que o herdeiro, que repudia a herança, nunca foi herdeiro, e que não pode haver, em tal caso, direito de representação.

Esta disposição baseia-se, como della se depreheende claramente, em que os re-

¹ Veja-se Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ.*, §§ 338.º e 343.º Só Lobão sustentou, relativamente aos sobrinhos, doutrina contraria no seu *Supplemento ao tratado dos morgados*, notando a esse respeito Coelho da Rocha: «é talvez o unico de todos os nossos praxistas que o sustenta, porque, como elle mesmo confessa, a pratica stem sido sempre em contrario».

presentantes só podem exercer os direitos do representado. Este argumento seria, porem, a condemnação do direito de representação, porque, se os representantes só podem exercer os direitos do representado, como este, fallecendo antes do autor da herança, nenhuns direitos adquiriu, certo é que não podia transmittil-os.

Não julgamos accetivel a doutrina sancionada no artigo 2035.º, devendo, em nosso parecer, estabelecer-se o direito de representação de forma que, deixando o parente do primeiro gráu de occupar o seu logar na successão, os direitos que a elle pertenceriam sejam deferidos aos seus descendentes.

Organizado assim o direito de representação, as quotas hereditarias não ficarão dependentes da circumstancia fortuita de alguns herdeiros do primeiro ou do segundo gráu haverem fallecido antes do autor da herança.

Em harmonia com as idéas expostas modificariamos da seguinte forma o artigo 1980.º: «Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes «de gráu mais afastado a succeder em «todos os direitos em que succederiam seus «paes, se estes concorressem á herança.»; e modificariamos assim o artigo 1982.º: «Na linha transversal só se dá o direito «de representação em favor dos descendentes de irmãos do fallecido».

No artigo 2035.º intendemos que devem supprimir-se as palavras — *nem pode haver em tal caso direito de representação.*

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1622, pagina 436)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 96. Disposições communs á successão testamentaria e á legitima, que devem ser completadas, esclarecidas ou modificadas, e a que a proposta se não refere.

96. No artigo 2009.º, em que, pela determinação do lugar da abertura da herança, se fixa a competencia para o inventario, não se previne a hypothese de o autor da herança haver fallecido no alto mar, ou em país estrangeiro, não deixando em Portugal senão bens mobiliarios.

Nas *Observações sobre os Projectos de Codigo de processo civil portuguez, apresentados pelo sr. Alexandre de Seabra e pela respectiva Commissão revisora*, notá-

mos já esta lacuna¹, que tambem é notada pelo dr. Alves de Sá², e, procurando preencher-a, dissemos que, tendo o autor da herança fallecido no alto mar, o lugar do reino, onde primeiro aportar o navio em que se haja dado o fallecimento, deveria ser o competente para o inventario, salvo no caso de estar prevenida a jurisdicção no domicilio dos herdeiros testamentarios ou legitimos, e que, se o navio aportasse a país estrangeiro, deveria ser competente para o inventario o juizo do domicilio dos herdeiros, e que a mesma regra de competencia se devia estabelecer para o caso de o autor da herança fallecer em país estrangeiro.

O conselheiro Dias Ferreira³ e o dr. Eduardo da Silva Carvalho⁴ intendem que é mais proprio o juizo do domicilio dos herdeiros, quer o navio aporte a territorio portuguez, quer se dirija a porto estrangeiro, sustentando a mesma doutrina para a hypothese de o fallecimento se dar em país estrangeiro.

Parece-nos que esta doutrina é a que, pela maior facilidade que pode haver na

¹ Veja-se o volume 6.º, n.º 263, pagina 33.

² *Commentario ao Codigo de processo civil portuguez*, 2.º volume, pagina 61

³ *Codigo civil portuguez annotado*, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 374.

⁴ *Manual do processo de inventario*, § 7.º, nota 5.

liquidação da herança, melhor se harmonisa com o interesse dos herdeiros, e, para remover as duvidas que ácerca della tem havido, acrescentariamos as seguintes palavras ao § 4.º do artigo 2009.º — *e, se o fallecimento se dér fóra do reino, no domicilio dos seus herdeiros.*

Nas observações que fizemos sobre a interpretação que a proposta dá ao artigo 892.º dissemos¹, que se devia acrescentar ao artigo 2018.º um § unico em que se facultasse aos credores do autor da herança, quando os herdeiros a acceitem pura e simplesmente, requerer a separação do patrimonio do defuncto do patrimonio dos herdeiros, e nesse mesmo logar notámos que, sendo a herança aceita pura e simplesmente, deveriam tambem ficar responsaveis os herdeiros pelos seus proprios bens, se os credores não requeressem a separação. Notámos² mais tarde a incoherencia que ha entre os artigos 1792.º, 1800.º e 2019.º, e dissemos que, numa revisão do Codigo, deveriam harmonisar-se as disposições nelles consignadas.

Parece-nos que essa harmonia se deverá estabelecer, additando em § unico ao artigo 2018.º a doutrina por nós proposta, e modificando o § unico do artigo 2019.º de modo que os herdeiros, quando não hajam acceitado a herança a beneficio de inventario, ou não tenha sido requerida a separação do patrimonio do autor da herança, fiquem responsaveis por todas as dividas delle.

Regulada desta forma a responsabilidade dos herdeiros pelas dividas do autor da herança e reconhecido o direito aos credores deste de se pagarem pelos bens da herança de preferencia aos credores dos herdeiros, a lei acautelará devidamente os interesses dos herdeiros e dos credores em harmonia com as normas da justiça.

O artigo 2064.º, em que se determinam os casos em que tem logar o

inventario orphanologico, deve ser completado e esclarecido.

Esse artigo refere-se só aos menores, interdictos, ausentes e desconhecidos. Ora nos termos do artigo 1777.º é valida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro gráu de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, e o artigo 1867.º permite as substituições fideicommissarias em favor dos netos por nascer, e, sendo instituidos herdeiros os referidos descendentes, deve proceder-se tambem a inventario orphanologico.

Na nossa jurisprudencia tem-se unanimemente interpretado a palavra — *ausente* — como significando o ausente em parte incerta, e tem-se sustentado ao mesmo tempo que o facto de o individuo haver deixado procuração bastante para a administração dos seus bens, se obsta á curadoria provisoria e definitiva, emquanto não decorrer o praso de dez annos, não obsta ao inventario orphanologico, porque o facto de o ausente haver deixado procuração não lhe faz perder a qualidade de ausente, quando delle não haja noticias e se ignore portanto se é vivo ou morto¹.

Parece-nos que esta doutrina é verdadeira, porque os bens da herança não se acham determinados e não basta portanto prover á sua administração, e que deve ser expressamente consignada no Codigo, acrescentando-se á palavra — *ausente* — as seguintes — *de que não haja noticias, embora tenha deixado procurador ou quem legalmente administre os seus bens.*

Deverá haver inventario orphanologico, quando esteja ausente em parte incerta um conjuge e o outro seja coherdeiro, sendo o regimen de bens no casamento o do costume do reino ou o de communhão de adquiridos em que se comprehendam os que o forem a titulo gratuito?

¹ Volume 35.º, n.º 1556, pagina 532.

² Volume 37.º, n.º 1615, pagina 324.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 10.º, n.º 497, pagina 457, e dr. Eduardo de Carvalho, *obra citada*, § 10.º, nota 6.

Baseando-nos em que os artigos 189.º, 2012.º e 2064.º exigem, para que haja inventario orphanologico, que algum dos herdeiros seja menor, ausente ou interdito, e em que o conjuge, que seja meeiro nos bens adquiridos pelo outro, não é herdeiro, mas *interessado*, sustentámos nesta *Revista*¹, que não se deve em tal caso proceder officiosamente ao inventario. Esta doutrina foi seguida pelo conselheiro Dias Ferreira e por outros jurisconsultos e auctorisa-se com alguns accordãos².

Outros jurisconsultos, considerando que o conjuge meeiro é equiparavel ao herdeiro, e fundando-se na protecção que a lei dispensa aos ausentes, seguem doutrina contraria, a qual tambem tem sido applicada em algumas decisões judiciaes³.

Sendo herdeiro (artigo 1736.º) o que succede na totalidade da herança ou em parte della sem determinação de valor ou objecto, e tendo o conjuge com communhão nos adquiridos a titulo gratuito, por força do contracto antenupcial, direito a metade da quota hereditaria que pertença ao outro conjuge, parece-nos que deverá ser equiparado ao herdeiro para o effeito do inventario orphanologico, interpretando-se ou modificando-se neste sentido a disposição consignada no artigo 2064.º

No artigo 2068.º deve substituir-se a expressão — *nos casamentos por communhão*, por — *nos casamentos segundo o costume do reino*.

Que valor teem as declarações feitas pelo cabeça de casal, a que se refere o artigo 2072.º?

Teem-se suscitado duvidas a este respeito na nossa jurisprudencia.

Quasi todos os jurisconsultos seguem a doutrina de que as declarações feitas

pelo cabeça de casal se presumem verdadeiras, emquanto se não demonstrar o contrario. Esta doutrina afigura-se-nos incontestavel, pois o cabeça de casal tem competencia reconhecida por lei para fazer essas declarações por que é responsavel, e os interessados, quando ellas não correspondam á verdade, podem, por meio de documentos, e até por testemunhas, demonstrar a falsidade dellas, recorrendo ás acções competentes.

No caso, porem, em que haja herdeiros ausentes, o inventario deverá deixar de proseguir, só pelo facto de o cabeça de casal declarar que ha noticia delles?

Consta-nos que nos tribunaes se tem seguido geralmente a doutrina de que não bastam essas declarações, sendo necessaria a prova de que o ausente está em parte certa, ou que se juncte procuração delle ao processo de inventario, para que este deixe de proseguir.

Esta pratica justifica-se com a protecção que a lei deve aos ausentes, e parece-nos que deveria ser sancionada pelo legislador, estabelecendo-se que as declarações do cabeça de casal farão fé até prova em contrario, salvo a de que o ausente está em parte certa ou que ha noticias delle, pois nesse caso o inventario proseguirá até que, por meio de documento authenticico ou authenticado, se prove a sua existencia.

No artigo 2098.º devem substituir-se as palavras — *herdeiros legitimarios* — por — *descendentes*, pois só relativamente a estes herdeiros ha a obrigação de conferir.

No artigo 2099.º devem substituir-se as palavras — *a collação poderá escusar-se*, por — *não haverá collação*, pois nos casos regulados naquelle artigo só poderá haver o computo dos bens doados para a redução das doações.

Teem-se suscitado duvidas sobre a obrigação de conferir, por parte dos filhos a quem pertença a pensão de um monte-pio de que os paes fossem socios, as quotas que os paes pagaram como premios ou joias.

¹ Veja-se o volume 4.º, n.º 194, pagina 605, e volume 12.º, n.º 521, pagina 4.

² Conselheiro Dias Ferreira, obra citada, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 409, e dr. Neves e Castro, *Manual do processo especial*, n.ºs 358 e 376.

³ Dr. Eduardo de Carvalho, obra citada, § 10.º, nota 6.

No Código commercial (artigo 460.º) impõe-se essa obrigação aos herdeiros a favor de quem haja sido feito um seguro de vidas. Não pode, porém, considerar-se este contracto, em que ha a estipulação em favor de um terceiro determinado, revertendo em beneficio exclusivo delle as quantias pagas pelo estipulante, como sendo da mesma natureza que o realizado com um monte-pio em favor da viuva, dos filhos menores, ou das filhas emquanto se conservarem solteiras.

As quantias com que os paes entrarem no monte-pio não podem considerar-se como uma doação ou beneficio exclusivo de um ou de outro filho, pois delle se aproveitarão todos os filhos que estiverem nas condições de receber a pensão¹. Sendo este o nosso parecer, afigurava-se-nos todavia conveniente que se consignasse expressamente essa doutrina no artigo 2105.º, para evitar quaesquer duvidas a esse respeito.

No artigo 2111.º preceitua-se que, se o valor dos bens doados exceder a porção legitimaria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e se, ainda assim, houver excesso de legitima e terça, será o donatario obrigado a repór esse excesso.

Esta disposição, na parte em que manda computar o excesso na terça dos doadores, será applicavel ao caso em que a doação haja sido feita pelas forças da legitima?

Parece-nos que de nenhum modo pode seguir-se a affirmativa, mas necessario é tornar a disposição mais explicita, para evitar que assim se julgue.

Se o doador não declarar se a doação é feita por conta da legitima ou da terça, intender-se-á que ella é feita por conta da legitima, deduzindo-se da terça do doador aquillo em que a doação exceder a legitima, como para o dote se dispõe no artigo 1147.º; se o doador declarar que a doação é feita pelas forças da terça, só entrará na legitima a parte em

que a doação exceder a terça; se o doador declarar que a doação é feita por conta da legitima, não se poderá computar o excesso na terça dos doadores, tendo o donatario de o repór.

(Continúa).

¹ Vide o que dizemos a pagina 457.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1623, pagina 452)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 96 (cont.). Disposições communs á successão testamentaria e á legitima, que devem ser completadas, esclarecidas ou modificadas, e a que a proposta se não refere.

96 (cont.). A primeira parte do artigo 2116.º tem suscitado duvidas na jurisprudencia e tem havido, na sua applicação, decisões encontradas dos tribunaes, relativamente á responsabilidade da meação do conjuge sobrevivivo pelas despesas do funeral.

O conselheiro Dias Ferreira sustenta¹ que nos casamentos segundo o costume do reino a meação do conjuge sobrevivivo

é obrigada a metade das despesas do funeral, fundando-se: 1) no artigo 23.º n.º 1.º do decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832 e no artigo 414.º da Nov. Ref. Jud., que mandavam sair às despesas do funeral do *monte commum*; 2) na pratica anterior ao referido decreto, que, como attestavam Valasco, Pereira e Souza e Correia Telles, tambem fazia sair as despesas do funeral do casal indiviso, e 3) em que é tomada neste sentido a expressão — *herança indivisa* — do artigo 2116.º, significação que lhe foi dada noutros artigos do Codigo.

Em harmonia com esta doutrina julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordo de 5 de abril de 1889¹, em cujos considerandos se reproduzem as razões em que o illustrado commentador do Codigo civil a fundamentou, e é, segundo declara o sr. dr. Eduardo de Carvalho, a seguida geralmente na pratica².

Sustentámos nesta *Revista*³ que, não fazendo a meação do conjuge sobrevivivo parte da herança e preceituando o artigo 2116.º que as despesas do funeral saiam da *herança ainda indivisa*, essa meação não respondia pelas despesas do funeral do conjuge predefuncto, e que o legis-

¹ *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 4.º, paginas 264 e 265.

¹ Nesta *Revista*, volume 30.º, n.º 1371, pagina 274.

² *Manual do processo de inventario*, § 37.º, nota 4.

³ Volume 13.º, n.º 642, pagina 278.

lador, substituindo por esta expressão as palavras — *casal ainda indiviso*, quiz afastar-se da legislação anterior, e com justo motivo, porque razão alguma justifica que sobre o conjuge sobrevivivo recaia a obrigação de metade das despesas do funeral, quando elle nada receba do predefuncto. Dissemos ainda que não nos parecia verdadeira a asserção de que o legislador usasse em alguns artigos da expressão — *herança indivisa* — como synonyma de — *casal indiviso*, e que, sendo tomada aquella expressão no seu sentido rigoroso no artigo 2115.º, nada justificava que se lhe ligasse outro logo no artigo immediato.

A doutrina que sustentámos, que se auctorisa em alguns accordãos¹ e tem sido defendida por outros juriconsultos², é a que nos parece mais conforme á letra da lei e mais harmonica com os principios da justiça. Se alguma razão houvesse para que o conjuge sobrevivivo ficasse obrigado, na hypothese de não ser herdeiro, pela metade das despesas do funeral do conjuge predefuncto, essa obrigação tanto devia existir no caso de haver communhão de bens no casamento, como no de a não haver, pois só se poderia justificar pelas relações entre os conjuges e não pela circumstancia de haver bens communs, a cuja meação o conjuge sobrevivivo tem o mesmo direito que aos bens proprios.

O artigo 2116.º deveria ser esclarecido neste sentido.

O conselho de familia poderá conhecer de uma divida contrahida por letra cuja importancia seja superior a 400\$000 réis?

Na nossa jurisprudencia tem-se suscitado duvidas a este respeito³, e conve-

¹ Accordão da Relação de Lisboa de 9 de maio de 1888, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 3.º, pagina 321.

² Veja-se o *Direito*, volume 7.º, pagina 483, e 14.º, pagina 338, e a *Revista dos tribunaes*, volume 6.º, pagina 99.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 10.º, n.º 479, pagina 479, e o dr. Eduardo da Silva Carvalho, *Manual do processo de inventario*, § 63.º, nota 1.

niente será que numa nova publicação official do Codigo civil, quando se redija o artigo 2118.º em harmonia com as modificações que nelle foram introduzidas pelo Codigo de processo civil, se resolvam essas duvidas, determinando-se precisamente o sentido da expressão — *dividas exigiveis, nos termos da lei civil* que se lê no artigo 743.º deste Codigo.

Pela licitação transferir-se-á para o licitante o dominio dos bens, podendo alienal-os antes da partilha e pertencendo-lhe os fructos e rendimentos dos bens licitados desde o acto da licitação?

Tem havido a este respeito graves duvidas na nossa jurisprudencia, que devem ser resolvidas.

Sustentámos nesta *Revista*¹, antes da publicação do Codigo de processo civil, que, apesar de os artigos 2127.º, 2129.º, 2131.º, 2137.º e 2139.º do Codigo civil parecerem auctorisar a doutrina de que o licitante adquiria pela licitação o dominio dos bens, essa doutrina se nos afigurava inadmissivel em face do artigo 2082.º do mesmo Codigo, no qual se preceitua que o cabeça de casal continue na administração da herança até se ultimarem as partilhas, excepto no que tocar aos bens não partiveis que houverem de passar precipuamente aos outros herdeiros, devendo o cabeça de casal, nos termos do artigo 2085.º, receber todos os fructos e rendimentos dos bens cuja posse tiver. Baseámo-nos ainda em que o licitante não podia, antes de julgadas as partilhas por sentença, requerer a posse judicial dos bens licitados, pois para isso é necessario que se effectue o registo da transmissão, e a certidão do termo de licitação não é titulo admissivel a registo.

Publicado o Codigo de processo civil, sustentámos² a mesma doutrina em face deste Codigo, pois que, adquirindo o lici-

¹ Volume 8.º, n.º 368, pagina 55.

² Veja-se o volume 12.º, n.º 605, pagina 514.

tante, em virtude do disposto no artigo 718.º, o direito de receber em pagamento os bens sobre que licitou, não fica pela licitação com a posse dos bens licitados, adquirindo essa posse quando lhe sejam adjudicados pela sentença que julgar as partilhas, e que essa doutrina era confirmada pelo disposto no artigo 730.º, o qual, providenciando unicamente para o caso de algum dos interessados querer receber os bens antes de *passar em julgado a sentença de partilhas*, admite implicitamente a doutrina de que os bens licitados continuam a ser administrados pelo cabeça de casal.

A doutrina exposta por nós é também a que sustentam o conselheiro Dias Ferreira¹, o dr. Neves e Castro² e o dr. Eduardo da Silva Carvalho³, e tem sido seguida em alguns accordãos.

O Supremo Tribunal de Justiça, em accordãos de 16 de maio de 1883⁴, de 10 de julho de 1885 e de 16 de abril de 1886⁵, seguiu, porem, doutrina contraria, fundando-se em que a licitação é uma arrematação judicial feita num inventario, pela qual, nos termos do artigo 2127.º do Codigo civil, se transmite logo para o licitante o dominio dos bens arrematados, os quaes, para o effeito da partilha, são substituidos pelo preço da arrematação, nos termos do § unico do artigo 2137.º do mesmo Codigo.

Quando se accete esta doutrina, que é também pertillhada por alguns juriscultos⁶, necessario será que se garantam devidamente os coherdeiros não licitantes, não só pelo que respeita á disposição dos bens licitados, antes de effetuado o deposito, mas ainda quanto aos rendimentos dos bens que continuarem na massa da herança, os quaes, na parte correspondente ao quinhão hereditario de cada um

dos herdeiros não licitantes, deverão exclusivamente pertencer a estes desde que se fez a licitação.

E devemos ainda notar, sobre a materia de que estamos tractando, que é insufficiente a sancção estabelecida no artigo 718.º § 1.º do Codigo de processo civil para o caso de o licitante deixar de effectuar o deposito da parte correspondente ao excesso sobre o seu quinhão hereditario. Determina-se no § citado que se o licitante, sem accôrdo dos outros interessados, deixar de effectuar o deposito, separar-se-ão á sorte, para seu pagamento, dentre os bens licitados, os que forem necesarios para perfazer o quinhão hereditario do mesmo licitante, e que os restantes bens licitados serão em seguida postos em hasta publica. Não se torna, porem, responsavel o licitante, como é de justiça, pela differença que haja entre o producto da arrematação e o valor da licitação.

E não podendo effectuar-se o sorteio, como já demonstrámos nesta *Revista*¹, quando o predio licitado, cujo valor exceda o quinhão do licitante, seja um só, não pode admittir-se também nesse caso a hasta publica, e ficará assim sem effeito algum a licitação, tendo o licitante como unica pena, se como tal se deve considerar, o não ficar com o predio licitado.

Entre os artigos 2150.º e 1788.º existe flagrante contradicção.

Por este artigo, se o testador disposer de certo usufructo, ou de alguma pensão vitalicia, cujo valor exceda a sua quota disponivel, poderão os herdeiros legitimos cumprir o legado, ou entregar ao legatario tão somente a quota disponivel. Pelo artigo 2150.º, se os bens da quota disponivel não chegarem para a formação de um capital correspondente a vinte pensões, será entregue ao legatario a

¹ *Codigo civil português anotado*, 1.ª edição, tomo 4.º, pagina 475, e *Codigo de processo civil português anotado*, tomo 2.º, pagina 207.

² *Manual do processo especial*, n.º 401.

³ *Obra citada*, § 40.º, nota 1.

⁴ Na *Revista dos tribunaes*, volume 3.º, pagina 146.

⁵ Nesta *Revista*, volume 28.º, n.º 1302, pagina 282.

⁶ Dr. Delfim Maya, *Escriptos selectos*, § 55.º, *Direito*, volume 4.º, pagina 435.

¹ Volume 22.º, n.º 1076, pagina 10.

quota disponível, como usufructuario, e ficará sendo a pensão aquillo que a mesma quota render.

Pelo artigo 1788.º, os herdeiros legitimarios ou pagam a pensão por inteiro, ou entregam a quota disponível; pelo artigo 2150.º apenas entregam a mesma quota em usufructo.

Tem sido diversos os alvitres apresentados para conciliar as referidas disposições, fazendo distincção já entre as condições em que é deixada a pensão, já entre herdeiros maiores e menores, e, finalmente, considerando os artigos 2148.º a 2150.º como regulamentares do artigo 1788.º

Eis o que escreve a este respeito o conselheiro Dias Ferreira: «O artigo 1788.º teve simplesmente por fim auctorisar os herdeiros a substituir o cumprimento do legado pela entrega da quota disponível do testador, sem distinguir entre a entrega da quota em usufructo e a entrega da quota em propriedade, nem entre herdeiros maiores e herdeiros menores, e os artigos 2148.º a 2150.º viéram depois explicar que para cumprir o legado de pensão superior á quota disponível do testador bastaria entregar ao legatario simplesmente em usufructo essa quota disponível»¹.

Não nos parece que esta solução seja accetavel, quer sob o ponto de vista exegetico, quer doutrinal.

O problema a resolver é o da redução das liberalidades do testador, quando ellas não tenham por objecto a propriedade plena, mas o usufructo ou renda vitalicia, tendo-se formulado a esse respeito dois systemas absolutos e oppostos: reduzir as liberalidades, desde que os bens doados ou legados excedessem, em rendimento, a importancia da quota disponível; ou avaliar-se o valor venal do direito doado ou legado, reduzindo-o na parte correspondente ao excesso sobre a quota disponível.

O Codigo civil francês não adoptou nenhum desses systemas, dando ao her-

deiro o direito de cumprir a liberalidade tal como foi deixada pelo testador, ou de entregar ao contemplado a quota disponível em propriedade plena. É o que esse Codigo dispõe no artigo 917.º, e em que se propoz um duplo fim: evitar o calculo de uma liberalidade vitalicia, que é sempre incerta, e, assegurando aos herdeiros legitimarios a sua quota, conceder aos donatarios ou legatarios o maximo que elles podem reclamar.

Contra esta solução só pode argumentar-se com o facto de se transformar a liberalidade do testador, quando os herdeiros entreguem ao donatario ou legatario a quota disponível.

O auctor do nosso Codigo sem duvida poz de lado esta consideração no artigo 1788.º, em que seguiu indubitavelmente a doutrina sancionada no artigo 917.º do Codigo civil francês.

Por aquelle artigo, quando os rendimentos doados ou legados excedam os da quota disponível, ficam os herdeiros com o direito de opção. Não tem, pois, que calcular-se o valor venal do direito vitalicio, calculo que o legislador quiz evitar, e com razão.

Succede o mesmo na hypothese prevista no artigo 2150.º, pois tem de attende-se ao rendimento para verificar se a pensão vitalicia excede ou não a quota disponível. Este artigo não reconhece, porem, ao beneficiado com a renda vitalicia, o direito de a receber por inteiro, ou a quota disponível, á escolha dos herdeiros.

Esta simples exposição de doutrinas basta para mostrar que a interpretação do conselheiro Dias Ferreira é completamente inaccetavel. O legislador não podia regulamentar o artigo 1788.º, supprimindo o direito alternativo, que os legatarios tem ao legado por inteiro ou á quota disponível, á escolha dos herdeiros.

E não sendo accetavel a interpretação, menos ainda, se é possível, é a doutrina que por ella se estabelece.

O encargo de uma pensão vitalicia é maior ou menor conforme o tempo que viver o contemplado, e não é admissivel

¹ Codigo civil português annotado, 2.ª edição, tomo 3.º, pagina 341.

que, deixando-se uma pensão vitalícia
a uma pessoa de idade avançada, se
dá a redução pela forma estabelecida
no artigo 2150.º

Parece-nos, pois, que deve manter-se
o disposto no artigo 1788.º, modificando
o artigo 2150.º

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
alunos da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES À PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1624, pagina 469)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 97. Modificações que devem introduzir-se na parte do Código respeitante ao direito de propriedade.

97. A noção do *direito de propriedade*, formulada no artigo 2167.º, não contém o elemento que caracteriza esta instituição; e, se procurarmos completar essa noção pela determinação dos direitos que a propriedade abrange (artigo 2169.º), mais saliente se tornará a falta de rigor e de precisão que houve da parte do auctor do Código na definição do direito de propriedade.

E' assim que, dividindo a propriedade em *perfeita e imperfeita*, conforme abrange ou não a fruição de todos os direitos contidos no direito de propriedade, declara

(artigo 2188.º) que «aquelle, a quem «pertence qualquer fracção do direito de «propriedade, gosa, pelo que toca a essa «fracção, do direito de propriedade plena- «mente, salvas as restricções estabele- «cidas na lei, ou no titulo constitutivo «da mesma propriedade».

Segundo o nosso Código, o usufructo, o uso e a habitação, o compascuo e as servidões, que são propriedades imperfeitas, dão aos respectivos titulares, no que toca á fracção da propriedade a que respeitam, o *direito de propriedade plena*. Analysando, porem, as definições que o Código nos dá de cada uma dessas categorias de propriedades imperfeitas (artigos 2197.º, 2254.º, 2262.º e 2267.º), vemos que essas *propriedades* consistem, o usufructo, e o uso e habitação, no direito de converter em utilidade própria utilidades de uma *cousa alheia*; o compascuo, na communhão de pastos de predios pertencentes a *diversos proprietarios*, e a servidão no encargo imposto em qualquer predio em proveito de outro predio pertencente a *dono differente*.

Ao passo, pois, que no artigo 2188.º se consideram estas propriedades imperfeitas como tendo uma existencia independente, nestes artigos representam uma *limitação do direito de propriedade*, pressuppondo-se assim que o direito significa

um determinado poder de acção sobre a cousa, o qual pode ser restringido no seu exercício por poderes ou faculdades que outras pessoas, que não seja o titular do direito de propriedade, tenham em relação á cousa, mas não se concebendo esses poderes ou faculdades como tendo existencia de per si — uma vida autonoma. Neste sentido o usufructo, o uso e habitação, não são propriedades imperfeitas; tornam a *propriedade imperfeita*. E esta idéa mais saliente se torna nas disposições em que, como no artigo 949.º § 2.º, o Codigo considera as propriedades imperfeitas como *onus* ou *encargos* que recaem sobre a *propriedade*.

Não damos demasiada importancia ás disposições do Codigo que teem mero character doutrinal, e tanto que não temos corrigido algumas definições, sobre cuja inexactidão não ha duvidas. Na parte, porem, a que nos estamos referindo, parece-nos que será conveniente que se modifiquem as disposições em que se dá a noção do direito de propriedade. Tão erradas e contradictorias são as idéas que essas disposições exprimem!

Ou se considere o direito de propriedade como um poder absoluto e exclusivo sobre a cousa, no qual está implicita, visto que esse poder é tutelado pela lei, a obrigação de ser respeitado por todos, ou se procure definir esse direito pelos direitos que abrange, e designadamente pelo seu elemento especifico — o *direito de transformação* (artigo 2315.º), que é o *jus abutendi* do direito romano, o que se torna necessario é fixar o sentido das palavras, não tomando o mesmo termo, por vezes no mesmo artigo, em dois sentidos completamente diversos.

Considerar *proprietario* o *usufructuario*, e contrapól-o ao mesmo tempo ao *proprietario* e ver nas *propriedades imperfeitas*, relativamente ao seu objecto, uma *propriedade plena*, e declarar que o direito de transformação, que é o elemento irreductivel do direito de propriedade, pertence ao *dono* da cousa, é confundir as noções mais elementares e fundamentaes do direito, tornando impossivel uma exposição systematica das suas instituições.

Não se adoptando a expressão — *direito real* — para significar de um modo geral a relação que ha entre uma pessoa e uma cousa, pela qual esta fica sujeita, no todo ou em parte, e relativamente a todas as suas utilidades ou só a parte dellas, ao poder daquella, expressão que é universalmente acceita, use-se das palavras — *onus real* — ou — *encargo* — para designar as *propriedades imperfeitas*, mas não se chame propriedade ao que representa uma simples limitação ou restrição desse direito.

Confrontando a noção de propriedade que o nosso legislador admittiu com as definições de *propriedade singular* e *propriedade commum*, e com a organização desta, notaremos que ha especie de propriedade que o Codigo regula e que não entra em nenhum desses ramos da classificação. E das considerações que a este respeito vamos fazer resultará que o regimen da compropriedade formulado no nosso Codigo é muitissimo defeituoso.

Para o nosso legislador a *propriedade commum* é o *condominium indivisum* da legislação romana. Não se tracta de uma propriedade collectiva, de uma propriedade que, pertencendo a diversas pessoas, tenha uma existencia propria, ligada ao seu destino especial; na indivisão subsiste a autonomia das partes individuaes.

A propriedade commum, pela forma por que está regulada no nosso Codigo, é a *propriedade individual* ou *singular*, em que ha a confusão material das partes, confusão que é por sua propria natureza meramente transitoria e accidental, visto que os proprietarios de cada uma das partes são independentes pelo que respeita á parte ideal que na cousa lhes pertence, podendo alienal-a, oneral-a, e ficando a parte que na cousa commum pertence a cada um dos consortes sujeita a ser penhorada e executada pelas suas dividas pessoaes. D'ahi o direito de partilha que é reconhecido a cada um dos proprietarios, ao qual estes não podem renunciar senão durante um certo praso, e podendo até durante elle a cousa commum ser

penhorada e executada pelos credores dos socios, embora esses credores não sejam hypothecarios e as dividas sejam posteriores ao contracto.

O Codigo faz a este respeito excepção para a propriedade commum no casamento e no contracto de sociedade. Reconhece, porem, aos credores pessoaes dos socios o direito de penhorarem e executarem a sua parte nos bens sociaes, o que determina a dissolução da sociedade (artigos 1274.º e 1276.º n.º 5.º), ao passo que, relativamente aos bens communs no casamento, não permite que a meação do marido nesses bens seja executada pelas suas dividas incommunicaveis senão depois de dissolvido o matrimonio ou de decretada judicialmente a separação de bens (artigo 1114.º § 1.º).

E se estudarmos o regimen da propriedade commum no casamento, veremos que elle de modo algum se coaduna com o que se estabeleceu de um modo geral para a propriedade commum.

A propriedade commum no casamento não é uma mera propriedade indivisa, na qual cada um dos conjuges tenha uma parte ideal ou intellectual de que possa livremente dispôr; é uma *propriedade collectiva*, de que os conjuges, se forem bens immobiliarios, só podem dispôr por mutuo consentimento, e de que pode dispôr livremente o marido, se forem bens mobiliarios, não na qualidade de comproprietario, mas como administrador dos bens do casal.

Como se vê, essa propriedade não é singular, nem commum, se nos adstringirmos ao conceito que desta formou o legislador.

E se o legislador tivesse na devida consideração os legitimos interesses das sociedades, não daria aos credores pessoaes dos socios o direito de penhorarem e executarem a parte de cada um delles nos bens sociaes, do mesmo modo que não reconhece aos socios o direito de alienarem ou obrigarem os bens da sociedade (artigo 1270.º n.º 4.º).

Notaremos ainda que ha uma verdadeira incoherencia do legislador em

considerar os bens sociaes como uma propriedade indivisa, dando aos credores pessoaes dos socios o direito de executarem a parte de cada um, e em estabelecer ao mesmo tempo preferencia (artigo 1274.º) para os credores da sociedade relativamente aos credores de cada um dos socios nos bens da sociedade.

Mas não é só á propriedade commum no casamento e na sociedade que não se ajusta o regimen de propriedade commum formulado pelo Codigo.

Ha mais.

O legislador, attendendo ás pessoas a quem pertence a propriedade das cousas e ás que directamente as podem utilizar, dividiu as cousas em *publicas*, *communs* e *particulares*.

Nas cousas particulares entram as que pertençam ao Estado, ás corporações publicas e a quaesquer outras pessoas juridicas, quando as que pertençam ao Estado e ás corporações publicas tenham caracter patrimonial. As cousas publicas e as communs, por isso que podem ser directamente utilizadas por todos, pelos habitantes de uma determinada circumscripção administrativa, ou pelos membros de uma corporação, não podem considerar-se, no systema das propriedades imperfeitas do Codigo, como uma propriedade singular, nem tão pouco como propriedade commum, pois que as cousas publicas e as communs não representam um estado de indivisão, mas teem, attento o fim a que são destinadas, um caracter collectivo.

Não ha, tanto nas cousas publicas como nas communs, uma parte que esteja no patrimonio das pessoas que dellas se podem aproveitar; essas cousas, tendo um fim ou destino proprio, representam um estado particular de propriedade, que o nosso Codigo não definiu, nem precisou, havendo a esse respeito graves duvidas na jurisprudencia.

As considerações que acabamos de fazer são sufficientes para fundamentar a necessidade de completar a classificação da propriedade em singular e

commum, admittendo ao lado destas a *propriedade collectiva*, e devendo sujeitar-se ao regimen que para ella se estabelece, não só os bens communs no casamento, mas os das sociedades que, não tendo os requisitos necessarios para constituirem uma pessoa juridica, necessitem todavia, para a consecução dos seus fins, de que se dê uma certa autonomia aos bens sociaes, relativamente aos quaes deve haver da parte dos socios, do mesmo modo que o ha por parte dos conjuges, não um direito real, mas um direito de credito, não um *jus in re*, mas um *jus ad rem*.

O quinhão, que é sem duvida uma propriedade commum, mas não tem a natureza que o nosso Codigo attribue a esta propriedade, revela-nos até certo ponto qual é o conceito da propriedade collectiva, de que temos tractado.

E a distincção que no Codigo civil allemão se faz entre a propriedade indivisa e a propriedade collectiva, a *Gesammte Hand*, o qual sujeita ao regimen desta a communhão universal dos conjuges, a communhão de bens entre o conjuge sobrevivente e os descendentes communs, a communhão de adquiridos e a communhão de moveis e adquiridos entre os conjuges, é digna de ser estudada, pois desse estudo podem colher-se optimos resultados para uma remodelação do nosso Codigo.

Na ordem de considerações que estamos fazendo, e referindo-nos agora ás limitações do direito de propriedade, não podemos deixar de estranhar que se fossem collocar na parte em que o Codigo tracta da responsabilidade civil os artigos 2396.º e 2397.º

A responsabilidade civil assenta na idéa de um facto illicito; fica incurso nessa responsabilidade o que viola ou offende os direitos de outrem (artigo 2361.º).

Ora nos casos previstos nos artigos 2396.º e 2397.º não ha facto illicito, e tanto que não responde pela indemnisação, de que esses artigos tractam, quem causa o damno na propriedade alheia, mas quem aproveita com elle. Esses artigos estão, portanto, deslocados.

E não é só isto.

Presuppondo-se nesses artigos que ha o direito de causar damno em propriedade alheia para evitar algum prejuizo imminente, que por outro modo se não possa impedir, não ha artigo algum do Codigo em que esse direito se regule.

No Codigo civil allemão acha-se consignada a seguinte disposição (artigo 904.º), logo em seguida áquella em que se definem de um modo geral os direitos do proprietario: «O proprietario de uma cousa não «pode obstar a que um terceiro se aproveite della, quando isso se torne necessário para evitar um perigo actual, e «o prejuizo de que elle está ameaçado «seja incomparavelmente superior ao que «causar ao proprietario. O proprietario «tem direito de ser indemnizado do prejuizo que soffrer».

Consignando-se no nosso Codigo disposição correspondente, fixar-se-ão devidamente as condições em que, no direito de legitima defesa, se podem causar danos na propriedade alheia, sem que se pratique um acto illicito, e tornar-se-á comprehensivel o que se dispõe nos artigos 2396.º e 2397.º

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Mannel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1625, pagina 484)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 97 (cont.) Modificações que devem introduzir-se na parte do Codigo respeitante ao direito de propriedade.

97 (cont.). As disposições dos §§ 1.º e 2.º do artigo 2195.º, relativas ao direito de preferencia na venda ou dação em pagamento do quinhão ou de parte delle, devem harmonisar-se com a que se acha exarada no § unico do artigo 1566.º

Pelos §§ citados, quando algum dos quinhoeiros quizer alienar o seu quinhão por qualquer dos modos referidos, terá preferencia o posseiro, na falta deste os outros quinhoeiros, e, se mais de um quizer usar do direito de preferencia, qual delles aprouver ao alheador; e igual preferencia terão os quinhoeiros, quando o posseiro quizer vender ou dar em paga-

mento a sua posse ou o seu respectivo quinhão ou parte delle.

Sendo intuito do legislador, ao conceder o direito de preferencia, tornar a propriedade perfeita, e podendo os quinhoeiros ter diversas quotas de renda, tanto mais que a lei lhes faculta a venda de uma parte do quinhão, o que nos parece razoavel é que seja concedido, quer nas vendas voluntarias, quer nas judiciais, o direito de preferencia ao quinhoeiro que tiver a maior quota, e, quando essas quotas sejam eguaes, que se applique, conforme as hypotheses, o que dispõe o Codigo de processo civil nos artigos 642.º § unico e 848.º § 3.º, ou o Codigo civil no artigo 1566.º § unico. Não conseguimos descobrir nenhuma razão para que se faça, relativamente ao quinhão, que é uma especie de compropriedade, excepção aos principios que regulam o direito de preferencia entre os proprietarios.

Tambem nos parece que se deve fixar o mesmo praso que se acha estabelecido no artigo 1566.º, para que os posseiros ou quinhoeiros, a quem não seja dado conhecimento da venda, possam, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho ou a quinhoeiro a quem esse direito não pertença. Como a lei não fixa praso para esse effeito,

teem de se applicar as regras geraes da prescripção, sem que para isso haja motivo plausivel.

A referencia que no artigo 2196.º se faz ao artigo 2175.º está errada, devendo substituir-se o artigo 2210.º pelo artigo 2175.º

O que significa a expressão — *titulo particular*, que se lê no artigo 2266.º?

Que ella não pode tomar-se no sentido de *documento particular*, contrapondo-se a *documento authenticico*, já o demonstrámos nesta *Revista*¹. Por aquellas palavras exprime-se o fundamento da aquisição, ou a causa geradora do direito, com determinados caracteres.

Quaes são?

Pelo artigo 2264.º foi abolido o direito de compascuo, estabelecido em predios particulares, por concessão tacita, anteriormente ao Codigo civil, e preceitua-se no mesmo artigo que de futuro só poderá ser constituido por concessão expressa dos proprietarios.

Não subsistindo os direitos de compascuo estabelecidos por concessão tacita, e não se podendo adquirir taes direitos por prescripção, o artigo 2266.º quer significar pelas palavras — *titulo particular* — o mesmo que *concessão expressa*, a qual só pode effectuar-se por contracto ou disposição de ultima vontade (artigo 2264.º § unico).

Mas não é só isto.

Pelo artigo 2265.º tambem foi abolido o direito de compascuo, estabelecido anteriormente á promulgação do Codigo, entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, ainda que haja sido por convenção expressa, e preceitua-se no mesmo artigo que, de futuro, só será permittido estabelecer tal direito sobre predios certos e determinados, e por convenção expressa entre individuos tambem certos e determinados, regendo-se esse compascuo inteiramente pelo titulo da sua instituição.

Ora, se vemos bem, parece que a palavra — *particular* — do artigo 2266.º, se refere ao direito de compascuo estabelecido por contracto nos termos do artigo 2265.º, ou por concessão expressa nos termos do artigo 2264.º § unico, dando aos quinhoeiros, quando o contracto seja perpetuo, o direito de isentarem as suas propriedades desse encargo, mediante o pagamento do justo valor delle.

Uma duvida se pode suscitar, porem, a este respeito, quanto a compascuos de preterito.

Da redacção do artigo 2265.º pode deprehender-se que é valido o direito de compascuo estabelecido por convenção expressa anteriormente ao Codigo por uma universalidade de individuos sobre bens certos e determinados, e por pessoas certas e determinadas sobre uma universalidade de bens, visto que esse artigo, abolindo apenas o direito de compascuo estabelecido entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, parece que exige as duas condições cumulativamente para que o direito de compascuo se considere abolido. E sabemos que alguns juriconsultos assim interpretam o artigo citado.

Quando seja exacta esta interpretação, as propriedades oneradas com o direito de compascuo assim estabelecido poderão ser isentas deste encargo nos termos do artigo 2266.º?

O Projecto primitivo era expresso a este respeito (artigo 2428.º). Em face do Codigo, e tendo a expressão — *titulo particular* — o sentido que acabamos de lhe dar, pode sustentar-se que o contracto perpetuo de compascuo em favor de uma certa universalidade de individuos sobre bens certos e determinados ou sobre uma universalidade de bens em favor de pessoas determinadas não pode ser rescindido.

Confrontando-se o artigo 2265.º do Codigo com os artigos 2428.º, 2429.º e 2439.º do Projecto primitivo, e examinando-se as resoluções tomadas pela

¹ Veja-se o volume 28.º, n.º 1202, pagina 313.

Commissão revisora¹, parece-nos que foi intuito desta considerar abolidos os direitos de compascuo estabelecido sobre predios particulares em favor de uma certa universalidade de individuos, ou sobre certa universalidade de bens em favor de individuos determinados.

E é esta a doutrina que, em nosso parecer, deve ser expressamente consignada no Codigo, modificando-se a redacção do artigo 2265.º, e substituindo-se a expressão — *titulo particular* — do artigo 2266.º por — *nos termos dos artigos antecedentes*.

Em materia de servidões necessitava o nosso Codigo de uma larga remodelação. Pode afirmar-se, sem hesitação, que é este um dos assumptos em que se nota da parte do auctor do Codigo maior confusão de idéas.

Influenciado pela idéa que se attribuia á palavra — *servidão*, parece que o auctor do Codigo teve o proposito de excluir as servidões a que os jurisconsultos chamam *pessoaes*, usando desse termo só para designar *as servidões prediaes* (artigo 2267.º).

Se foi esse o seu intuito, não conseguiu realisal-o completamente, pois empregou a palavra — *servidão* — no artigo 440.º § 1.º e noutros para designar um encargo imposto num predio em beneficio de pessoas.

Não é esse, porem, o inconveniente mais grave que se nota no modo por que foi regulada a materia das servidões.

Esta palavra deveria exprimir o encargo estabelecido sobre uma propriedade de outrem, em virtude do qual se restringissem, de um modo excepcional, os poderes que o direito de propriedade abrange, ou só em beneficio de um predio, se se applicasse o termo no sentido em que é tomado no nosso Codigo, ou ainda em beneficio das pessoas, quando se lhe dêsse um sentido amplo, que comprehendesse o usufructo, o uso e habitação e outros onus estabelecidos sobre as cousas de beneficio de certas pessoas. Ora o auctor do Codigo, ao passo

que deixou de regular no titulo em que tracta das servidões alguns onus estabelecidos num predio em beneficio de outro predio, que representam uma limitação excepcional dos direitos do proprietario, e bastar-nos-á citar a servidão de transito para predios encravados e a servidão de aqueducto, inseriu no referido titulo algumas disposições que não podem considerar-se de modo algum como reguladoras de servidões, pois que, estabelecendo-se por ellas uma limitação ao direito de propriedade, essa limitação não tem character excepcional, representando apenas a regulamentação do direito de propriedade.

É o que succede com as servidões reguladas nos artigos 2282.º a 2285.º. Essas servidões representam, nos termos do artigo 2286.º, verdadeiras restricções ao direito de propriedade, determinadas pelas relações de vizinhança, limitações que deveriam ser tractadas no logar competente.

Da errada comprehensão que o nosso legislador formou ácerca das servidões, resulta que a theoria que ácerca dellas se acha formulada no Codigo, designadamente na parte respeitante aos titulos por que se podem constituir, não é rigorosa e suscita graves difficuldades de exegese. Reconhecendo a necessidade de uma remodelação do Codigo civil a este respeito, parece-nos que ella não cabe nos limites de uma revisão, pois teria como consequencia uma importante deslocação de materias.

Limitar-nos-emos, pois, a notar algumas duvidas de character exegetico e a corrigir alguns defeitos de redacção.

No artigo 2273.º § unico, preceitua-se que subsistem as servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, apparentes, ou não apparentes, adquiridas anteriormente á promulgação do Codigo, *conforme o uso ou costume das terras*.

É evidente que o legislador teve em vista exceptuar do disposto no artigo 2273.º as servidões dessa natureza que houvessem sido adquiridas, anteriormente ao Codigo, pela prescripção, a qual só podia effectuar-se em harmonia com a lei, qualquer que fosse a natureza desta.

¹ Vejam-se as *Actas*, paginas 339 a 341.

Parece-nos conveniente que se modifique neste sentido a redacção do referido § unico:

A respeito das servidões continuas não apparentes, e das descontínuas, apparentes ou não apparentes, tem-se suscitado duvidas sobre a admissibilidade do desforço e das acções possessórias, em vista do disposto no artigo 490.º, havendo decisões encontradas dos tribunaes.

Alguns jurisconsultos sustentam que este artigo tanto se applica ás servidões que hajam sido constituídas anteriormente á publicação do Codigo civil, como ás que o tiverem sido posteriormente, já porque a lei nenhuma distincção faz a este respeito, já porque o artigo 490.º deve considerar-se de character adjectivo, já porque nas acções possessórias não se pode conhecer da questão de dominio, e a prova da existencia da servidão envolveria mais ou menos esse conhecimento¹.

Nesta *Revista* sustentámos que, resalvando-se no § unico do artigo 2273.º a servidões a que se refere o artigo 490.º, quando ao tempo em que foi promulgado o Codigo civil já houvessem sido legitimamente adquiridas pela prescripção, se pode defender o direito a essas servidões por qualquer dos modos admittidos em direito e portanto pelas acções possessórias².

Este ponto deve ser esclarecido.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Bernardo de Albuquerque e Amaral,
Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1626, pagina 500)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 97 (cont.). Modificações que devem introduzir-se na parte do Codigo respeitante ao direito de propriedade. — 98. Necessidade de modificar e esclarecer o Codigo em materia de responsabilidade civil. Estudo que nos propomos fazer a este respeito.

97 (cont.). O artigo 2274.º, em que se regula a constituição de servidão por destinação do pae de familia, deve completar-se, fazendo-se referencia expressa á hypothese em que o signal ou signaes apparentes e permanentes, que atestem a servidão de um predio para outro, não tenham sido postos em um ou em ambos os predios pelo dono delles, por ter a servidão sido constituida antes de os predios pertencerem ao mesmo proprietario, limi-

tando-se este, pela aquisição do predio dominante ou serviente, a conservar a servidão constituida, a qual, pela reunião dos predios no dominio da mesma pessoa, deixou de existir, em virtude do principio — *res sua nemini servit*.

Neste caso, em que não ha a criação de uma servidão por destinação do pae de familias, visto que ella existia antes de os dois predios se confundirem, parece-nos que a lei deve determinar que essa servidão reviverá, quando, em relação ao dominio, os dois predios venham a separar-se, existam ainda os signaes da servidão e não se faça declaração alguma a esse respeito no documento.

No artigo 2279.º n.º 2.º preceitua-se que as servidões acabam pelo não uso durante o tempo necessario para haver prescripção, e no artigo 2280.º que a prescripção correrá, nas servidões descontínuas, desde o dia em que se deixar de usar, e nas continuas desde o dia em que começar a interrupção da servidão.

Quando seja, porem, em virtude de caso de força maior que deixe de se usar ou se interrompa a servidão, a prescripção correrá?

E, ainda no caso affirmativo, quando o não uso de uma servidão se dê em virtude da impossibilidade de usar della, em que condições continúa, quando as cousas se restabeleçam de forma que esse uso seja possível?

Na nossa jurisprudencia tem havido duvidas a este respeito, que conveniente era que fossem esclarecidas.

O conselheiro Dias Ferreira, em harmonia com a doutrina que ensinava Correia Telles¹, sustenta que, se o não uso da servidão é devido a caso de força maior, não se verifica a prescripção, declarando que é essa a disposição do n.º 3.º do artigo 545.º do Projecto do Codigo civil hespanhol, que é tambem o que dispõem os artigos 703.º e 704.º do Codigo civil francês, e que, se o nosso legislador não sancionou expressamente esta doutrina, foi por a julgar comprehendida nos principios geraes de direito².

A doutrina do Projecto do Codigo civil hespanhol e no Codigo civil francês não é a que o illustre commentador do Codigo civil lhes attribue.

Nos artigos referidos declara-se que as servidões cessam, quando ha a impossibilidade de usar dellas, mas que revivem quando as cousas se restabeleçam de modo que esse uso seja possível, linguagem que aliás é inexacta, pois que a impossibilidade de usar da servidão constitue um obstaculo ao exercicio do direito e não a perda deste, havendo apenas uma interrupção desse exercicio.

A impossibilidade de usar da servidão pode ter, porem, como consequencia indirecta a sua extincção, quando se dê o não uso della pelo tempo fixado na lei para a prescripção³.

Parece-nos que esta doutrina deveria ser expressamente formulada no Codigo.

No artigo 2284.º deve substituir-se o verbo — *despojar* — por — *despejar*, que era o empregado no Projecto primitivo (artigo 2460.º).

No artigo 2288.º, em que se determina a extensão do direito de propriedade, declarando-se que abrange o solo em toda a sua profundidade, e o espaço aereo correspondente ao mesmo solo, na altura susceptivel de occupação, resalvam-se as disposições da lei em relação a minas; e nos artigos 465.º a 467.º, estabelecem-se os principios fundamentaes relativamente ao direito de pesquisar e lavrar minas, que aliás foram já modificados, e declara-se que os direitos dos possuidores do solo e dos descobridores das minas, no caso de concessão, ficam reservados para legislação especial.

Ora constituindo as minas, pela sua descoberta e concessão, uma propriedade immovel distincta da da superficie, havendo assim no mesmo terreno duas propriedades sobrepostas, a que são applicaveis as regras geraes sobre a propriedade immobiliaria e disposições especiaes de character civil, parece-nos que era no Codigo civil, e não na legislação administrativa, que se deveriam consignar essas disposições, e designadamente as que respeitam ao character da propriedade da mina e ás limitações do direito de propriedade do solo em relação ao das minas, e vice-versa.

No artigo 2304.º não se faz distincção, pelo que respeita á construcção em terreno proprio com materiaes pertencentes a outrem, entre o proprietario de boa e de má fé, e tambem se não faz distincção a esse respeito no artigo immediato, quanto á sementeira ou plantações em terreno proprio com sementes ou plantas alheias.

Esta doutrina não se harmonisa de modo algum com o systema seguido pelo nosso Codigo e por todos os Codigos modernos, que não sujeitam a responsabilidade civil ou a indemnisação de perdas

¹ *Digesto português*, livro 3.º, artigos 494.º e 495.º

² *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 5.º, pagina 60.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 12.º, n.º 609, pagina 583.

e damnos o possuidor de boa fé, e como tal não pode deixar de ser considerado quem construe com materiaes alheios, convicto de que são seus, ou faz, nas mesmas condições, sementeira ou plantações com sementes ou plantas alheias.

Parece-nos, pois, de justiça que seja modificada a doutrina dos artigos citados.

No artigo 2314.º preceitua-se que, se for indispensavel, para reparar algum edificio, levantar andaimes, collocar alguns objectos sobre predio alheio ou fazer passar por elle os materiaes para a obra, será o dono do dicto predio obrigado a consentil-o.

Parece-nos que esta disposição se deve applicar tambem ao caso em que se tracte da construção de algum edificio, pois a razão é a mesma, attento o direito que o proprietario tem de construir no seu terreno.

Em vista do caracter que teem as limitações ao direito de propriedade, devem esclarecer-se as duvidas que a esse respeito se podem suscitar.

98. A materia da responsabilidade civil é uma das mais difficeis do direito civil, quer se considere sob o ponto de vista exegetico, quer sob o ponto de vista doutrinal.

Está sendo contestado a este respeito, pelos mais abalisados jurisconsultos, o proprio fundamento em que tradicionalmente assentava a responsabilidade civil, propondo-se a substituição da idéa de culpa pela do damno objectivamente considerado. E jurisconsultos ha que tambem não admittem a distincção entre a infracção de um dever de caracter geral e a de uma obrigação relativa pre-existente, não só para a determinação subjectiva da responsabilidade, mas tambem para a gradação do damno ou medida objectiva dessa responsabilidade.

Ao lado destas questões fundamentaes, estreitamente vinculadas a ellas e sendo até, em grande parte, a causa proxima da revolução que se está operando em

materia de responsabilidade civil, ha os gravissimos problemas da responsabilidade pelos accidentes do trabalho, e o da responsabilidade civil do Estado e pessoas moraes pelos factos praticados pelos seus agentes e funcionarios.

No nosso Codigo civil não ha, pelo que respeita ao fundamento da responsabilidade civil, disposições nitidas e precisas. Prescindindo da idéa de culpa na noção que dá de responsabilidade civil (artigo 2361.º); imputando a responsabilidade civil connexa com a criminal aos dementes e menores (artigos 2377.º e 2379.º), parece exigir ao mesmo tempo, para a imputação dessa mesma responsabilidade, a culpa ou negligencia (artigos 2385.º e 2387.º); e, quanto á mera responsabilidade civil que derive da infracção de um dever de caracter geral, exige sempre a culpa, cuja existencia ora presume (artigo 2394.º), ora não (artigo 2395.º), sem que se descubra razão alguma plausivel para as differenças que a este respeito estabelece.

Quanto á responsabilidade pelos accidentes de trabalho, não apparece no Codigo civil disposição alguma especial, e o mesmo succede em relação á responsabilidade do Estado e das pessoas moraes.

Notaremos ainda que, se a distribuição das materias é defeituosa, separando-se da responsabilidade civil connexa com a criminal e da responsabilidade meramente civil a responsabilidade por perdas e damnos proveniente da inobservancia dos regulamentos, ou por desleixo ou imprudencia, e a responsabilidade por perdas e damnos causados por empregados publicos no exercicio das suas funcções, as quaes não podem deixar de incluir-se numa daquellas categorias, o modo por que se regulou cada uma dessas responsabilidades não só suscita as mais graves duvidas de exegese, mas é, em alguns pontos, completamente indefensavel.

Estas considerações determinaram-n'os a fazer um *Estudo sobre a responsabilidade civil*, em que exporemos, o mais succintamente que nos seja possivel, os

principios fundamentaes ácerca desta materia, terminando por indicar as reformas que a este respeito devem ser introduzidas no Código civil.

(Continúa).



SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1628, anno 37.º, pagina 532)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 99. Alterações que devem introduzir-se em materia de provas em geral.

99. O modo por que está redigido o artigo 2406.º suscita, na parte respeitante

á applicação pelos nossos tribunaes de leis estrangeiras, uma questão grave e de incontestavel alcance, quer se considere sob o aspecto theorico quer sob o aspecto pratico.

Dispõe-se nesse artigo que, nos casos em que fôr invocada alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle que tiver allegado essa lei, tendo esta disposição a sua fonte na Ordenação, livro 3.º, titulo 53.º, § 9.º, em que se preceituava: «E articulando-se do Direito de outro Reino, ou Cidade, onde a demanda se «não tracta, deporá e responderá a parte

«a tal artigo. Pode-se pôr exemplo. Em «Florença ha Statuto, que o menor de «dezoito annos não possa fazer testa- «mento: se a parte fizer artigo do dicto «Statuto, por intender ajudar-se delle em «seu feito, responderá e deporá a parte «contraria a elle. Porque por ser Direito «de logar certo pode-se provar: e tudo o «que se pode provar se pode per Direito «articular, e per consequencia a parte «deporá a elle, porque o depoimento foi «introduzido para que pela confissão feita «por elle aos artigos, seja a parte relevada «de dar a elles prova.»

Não se faz no Codigo civil, do mesmo modo que se não fazia na Ordenação, distincção entre leis estrangeiras codificadas e não codificadas, tendo a Comissão revisora alterado, em sessão de 16 de dezembro de 1863, o § unico do artigo 2762.º do Projecto primitivo, pelo qual apenas se impunha a obrigação de provar a existencia de leis estrangeiras não codificadas. Sempre que se tracte, pois, da applicação de uma lei estrangeira, a parte que a invoca terá de provar a sua existencia, se a parte contraria a contestar.

Ficará, porem, inhibido o juiz, quando se invoque uma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, de applicar essa lei, se a parte que a invocou não provar a sua existencia? E, não sendo pela lei que tenha sido invocada por uma das partes e não contestada pela outra que a questão deva ser decidida, o juiz deverá applicar essa lei? E, devendo applicar-se uma lei estrangeira que não tenha sido invocada, como deverá o juiz decidir?

O artigo citado apenas impõe a quem invocar uma lei estrangeira a obrigação de provar a sua existencia, no caso de ser contestada; não declara que o juiz fica adstricto a julgar pela lei invocada, no caso de não ser contestada a sua existencia, nem determina qual a lei que deve applicar no caso de, sendo contestada a existencia da lei estrangeira que se invocou, se não provar que ella existe, ou no de, devendo applicar-se uma lei estrangeira, esta não ser invocada.

Em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1891¹ julgou-se: «Quando nos tribunaes portugueses houverem de ser julgados os «litigios pelo direito estrangeiro, é neces- «sario que este seja provado por qualquer «dos modos que a pratica tem sancio- «nado. Não basta invocar o direito estran- «geiro, porque, se os magistrados, como «jurisconsultos, podem conhecel-o, não «podem como julgadores applical-o, se «a prova delle não estiver nos autos. «E assim, não estando provado que a «lei . . . tem a questão de ser resolvida «pela lei portuguesa.»

A doutrina seguida neste accordão é a do systema tradicional, estabelecido em algumas legislações e adoptado pela pratica judicial de differentes Estados, segundo o qual a lei estrangeira é considerada como um facto que tem de ser allegado e provado, não podendo o juiz applical-a officiosamente, e devendo, sempre que as partes não provem a sua applicabilidade e existencia, julgar segundo a *lex fori*.

Seria este o systema que o nosso legislador sancionou?

Pronuncia-se negativamente o dr. Machado Villela.

Para este professor, sempre que a lei portuguesa declare competentes as leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas, torna, em principio, obrigatoria a applicação dessas leis pelos nossos tribunaes; seria portanto necessaria uma disposição expressa de lei para que essa applicação ficasse dependente da allegação e prova dos interessados, e não pode assim considerar-se a que se acha consignada no artigo 2406.º «Em «verdade, diz elle, em parte alguma se lê «o principio geral de que, para a appli- «cação do direito estrangeiro, este deva «ser invocado e provado pelas partes, «e, portanto, em parte alguma está sanc- «cionada a doutrina de que, embora com- «petente, a lei estrangeira não passa de «um *facto* que, como qualquer outro,

¹ Nesta *Revista*, volume 33.º, n.º 1459, pagina 79.

«precisa de ser allegado e provado pelos interessados. Apenas se figura a hypothese de uma das partes invocar uma lei estrangeira e a outra contestar a sua existencia, impondo-se ao allegante a obrigação de provar essa existencia, hypothese que nem auctorisa a generalisação de que o direito estrangeiro deve ser sempre invocado e provado pelos interessados para poder ser applicado, nem leva a concluir que, mesmo nesse caso especial, o tribunal deva decidir-se, na falta de prova, pela applicação da lei portugueza.»

Até no caso de quem allega a lei estrangeira provar, sendo ella contestada, a sua existencia, o juiz fica, na opinião do dr. Machado Villela, com a liberdade de applicar ou não essa lei, segundo entender que é ou não competente para resolver a questão, «pois não se tracta de um simples facto que elle tenha necessariamente de acceitar, mas de um preceito de lei cuja applicabilidade deve determinar».

Não determina o artigo 2406.º qual a lei que, quer se considere provada, quer não, a existencia da lei estrangeira, o juiz deve applicar, e, se fosse adoptada a doutrina do Supremo Tribunal de Justiça, ficaria ao arbitrio das partes a applicação das leis estrangeiras, quando é certo que, preceituando essa applicação, o legislador reconheceu a competencia dessas leis para regular as relações juridicas a que são applicaveis.

Conclue o dr. Machado Villela por opinar que «a obrigação de provar estabelecida no artigo 2406.º não significa mais que o *concurso* das partes para a determinação da lei estrangeira na hypothese ahi estabelecida».

Sustentando esta doutrina, conclue este professor por manifestar o desejo de que o artigo 2406.º seja modificado no sentido de se tornar *claramente* officiosa a applicação das leis estrangeiras¹.

(*Continúa*).

¹ *Direito internacional*. — Lições de 1905 a 1906, paginas 770 e seguintes.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1708, pagina 4)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 99. (cont.) Alterações que devem introduzir-se em materia de provas em geral.

99. (cont.) Já exposémos nesta *Revista*¹ os systemas adoptados pelos internacionalistas e seguidos nos diferentes países ácerca da applicação e prova das leis estrangeiras, e, pronunciando-nos pelo systema que considera obrigatoria para os juizes a applicação dessas leis; nos casos em que essa applicação deve ter logar segundo os principios de direito internacional admittidos pelo Estado, dissémos que reconheciamos a importancia do systema que considera a lei estrangeira como um factio, quando a esse systema se não dê o character absoluto com que tem sido

formulado e applicado em alguns países. Fundámo-nos em que, se é incontestavel que os nossos tribunaes não podem deixar de applicar as leis estrangeiras, quando pela nossa legislação é reconhecida a competencia dellas quanto a determinadas relações juridicas, não pode sustentar-se, no estado actual das relações internacionaes, que os juizes devam ser obrigados a conhecer a legislação de todos os povos.

E assim justificámos a disposição consignada no artigo 2406.º, em virtude da qual, acrescentámos, não se suppõe no juiz, nem se podia suppôr, o conhecimento das leis estrangeiras.

A illação que, em nosso parecer, se tira do artigo 2406.º, é esta: os nossos tribunaes, embora sejam obrigados a applicar, não são obrigados a conhecer as leis estrangeiras. D'ahi a obrigação imposta a quem as invoque de provar a sua existencia, quando esta seja contestada, e intendemos que, se não fôr invocada a lei estrangeira por que a questão deve ser decidida, ou se essa lei fôr diversa da allegada e provada pelas partes, o juiz tambem não é obrigado a applical-a, visto que não se presume nelle o conhecimento dessa lei.

Sendo assim, sempre que o juiz conheça a lei estrangeira por que deve decidir a

¹ Veja-se o volume 20.º, n.º 1025, paginas 578 e 579.

questão, pode julgar em harmonia com ella, embora não seja allegada e provada pelas partes, pois que a applicação dessa lei não pode ficar no arbitrio destas; mas não é obrigado a conhecê-la e consequentemente a applical-a. São as partes que teem de ministrar-lhe o conhecimento dessa lei, e, se o não fizerem, como a *lex fori* se deve considerar subsidiaria nos casos em que se não possa determinar a lei estrangeira que se deveria applicar, o juiz terá de julgar em harmonia com a nossa lei.

Estamos assim nos dominios do systema que sustenta ser o juiz auctorizado, mas não obrigado, a applicar o direito estrangeiro, salvo nos casos em que as partes provem a existencia desse direito, em que lhe é imposta essa obrigação.

É este, em nosso parecer, o systema que se acha sancionado no artigo 2406.º

Será acceitavel?

Não podemos deixar de nos pronunciar, em theoria, negativamente.

As normas de character internacional pelas quaes se fixa a competencia de cada Estado na ordem legislativa são de interesse publico, não sendo portanto admissivel um systema que, embora de um modo restricto, deixa a applicação dessas leis dependente do arbitrio do juiz.

Sendo, porem, indefensavel em theoria este systema, necessario é que se attenda tambem á difficuldade que ha para os juizes de conhecerem a legislação estrangeira, emquanto se não estabelêcer um meio pelo qual elles possam, sem grande dispendio e com a maior segurança, obter esse conhecimento. Até em relação ás leis que estão codificadas, e que aliás podem ser modificadas por leis avulsas, e aos paeses em que sejam publicados trabalhos de jurisprudencia sobre os diversos ramos do direito, será extremamente penoso ao juiz conseguir, por trabalho proprio, esclarecer-se devidamente ácerca da existencia de uma lei estrangeira e do modo por que deve ser interpretada.

Obter officiosamente o conhecimento das leis estrangeiras, como foi indicado pelo Instituto de direito internacional e pela terceira conferencia da Haya de direito

internacional privado¹, por meio de carta rogatoria dirigida por intermedio do ministerio da justiça e do ministerio dos estrangeiros ao ministro da justiça do Estado cujo direito se pretende conhecer, para que este certifique a existencia da lei ou o seu teor, seria um processo efficaz; mas escusado será notar que, emquanto esse assumpto não fôr devidamente regulado entre os differentes Estados, não se pode tomar em consideração para se sancionar um systema sobre a applicação das leis estrangeiras.

Pode tambem conseguir-se o conhecimento das leis estrangeiras, requisitando, por intermedio do ministerio dos estrangeiros, um attestado do teor dessas leis aos nossos agentes diplomaticos e consulares no estrangeiro ou aos agentes diplomaticos e consulares estrangeiros acreditados no nosso país².

Este meio não pode, porem, considerar-se completamente efficaz, emquanto não houver em cada Estado uma repartição publica, composta de pessoas que sejam versadas nos diversos ramos do direito, a quem os agentes diplomaticos ou consulares possam dirigir-se.

(Continúa).

REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1709, pagina 18)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 99. (cont.) Alterações que devem introduzir-se em materia de provas em geral.

99. (cont.) Daria sem duvida bom resultado o systema propôsto por alguns internacionalistas de, por meio de tratados, serem obrigados os tribunaes do Estado, cujas leis tenham de ser applicadas, a ministrar aos tribunaes estrangeiros, quando estes lh'o rogassem, os esclarecimentos necessarios ácerca dessas leis. Esse systema, porem, apesar de a lei inglesa de 17 de maio de 1867, prevendo a hypothese de se concluirem tratados sobre tal assumpto, haver regulado o processo a seguir, não tem tido, que saibamos, applicação pratica¹.

Do que deixamos dicto conclue-se que ás providencias, que por meio de leis e tratados tem sido adoptadas pelos diversos Estados no sentido de se determinar precisamente a efficacia extraterritorial do direito, não tem correspondido outras medidas que eram necessarias para tornar completamente efficazes aquellas providencias, divulgando-se o conhecimento das leis estrangeiras, ou assegurando-se, pelo menos, esse conhecimento em relação aos pleitos que se levantassem nos tribunaes. O que entre nós se tem feito sobre este assumpto, já pelo decreto de 18 de julho de 1889, pelo qual se mandou organizar uma collecção de legislação estrangeira no ministerio da justiça, já pelo regulamento consular de 24 de dezembro de 1903, que dá competencia aos agentes consulares portuguezes residentes em país estrangeiro para passar certificados da existencia e teor das leis desse país, não invalida o que acabamos de dizer.

Sendo assim, não pode applicar-se rigorosamente, em relação ás leis estrangeiras, o principio *jura noscitur curia*; é necessario harmonisar esse principio com a necessidade que ha de que sejam facultados ao juiz os meios necessarios para obter o conhecimento dessas leis, devendo até prever-se a hypothese de que se não

¹ Veja-se Darras, *De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère*, no *Journal de droit international privé*, anno 28.º, paginas 442 e seguintes.

consigam esses esclarecimentos e determinando-se, quando ella se verifique, a lei que deve applicar-se. Nesta orientação, e sem de modo algum concordarmos com o systema que considera a lei estrangeira um factó, admittimos que se imponha ás partes a obrigação de provar a existencia da lei estrangeira. O concurso obrigatorio destas quanto á prova dessa lei não está em contradicção com o principio, hoje indiscutivel, de que a applicação das leis estrangeiras é obrigatoria para os juizes, e é um dos meios por que se pode conseguir em juizo o conhecimento das leis estrangeiras.

Não deverá, porem, limitar-se ao caso em que seja allegada e contestada a existencia de uma lei estrangeira a obrigação imposta ás partes de provar a sua existencia. Deve facultar-se ao juiz a exigencia dessa prova, quando elle por outro meio não possa conseguir os necessarios esclarecimentos, sempre que a questão deva ser decidida por uma lei estrangeira, quer esta tenha sido allegada e contestada, quer não.

Resumindo :

A doutrina que admittimos com relação á applicação e prova das leis estrangeiras é a de que essa applicação deve ser obrigatoria para o juiz, de que o juiz pode fazer uso do conhecimento pessoal que tenha dessas leis e de que, quando elle o julgue necessario, a prova dessas leis ou quaesquer esclarecimentos ácerca dellas sejam ministrados pelas partes.

Esta doutrina tem sido sancionada em alguns países estrangeiros. Assim, no artigo 293.º do Codigo de processo civil allemão de 1898, correspondente ao artigo 265.º do Codigo de processo civil de 1877, preceitua-se que o juiz é obrigado a applicar a lei estrangeira, quando della tenha conhecimento; e que, se o não tiver, pode ordenar ás partes interessadas que lhe ministrem instrucções a esse respeito, sem que isso obste a que procure esclarecer-se sobre o assumpto como melhor intender, e a que ordene as provas *ex officio*. O Codigo de processo civil da Austria de 1895 dispõe egualmente no artigo 271.º, que só é necessario provar o direito

estrangeiro quando elle não seja conhecido do tribunal, e que este não fica obrigado a julgar em harmonia com as provas adduzidas pelas partes, podendo proceder officiosamente a todas as investigações que lhe pareçam necessarias e requisitar especialmente a intervenção do ministerio da justiça. O artigo 709.º do Codigo de processo civil da Russia, dispondo que a parte interessada na applicação de uma lei estrangeira deve referir-se a ella expressamente e determinar o seu valor e alcance, auctorisa o tribunal a esclarecer-se a esse respeito directamente, ou por meio do ministerio dos negocios estrangeiros. Pelo artigo 2.º da lei federal suissa de 25 de junho de 1891 o juiz é obrigado a applicar officiosamente a lei dos Estados estrangeiros¹. Finalmente, o artigo 2.º do tratado concluido no congresso de Montevideo sobre a applicação das leis dos Estados contractantes estatue que a applicação das leis destes Estados será feita *ex officio* pelo juiz da causa, sem prejuizo de que as partes possam allegar e provar a existencia e conteúdo da lei invocada².

Admittindo a doutrina de que o juiz deve applicar officiosamente as leis estrangeiras, não excluimos a hypothese de que não seja provada a existencia dessas leis, ou de que o juiz não possa pessoalmente obter o conhecimento dellas, e necessario é determinar, quando tal hypothese se verifique, qual a lei que deve applicar.

No systema que considera a lei estrangeira como um factó, parece que, sempre que as partes não provarem a existencia da lei e o seu conteúdo, o juiz deverá abster-se de conhecer do pedido em harmonia com o principio, *actore non probante, reus absolvitur*. Mas a doutrina e a jurisprudencia dos países em que se segue esse systema nunca applicaram tal principio, mas o de que o juiz devia decidir a questão em harmonia com a *lex fori*,

¹ Veja-se Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale*, parte geral, paginas 452 e seguintes.

² *Actas del congresso sud-americano de derecho internacional privado*, pagina 636.

fundando-se na presumpção de que a lei estrangeira, desconhecida do juiz, era identica ao direito nacional, presumpção que assenta no facto de que «um grande numero de normas juridicas, como diz «Von Bar, conteem disposições conformes «á natureza das cousas somente, e que portanto nas diversas legislações dos povos «civilisados, que teem o mesmo gráu de «cultura, existem necessariamente muitas «disposições communs.»¹

Os estudos de legislação comparada viéram, porem, evidenciar que a conformidade entre as legislações dos povos civilisados existe nos principios juridicos fundamentaes e não nas suas applicações. «Até nas legislações, diz Fedozzi, que «podem considerar-se pertencentes a um «mesmo grupo bem caracterisado, difficilmente existe comunidade de regras «especificas sem o influxo de causas historicas, que de algum modo determinem «a imitação de umas leis por outras.»²

Ora, quando haja a comunidade de normas juridicas proveniente de causas historicas, sem duvida poderá o juiz, por si ou mediante o concurso das partes, obter os necessarios esclarecimentos ácerca da lei estrangeira. A comunidade de normas juridicas devida a outras causas constituirá, designadamente nas legislações de typo diverso, uma excepção, e portanto de modo algum poderá justificar a doutrina de que o juiz deva applicar a lei nacional, quando lhe seja impossivel verificar a existencia e o teor da lei estrangeira.

Essa justificação encontra-se no proprio facto de ser impossivel tal verificação. Como ao juiz não é permittido invocar a falta de lei para deixar de julgar a causa, na impossibilidade de conhecer a lei estrangeira deve applicar, como subsidiaria, a *lex fori*.

Na applicação das leis estrangeiras deve o juiz orientar-se pelos mesmos criterios que se tivesse de applicar a *lex fori*.

É assim que, podendo as partes provar não só a existencia da lei, mas o modo como tem sido interpretada, o juiz não fica adstricto a julgar segundo a doutrina dominante nos paises estrangeiros. É em nome do Estado a que pertence que elle julga, competindo-lhe determinar, em harmonia com a sua convicção, o sentido da lei.

Quando o juiz decida contra direito, por falsa ou errada applicação da lei, compete ás partes o recurso de revista.

Este recurso é uma consequencia logica da applicação officiosa das leis estrangeiras.

Notaremos todavia que até nos paises em que a lei estrangeira é considerada como um facto não se tem excluido, de um modo absoluto, o recurso de revista por falsa ou errada applicação do direito estrangeiro, o que pode deixar de considerar-se uma incoherencia, quando se attenda a que, provada a existencia da lei, cumpre ao juiz applical-a como tal, pois é por ella que a questão deve ser decidida.

Alguns internacionalistas teem sustentado, attendendo ao fim do tribunal de revista — completar a unidade legislativa pela uniformidade da jurisprudencia, que o recurso de revista só deve existir quando se julgue contra o direito nacional¹.

Tem-se notado, porem, e com razão, que o tribunal de revista, tendo realmente por função propria manter a unidade da jurisprudencia, deixaria de cumprir essa missão em toda a sua plenitude se não fossem sujeitas á sua apreciação as sentenças em que se applique o direito estrangeiro, pois poderiam dar-se assim divergencias nos julgados dos tribunales, contrarias aos interesses privados e offensivas da ordem juridica². A razão justificativa do tribunal de revista existe, tanto no caso em que tenham de applicar-se leis nacionaes, como quando tenham de applicar-se leis estrangeiras.

(Continúa).

¹ Citado por Fedozzi.

² Obra e tomo citado, pagina 483.

¹ Veja-se Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile*, tomo 1.º, pagina 41.

² Veja-se Fedozzi, obra e tomo citado, pagina 477.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado, Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1710, pagina 35)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 99. (cont.) Alterações que devem introduzir-se em materia de provas em geral. — 100. Modificações que devem introduzir-se nas disposições respeitantes a confissão.

99. (cont.) O artigo 2406.º do Codigo civil não se refere aos usos e costumes. Ora se é certo que os usos e costumes não constituem hoje uma fonte immediata de direito, não podendo por elles estabelecer-se normas juridicas em virtude das quaes se revogue o direito escripto (lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º, e Codigo civil, artigo 9.º), ou se regulem relações que nelle não hajam sido previstas (Codigo civil, artigo 16.º), e não tendo tão pouco força obrigatoria para o juiz a jurisprudencia tradicional (Codigo civil, artigo citado), não o é menos que

foram resalvados pelo Codigo alguns direitos adquiridos em harmonia com os usos e costumes existentes ao tempo em que elle começou a executar-se, e que os usos e costumes ainda hoje formam direito objectivo por que devem regular-se algumas relações juridicas, visto que o Codigo os manda applicar na falta de convenção ou disposição das partes.

Sendo assim, cumpre-nos determinar se o juiz só deve applicar os usos e costumes, quando sejam invocados e provados pelas partes, ou se tem de os applicar officiosamente.

Segundo a nossa jurisprudencia, o costume é considerado como um facto, cuja prova tem de ser feita por quem o allega¹, e é essa a doutrina dominante na jurisprudencia estrangeira². Desde o principio do seculo xix, porem, que os juriscultos allemães começaram a combatel-a, sustentando que, se o direito consuetudinario se estabelece e prova por factos, estes formam uma regra de direito, e, como tal, o juiz deve applical-a officiosamente.

¹ Veja-se Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre processo civil*, nota 419, e Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ.*, § 173.º

² Veja-se Geny, *Méthode de interprétation et sources en droit privé positif*, pagina 307.

Essa doutrina não só é hoje admittida pelos juriconsultos allemães como a mais accetavel em theoria, mas acha-se sancionada no artigo 293.º do Codigo de processo civil allemão de 1898¹.

Este Codigo, preceituando que o juiz deve applicar *ex officio* o direito consuetudinario, reconhece todavia, em harmonia com a doutrina ensinada pelos juriconsultos, que o conhecimento dos usos e costumes, que revestem ordinariamente caracter local e são de formação lenta, pode offerecer gravissimas difficuldades ao juiz, não exigindo que este tenha ácerca do direito consuetudinario um conhecimento tão completo como o que pode adquirir sobre o direito escripto. É assim que, segundo o disposto no artigo citado, o juiz pode, quando não tenha conhecimentos sufficientes sobre o direito consuetudinario que deve applicar, impôr á parte que o invoca a obrigação de provar a sua existencia e conteúdo, e que esta tem o direito de adduzir a referida prova.

Esta modificação ao principio de que o juiz conhece o direito de modo algum tira ao costume o seu caracter de direito objectivo, sendo o juiz obrigado a applical-o officiosamente, e podendo esclarecer-se ácerca da sua existencia e conteúdo em qualquer estado da causa e pelos meios que julgue mais idoneos, sem que tenha de prender-se com as formalidades que devem observar-se na prova dos factos propriamente dictos.

A doutrina que se acha sancionada no Codigo de processo civil allemão merece o nosso pleno assentimento, e, sem discutirmos se, em face da nossa legislação, se poderá affirmar que o juiz não só pode mas deve applicar officiosamente o direito consuetudinario, quando d'elle tenha conhecimento, salvo nos casos em que do facto de não ser allegado nem provado este direito se deva inferir a renuncia aos direitos que por elle se podiam fazer valer, parece-nos que essa doutrina

deve ser expressamente consignada no artigo 2406.º

O que dizemos ácerca dos usos e costumes é igualmente applicavel aos estatutos ou posturas municipaes ou a quaesquer regulamentos locaes que não sejam publicados na folha official.

Em harmonia com as considerações que temos feito ácerca do artigo 2406.º, redigiríamos assim este artigo:

«Nos casos em que deva ser applicado algum costume, estatuto ou postura municipal deste país, ou alguma lei estrangeira, o juiz pode, se delles não tiver conhecimento ou a possibilidade de o adquirir, impôr á parte que os allega a obrigação de provar a sua existencia e conteúdo.

«§ unico. Quando seja impossivel verificar a existencia e conteúdo da lei estrangeira, o juiz applicará a lei portugueza.»

100. No artigo 2408.º define-se *confissão* o reconhecimento expresso que a parte faz do direito da parte contraria, ou da verdade do facto por ella allegado.

Esta definição é inexacta.

Para que haja a confissão como prova não é sempre necessario que o reconhecimento seja *expresso*. É assim que o proprio Codigo civil admitte o *silencio* como confissão, quando a parte, requerida para depôr, sob pena de ser havida por confessa, a isso se recusa sem justa causa (artigo 2411.º § unico), e que o Codigo de processo civil admitte confissões tacitas (artigos 294.º § 4.º, 455.º, 499.º § 3.º, 500.º § 5.º e 502.º)¹.

Embora seja verdadeira a doutrina de que a confissão tacita só pode admittir-se em virtude de uma presumpção legal, por força da qual, e observadas que sejam as formalidades estabelecidas na lei, o silencio da parte, a sua recusa, sem justo motivo, a responder sobre um determinado facto, ou um certo acto por ella praticado, se considera como tacito reconhecimento, exprimindo assim o artigo 2408.º o prin-

¹ Veja-se Windscheid, *Pandette*, edição de Fadda e Bensa, tomo 1.º, § 17.º, e Dernburg, *Pandette*, tradução de Cicala, tomo 1.º, § 28.º

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 8.º, n.º 387, pagina 353, e volume 21.º, n.º 1075, pagina 552.

cipio de que a confissão deve ser expressa, o modo como essa disposição se acha formulada não pode deixar de considerar-se pouco rigoroso.

E tambem o não é nas palavras — *do direito da parte contraria*.

Como se vê da definição que o Código dá de *prova* (artigo 2404.º), esta não respeita ao direito mas aos factos, não sendo assim facil determinar o que se intenda por confissão do direito, pois não pode ter influencia alguma sobre o alcance ou valor de uma regra de direito a declaração que uma das partes faça a tal respeito. Essa declaração não constituirá de modo algum uma prova por que a questão deva decidir-se. Pode a parte que confessa reconhecer o direito reclamado pela outra parte, sem se prender com as normas legislativas reguladoras dos factos de que resultou uma determinada situação subjectiva, e, feita nesses termos a confissão, o juiz tem de julgar em harmonia com ella, não podendo entrar na apreciação do modo por que essas normas foram interpretadas, mas essa confissão representa sempre uma manifestação da vontade sobre a verdade de um facto juridico, manifestação pela qual uma parte se compromette a não contestar o direito da parte contraria.

Como deverá modificar-se o artigo 2408.º?

A confissão que, sendo uma declaração da vontade, tem a natureza de acto juridico e fica sujeita ás mesmas normas que este pelo que respeita á capacidade das partes e á sua possibilidade quanto ao objecto, tem, considerada como prova, por conteúdo a obrigação de não contestar a verdade de um determinado facto. Por este conteúdo se justificam as disposições especiaes relativas á forma da confissão que se acham exaradas no Código civil, não podendo manifestar-se a vontade das partes, para que sejam havidas como confessas, por todos os meios por que pode manifestar-se nos actos juridicos em geral. É assim que, em relação á confissão extra-judicial, a authentica só pode ser feita em escriptura ou *auto publico*, e a particular tem de ser feita verbal-

mente ou por escripto (artigo 2415.º). Não pode, pois, considerar-se como confissão qualquer facto de que resulte a manifestação da vontade; esta, para que produza o effeito de confissão, tem de ser sempre expressa na confissão extra-judicial, salvas as excepções estabelecidas na lei.

E bastará para que se considere authentica, que seja feita num documento authentico?

A declaração que seja feita, por exemplo, numa repartição de fazenda pelo credor de que lhe foi paga a divida para dar baixa no manifesto, deverá considerar-se como uma confissão authentica do pagamento da divida?

A resposta depende do sentido que se ligar ás palavras — *auto publico*¹. Se por esta expressão se intende qualquer documento authentico official ou extra-official, nenhuma duvida ha de que, sendo um documento authentico official a baixa no manifesto, a confissão feita pelo credor deverá considerar-se como authentica (artigo 2423.º), tendo força probatoria plena (artigo 2425.º).

Parece-nos, porem, que não deve dar-se ás palavras — *auto publico* — do artigo 2415.º um sentido tão amplo.

A confissão extra-judicial, para que tenha força probatoria plena, deve ser feita á propria parte a quem interessa ou a uma pessoa que a represente. É por essa forma que, sendo acceita a declaração da vontade feita pelo confitente, essa declaração se torna irrevogavel pelo vinculo que se estabelece entre as duas partes.

Quando a declaração seja feita a um terceiro, e embora fique exarada num documento authentico, não se lhe deverá dar o effeito de uma confissão authentica, em virtude da qual o confitente fique adstricto a não contestar a verdade do facto juridico sobre que a confissão recae. Essa confissão deve constituir apenas uma prova, que fique no prudente arbitrio do juiz.

(*Continúa*).

¹ Veja-se sobre a significação da expressão — *auto publico* — esta *Revista*, volume 30.º, n.º 1373 e 1386, paginas 322 e 531.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1712, pagina 67)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMARIO. — 100. (cont.) Modificações que devem introduzir-se nas disposições respeitantes á confissão.

100. (cont.) A doutrina de que a confissão extra-judicial deve ser feita aos interessados para que, quando exarada em escriptura ou auto publico, constitua prova plena, e de que essa confissão só se torna irrevogavel quando seja acceita, não só resulta da propria natureza da confissão. mas acha-se confirmada pelo artigo 233.º § 1.º do Codigo de processo civil, no qual se determina, relativamente á confissão judicial feita nos articulados, que esta só pode ser reclamada emquanto a parte contraria não a tiver acceitado.

Por outro lado a relação entre a confissão e o conteúdo do acto juridico a

que ella respeita, havendo na confissão a declaração desse conteúdo com o valor especial de prova, mostra-nos que a confissão authentica só pode fazer-se pela forma que na lei se acha estabelecida para a verificação desses actos.

Sendo assim, a expressão *auto publico* do artigo 2415.º não pode significar qualquer documento authentico. Por aquellas palavras designam-se os documentos exarados por official publico, ou com a sua intervenção exigida por lei, pelos quaes, e segundo as disposições da mesma lei, se possa declarar a vontade em relação aos actos juridicos sobre que a confissão recae. Donde resulta que não pode considerar-se authentica a declaração de que foi paga a divida para a baixa no manifesto, pois o escrivão de fazenda não tem competencia para intervir em documentos de quitação de dividas. Tal declaração será uma confissão particular feita a um terceiro, cujo valor ficará dependente do prudente arbitrio do juiz, e que só poderá admittir-se como prova, quando a lei não exija para essa quitação documento authentico ou documento particular escripto e assignado pela pessoa em cujo nome é feito.

Em face das considerações que temos feito ácerca da confissão, parece-nos que o artigo 2408.º deverá ser assim modi-

ficado: «Confissão é o reconhecimento «formal da verdade de um facto juridico, «de que resulta a obrigação de não con- «testar a verdade desse facto», e que no artigo 2414.º se deve acrescentar, em seguida ás palavras — *é a que se faz* — «entre as partes».

Não ha no Codigo civil nenhuma disposição geral e expressa sobre a capacidade para confessar, nem tal disposição se torna necessaria. Sendo a confissão uma manifestação da vontade, exige-se para a confissão a mesma capacidade que para o acto juridico a que ella respeita. E' assim que as pessoas de capacidade civil restricta — menores, mulheres casadas e interdictos por prodigalidade — só podem fazer confissões em relação aos actos juridicos que por lei lhes são facultados e sobre cousas ou direitos de que possam dispôr livremente.

A este respeito nenhuma difficuldades podem suscitar-se.

No artigo 2411.º preceitua-se, porem, relativamente á confissão judicial em depoimento de parte, que essa confissão só pode ser exigida de *pessoas habéis para estar em juizo*.

Será necessario que a pessoa seja habil para por si só estar em juizo, ou bastará, para que seja obrigada a confessar em depoimento de parte, que possa estar em juizo devidamente auctorizada ou com os seus representantes legaes? Assim, os menores não emancipados que tiverem mais de quatorze annos e os interdictos por prodigalidade, que teem de ser citados junctamente com os seus representantes (Codigo de processo civil, artigo 9.º § 3.º) poderão fazer confissões em depoimento de parte? O marido e a mulher nos casos em que não podem estar só em juizo, poderão ser compellidos a esse depoimento?

Na nossa antiga jurisprudencia, em que tambem se achava fixada a regra de que a parte só era obrigada a depôr quando fosse habil para estar em juizo, não se exigia que ella fosse habil para estar por si só em juizo, admitindo-se que o menor pubere podésse ser perguntado por aucto-

ridade do juiz, assistindo-lhe o seu tutor ou curador¹.

Parece que a commissão revisora não concordou com esta doutrina, visto haver sido approvada por ella em sessão de 16 de dezembro de 1863 a substituição das palavras do n.º 1.º do artigo 2772.º do Projecto primitivo «estar em juizo» por «estar por si só em juizo», conforme a proposta apresentada por Ferreira Lima. Não se introduziu, porem, essa modificação no Codigo, sendo o n.º 1.º do artigo 2411.º a reproducção exacta do n.º 1.º do artigo 2772.º do Projecto primitivo.

Apesar de o Codigo civil só exigir, para que possa dar-se a confissão em depoimento de parte, que as partes sejam habéis para estar em juizo, no accordão da relação de Lisboa de 17 de novembro de 1900² sustentou-se a doutrina de que para a confissão em depoimento de parte é necessario que esta seja habil para estar *por si só* em juizo.

Criticámos o referido accordão, affirmando que os maiores de quatorze annos e os interdictos por prodigalidade podiam confessar em depoimento de parte³, e é esta a doutrina que, em nosso parecer, se deve consignar expressamente no Codigo, acrescentando-se ao n.º 1.º do artigo 2411.º as palavras «por si só ou devidamente auctorizadas».

O valor probatorio da confissão em depoimento de parte, feita por pessoa que não possa estar por si só em juizo, terá de ser determinado em harmonia com os principios geraes sobre a capacidade das partes, seu direito de dispôr e possibilidade objectiva do acto juridico, não havendo necessidade de exarar no Codigo nenhuma disposição especial a tal respeito, como tambem a não havia de declarar, como se faz no artigo 2412.º, qual o valor da confissão judicial. É como

¹ Veja-se Pereira e Souza, *Primeiras lincas sobre processo civil*, nota 443.

² Nesta *Revista*, volume 33.º, n.º 1483, pagina 451.

³ Veja-se esta *Revista*, volume e n.º citado, pagina 452.

acto juridico que a confissão, quer seja judicial, quer extra-judicial, tem de ser apreciada para se verificar se ella é ou não sufficiente, se respeita a objecto de que as partes não possam dispôr, ou se recae sobre facto cujo reconhecimento ou investigação a lei prohiba.

A força probatoria plena da confissão não resulta do facto de esta ser judicial, mas do facto de ser authentica, tendo portanto de se determinar o valor probatorio da confissão em vista do modo por que ella é feita, sendo o mesmo o valor da confissão judicial e da extra-judicial authentica.

No artigo 2413.º preceitua-se que a confissão judicial só pode ser revogada por erro de facto, considerando-se portanto irrevogavel a confissão em que haja erro de direito, o que se explica não só porque o confitente deve conhecer as consequencias juridicas que derivam da sua confissão, mas ainda porque o erro sobre essas consequencias não se oppõe á verdade do facto reconhecido pela parte, e parecendo deprehender-se tambem do modo por que está redigido o referido artigo que é irrevogavel a confissão em que haja violencia ou coacção.

Sendo a confissão um acto juridico, representando um producto da vontade a obrigação de não contestar a verdade do facto, parece completamente inadmissivel tal doutrina. E tanto assim é, que o dr. Neves e Castro, commentando o artigo 2413.º, dá como verdadeira a doutrina dos juriconsultos que affirmam que a confissão pode ser annullada pelos mesmos fundamentos por que se pode revogar um acto juridico e acrescenta: «Reunindo, «porem, aquelles requisitos só pode ser «revogada por erro de facto.»¹

Para se comprehender bem o alcance do artigo 2413.º, é necessario approssimal-o dos artigos 2507.º e 2508.º

Para não deslocarmos materias, diremos nas observações que temos de fazer

acerca destes artigos o modo por que deve ser interpretado o artigo 2413.º, limitando-nos aqui a notar que elle deveria ser assim redigido: «A confissão «judicial não pode ser revogada por erro «de direito.»

No artigo 2417.º estabelece-se o principio da indivisibilidade da confissão e no artigo 230.º do Codigo de processo civil declara-se que a confissão feita em depoimento é só indivisivel em relação a cada facto.

O principio da indivisibilidade da confissão tem dado logar a largas divagações dos juriconsultos, que, para o applicarem devidamente, teem distinguido entre confissões *simples*, *qualificadas* e *complexas*, conforme se reconhece puramente o facto, ou com modificações que o fazem revestir uma diversa natureza juridica, ou se affirma a existencia de um novo facto, distincto do allegado pela outra parte, e que pode ter com elle uma relação mais ou menos directa.

Apesar destas distincções, a applicação do artigo 2417.º suscita graves difficuldades, tendo-se manifestado divergencias entre os juriconsultos e nos nossos tribunaes sobre se uma determinada confissão deve ou não considerar-se indivisivel. É assim que por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de fevereiro de 1889¹ foi considerada indivisivel a confissão feita pelo marido de que havia recebido uma determinada quantia pertencente ao dote da mulher, mas que a empregara em beneficio do mesmo dote, o que, na linguagem do mesmo accordão, equivalia a dizer *devia, mas paguei*, ao passo que por accordão da relação do Porto de 6 de março de 1883 se julgou que eram completamente distinctos o facto do emprestimo e do pagamento, não podendo consequentemente considerar-se indivisivel a confissão feita pelo réo de que devera mas pagara².

(Continúa).

¹ *Theoria das provas*, pagina 94.

¹ Nesta *Revista*, volume 31.º, n.º 1399, pagina 206.

² Nesta *Revista*, volume 25.º, n.º 1198, pagina 251.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1713, pagina 83)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 100. (cont.) Modificações que devem introduzir-se nas disposições respeitantes á confissão. — 101. Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

100. (cont.) Não ha até harmonia entre os juriconsultos sobre a distincção entre confissões qualificadas e complexas. É assim que Chironi considera qualificada a confissão em que, reconhecendo-se um facto de que resulta uma obrigação, se declara ao mesmo tempo outro facto em virtude do qual se extinguiu juridicamente essa obrigação, como o pagamento ou a compensação¹.

Segundo a doutrina deste juriconsulto, são portanto qualificadas e não complexas

as confissões sobre que recaíram os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça e da relação do Porto, que referimos no n.º antecedente, e, como confissões qualificadas, deveriam, na opinião de Chironi, considerar-se indivisiveis.

Para outros juriconsultos, o facto extintivo da relação juridica é distincto daquelle em virtude do qual ella se formou, não influe sobre a natureza dessa relação, devendo assim considerar-se complexa e não qualificada a confissão em que se reconhece a divida e se declara ao mesmo tempo que ella se acha extincta. Mas nem todos os juriconsultos concordam em que a confissão, pelo facto de ser complexa, deva considerar-se indivisivel, sustentando a indivisibilidade das confissões complexas, quando entre os factos haja relação de connexão¹.

As considerações que acabamos de fazer mostram-nos que a indivisibilidade da confissão se não pode tomar num sentido absoluto, podendo haver na mesma confissão, objectivamente considerada, declarações que devam ter-se como distinctas e independentes, e não devendo consequentemente essas declarações, embora

¹ Veja-se esta Revista, volume 39.º, n.º 1699, paginas 450 e seguintes, Lescot, *De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire*.

¹ *Trattato di diritto civile*, tomo 1.º, pagina 656.

sejam feitas no mesmo acto, considerar-se indivisíveis. O que se torna necessario, portanto, é formular, em relação a este delicado assumpto, um criterio legal, pelo qual o juiz deva orientar-se na apreciação dos factos, pois como materia de facto deve considerar-se o verificar, se é ou não indivisível uma determinada confissão.

Esse criterio resulta da propria natureza da confissão. Sendo esta um acto juridico, produzindo o effeito de não se poder contestar a verdade de um facto em virtude da vontade das partes, é necessario attender ao conjuncto da confissão, a todos os elementos que a formam, á natureza dos factos sobre que versa a confissão, para se determinar o sentido em que a declaração foi feita, a intenção do confitente, de modo que, sciadindo-se os factos que a confissão abrange, se não altere a vontade deste, a qual representa o fundamento juridico da confissão. É assim que, sendo reconhecida judicialmente a letra e a assignatura de uma carta pela qual se prova a existencia de uma divida ao tempo em que essa carta foi escripta, pode o credor invocar essa carta como prova da divida, embora o auctor da carta haja declarado, no proprio acto em que reconheceu como sua a letra e a assignatura, que havia pago a divida. Entre esses factos não existe conexão, de modo que se não altera a vontade do confitente, acceitando um e rejeitando o outro¹.

Em harmonia com a doutrina exposta, redigiríamos assim o artigo 2417.º: «Abrangendo a confissão diversos factos, «verificar-se-á, pela relação que entre «elles houver, se devem ou não considerar-se distinctos e independentes uns «dos outros, de forma que a parte que se «quizer aproveitar dessa confissão possa «acceitar os que lhe forem favoraveis e «rejeitar os que lhe forem prejudiciaes.»

101. Antes de entrarmos na apreciação de alguns artigos do Codigo respei-

tantes á prova documental que, em nosso parecer, devem ser modificados, exporemos previamente algumas idéas que julgamos indispensaveis para se comprehender bem o alcance das nossas observações.

Os documentos representam, em relação aos actos juridicos, já a forma desses actos, já um meio de prova. Considerados sob o primeiro aspecto, os documentos são uma condição necessaria para a existencia do acto juridico; considerados sob o segundo aspecto, os documentos representam o que se chama *prova preconstituída*.

Quando a lei os não exija para formalidade dos actos juridicos, é principalmente com o fim de assegurar a prova de um determinado acto juridico que os seus autores recorrem a esse meio para manifestarem a sua vontade. Quando o legislador determina que a vontade se manifesta por escripto, pode ter directamente em vista a solemnidade do acto ou a livre manifestação da vontade, mas, até nesse caso, o documento, embora desempenhando sob esse aspecto uma função secundaria, constituirá tambem uma prova do acto.

Essa prova não tem, porem, o mesmo valor, representando ora uma confissão extra-judicial authentica ora particular, conforme é authentico ou particular o documento, e, em relação aos documentos particulares, diversa é a sua força probatoria, conforme são escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, tão somente assignados ou firmados por ella, escriptos por outra pessoa e assignados por aquella em cujo nome são feitos e por duas testemunhas cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, e escriptos pela propria pessoa sem serem assignados.

Os documentos, particulares na sua origem, podem, em virtude de posteriores formalidades notariaes ou judiciaes, ser *legalizados* ou *authenticatedos*, e notaremos desde já que casos ha em que a authenticidade do documento, pela intervenção do notario, se exige para a existencia do acto, não tendo sempre o legislador tomado na devida consideração, como veremos,

¹ Veja-se esta *Revista*, logar citado.

que as condições de authenticidade do documento para a existencia do acto poderiam, e deveriam até, ser as mesmas que as que se exigem para a authenticidade como prova.

Em relação aos documentos authenticos, o Codigo distingue, quanto á sua força probatoria, entre documentos authenticos officiaes e extra-officiaes, declarando (artigo 2425.º), em relação aos primeiros, que constituem geralmente prova plena, e (artigo 2426.º), quanto aos segundos, que fazem prova plena quanto á existencia do acto a que se referem, excepto naquillo em que possam envolver offensa de direitos de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto.

O que significa esta distincção? Como poderá determinar-se o alcance do adverbio — *geralmente*?

Ponhamos, por'ora, de lado a questão da força probatoria de um documento authentico official, quando não satisfaça ás condições que são exigidas para a forma do acto juridico, e vejamos, considerando esses documentos sob o ponto de vista apenas da sua authenticidade, se entre elles se poderá fazer distincção.

A authenticidade do documento deriva do facto de nelle intervir um official publico ou de ser exarado por elle, e limita-se aos factos que se passam na presença desse official e que elle pode verificar pelos seus proprios sentidos. É assim que a data do documento, as assignaturas das partes e das testemunhas, o cumprimento das formalidades que se mencionam no documento e a existencia das declarações que o official publico certificar que foram feitas na sua presença, constituem prova plena não só quanto ás partes, mas ainda em relação a terceiros, em virtude da fé que ao official publico é attribuida.

Os factos que não se passarem, porem, na presença do official publico e a verdade das declarações que forem feitas pelas partes não se podem considerar authenticas, não se tornando necessario arguir o documento de falsidade para que essas declarações possam ser impugnadas.

É assim que, declarando as partes, perante o notario, que tinham accordado na compra e venda de um predio e sendo lavrada escriptura em harmonia com essas declarações, essa escriptura não podè ser arguida de falsidade, mas pode demonstrar-se, por qualquer meio de prova, que essa escriptura representa um contracto simulado.

(*Continúa*).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1714, pagina 99)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Na nossa jurisprudencia é doutrina corrente a admissibilidade da prova testemunhal, em materia de simulação, em contrario do conteúdo dos documentos authenticos, fundando-se essa jurisprudencia em que a simulação é uma especie de falsidade. É assim que em varios accordãos do Supremo Tribunal de Justiça temos lido o seguinte considerando: «A simulação é uma especie de falsidade, como a define o § unico do artigo 1031.º; e, tendo-se articulado a simulação do contracto, era admissivel a prova contra o conteúdo da escriptura, porque a sua força probatoria pode

«ser illidida pela falsidade nella contida «(artigo 2493.º).¹» O conselheiro Dias Ferreira diz a esse respeito: «Na pratica «é hoje admittida sem controversia, para «prova da simulação dos contractos feitos «por escriptura publica, como para prova «da falsidade (artigo 2496.º n.º 3.º), o «depoimento de testemunhas, prova aliás «inadmissivel em contrario, ou alem do «conteúdo de documentos authenticos, ou «de escriptos particulares legalizados nos «termos dos artigos 2432.º e 2433.º, «não se arguindo falsidade, erro, dolo ou «violencia, por muito se approximar da «falsidade a simulação.²»

Esta doutrina é inadmissivel. A falsidade dá-se no documento, consistindo na sua supposição, na supposição das pessoas nelle mencionadas, ou em *se dizer praticado no acto da sua celebração algum acto que realmente não existiu*, ou na viciação da data, contexto ou assignaturas do documento (artigo 2496.º). O documento pode portanto ser *verdadeiro*, e *simulado* o acto que por elle se pretende provar, e, quando o documento abranja mais do

¹ Vejam-se os accordãos de 27 de fevereiro e 6 de março de 1903, na *Collecção official* de 1902 a 1903, paginas 273 e 275.

² *Codigo civil português annotado*, tomo 2.º, 2.ª edição, pagina 272.

que um acto juridico, a prova da simulação de um desses actos não annulla o documento pelo que respeita aos outros.

Em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1881¹ julgou-se, que a declaração feita pelo testador de que não tinha descendentes alguns só admittia prova testemunhal em contrario, sendo o testamento arguido de falsidade. Para se ver que esta doutrina é indefensavel, bastará observar que o notario não podia verificar a verdade da declaração feita pelo testador. O que não pode contestar-se, sem arguir o testamento de falso, é que o testador fizesse a declaração de que não tinha filhos; contra a verdade desta declaração é admissivel qualquer prova.

A doutrina que acabamos de expôr acerca da authenticidade dos documentos é applicavel tanto aos documentos authenticos officiaes como aos extra-officiaes. É egual a força probatoria de uns e de outros no que respeita á existencia das declarações que hajam sido feitas na presença do official publico.

Sob este ponto de vista, o adverbio — *geralmente*, que se lê no artigo 2425.º, não estabelece, a nosso ver, differença alguma entre os documentos authenticos officiaes e extra-officiaes.

Confrontando-se este artigo com o artigo 2426.º, vê-se que este attribue aos documentos authenticos extra-officiaes força probatoria plena *quanto á existencia do acto, a que se referem, excepto naquillo em que possam envolver offensa de direitos de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto.*

Os documentos authenticos extra-officiaes são destinados á verificação de actos juridicos, pelos quaes se adquirem, conservam ou transmittem direitos (artigo 2423.º § 3.º), e é principio assente que os actos juridicos apenas produzem effeitos entre os seus autores e seus herdeiros ou representantes. A restricção que no artigo 2426.º se faz quanto á força probatoria do do-

cumento authentico extra-official não resulta portanto da natureza do documento, mas da propria natureza do acto juridico a que o documento se refere, e essa restricção tambem existe em relação aos documentos authenticos officiaes, quando estes respeitem a actos juridicos que possam envolver direitos de terceiro. E assim a confissão judicial só produzirá effeitos contra o confitente (artigo 2412.º), como tambem o caso julgado só entre as partes tem força probatoria (artigo 2503.º), exceptuando os casos fixados na lei.

Talvez o adverbio — *geralmente* — se refira ás pessoas contra as quaes se podem invocar os documentos authenticos officiaes, resalvando-se por elle os direitos de terceiros que possam ser prejudicados por esses documentos, mas é obvio que, nos casos em que por esses documentos se verifique um acto juridico, elles não podem ter, em principio, mais força probatoria que os documentos authenticos extra-officiaes, em virtude do principio *res inter alios acta aliis non nocet*.

Em que casos, porem, pode ser illidida a força probatoria dos documentos authenticos em relação aos autores dos actos juridicos a que esses documentos se referem?

Da combinação dos artigos 2426.º, 2507.º e 2508.º resulta que é inadmissivel a prova testemunhal contra o conteúdo das declarações da vontade feitas em documentos authenticos, excepto nos casos em que esses documentos sejam arguidos de falsidade. No artigo 2507.º apenas se faz esta excepção, ao passo que, em relação aos documentos particulares legalizados, se declara no artigo 2508.º que é inadmissivel a prova de testemunhas em contrario, ou alem do conteúdo desses documentos, excepto se elles forem arguidos de falsidade, *erro, dolo ou violencia*.

Parece fazer-se assim, no artigo 2507.º, uma excepção ao que se acha disposto nos artigos 656.º a 666.º pelo que respeita á annullação dos actos juridicos em virtude de vicios de consentimento;

¹ Nesta Revista, volume 21.º, n.º 1066, pagina 444.

e, tendo em attenção essas disposições e que a doutrina de que o conteúdo dos documentos authenticos não pode ser arguido de erro, dolo ou violencia, só pode deduzir-se por argumento *a contrario sensu*, teem os nossos juriconsultos sustentado que pode provar-se por testemunhas a nullidade dos actos juridicos, embora o seu conteúdo conste de documento authentico, em que houve erro, dolo ou violencia¹.

A affirmação de que se funda num argumento *a contrario sensu* a doutrina de que não pode ser annullado o conteúdo dos documentos authenticos em virtude de erro, dolo ou violencia, é, a nosso vêr, completamente inadmissivel. Basta lêr o artigo 2507.º para nos convencermos de que esse argumento não pode ter, no assumpto que estamos discutindo, o minimo cabimento.

No artigo 2507.º estabelece-se o principio de que não pode admittir-se prova testemunhal contra o conteúdo dos documentos authenticos, excepto sendo arguidos de falsidade. Não nos é dado, portanto, ampliar as excepções ao principio formulado naquelle artigo, sendo só admissiveis, alem da excepção nelle especificada, as que o legislador haja expressamente consignado noutras disposições.

Desta consideração resulta que não podem invocar-se tambem os principios geraes exarados nos artigos 656.º e seguintes pelo que respeita á annullação dos actos juridicos por vicios de consentimento, pois que esses principios podem soffrer limitações, e é evidente para nós que no artigo 2507.º se faz uma restricção quanto á annullação das declarações da vontade em virtude de erro, dolo ou violencia.

Qual é o alcance dessa restricção?

Vê-se do artigo 2413.º que a confissão judicial pode ser revogada por erro de facto, e, sendo essa confissão feita em documento authentico, é obvio que pode

invocar-se esse erro para provar a nullidade dos actos juridicos constantes de documentos authenticos. E as declarações da vontade feitas em documento authentico extra-official representam uma confissão extra-judicial (artigos 2414.º e 2415.º), que pode ser revogada tanto por erro de facto como de direito, visto que, em relação á confissão extra-judicial, se não faz a restricção que se acha exarada no artigo 2413.º, nem motivo algum havia para a fazer.

O artigo 2507.º não pode, portanto, significar que não sejam annullaveis por vicios da vontade os actos juridicos, quando o seu conteúdo conste de documento authentico, e seria completamente injustificavel que se não admittisse a prova testemunhal para demonstrar esses vicios, pois que, sendo possivel o erro, o dolo e a coacção nos actos juridicos em que intervenha um official publico, derivando os effeitos desses actos da vontade, e não podendo, na grande maioria dos casos, demonstrar-se o vicio da vontade senão por meio de testemunhas, a não admissão da prova testemunhal teria como consequencia tornar irrevogaveis actos em que faltassem elementos essenciaes para que devessem considerar-se juridicos.

Não sanciona nem podia sancionar semelhante doutrina o artigo 2507.º, cuja conciliação, já tentada¹, mas por um modo que se nos afigura completamente indefensavel, com o artigo 2508.º, não nos parece difficil.

(Continúa).

¹ Veja-se o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 5.º, pagina 157, e o dr. Neves e Castro, *Theoria das provas*, pagina 232.

¹ Veja-se o *Direito*, anno 2.º, pagina 274.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typegraphia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1716, pagina 131)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Nos actos juridicos o erro, quer seja simples, quer qualificado, envolvendo sempre a falta de correspondencia entre a vontade interna ou real, e a vontade declarada ou aparente, pode dar-se na declaração da vontade, no modo por que esta se exprime, ou no conteúdo do acto juridico, na sua causa e sobre qualquer dos elementos que o constituem. No primeiro caso, as partes ou autores do acto juridico não exprimem, no processo de declaração da vontade, o que realmente queriam exprimir; no segundo caso, os autores do acto juridico declaram o que realmente tinham intenção de declarar,

mas a declaração não haveria sido feita, nos termos em que o foi, se não existisse erro sobre qualquer dos factos a que essa declaração respeita. Se eu declaro vender a propriedade A, quando a minha intenção é vender a propriedade B, ha erro na declaração da vontade; se eu quero vender a propriedade A, porque me affirmaram que essa propriedade ia ser cortada por uma linha ferrea, quando esse facto se verificava em relação á propriedade B, ha erro sobre o conteúdo do acto juridico.

O que forma o conteúdo dos documentos é a vontade declarada, pois esses documentos representam um processo para a sua manifestação, e é o conteúdo dos documentos authenticos que o artigo 2507.º não admite que seja contestado por prova testemunhal, excepto se forem arguidos de falsidade. Não visa portanto este artigo o erro sobre a causa ou conteúdo dos actos juridicos, podendo assim applicar-se, quanto a esse erro, as disposições consignadas nos artigos 656.º e seguintes.

Presumiu o legislador, attentas as formalidades de que é revestida a declaração da vontade nos documentos authenticos, que não haja, na propria declaração, falta de correspondencia com a vontade real, não admitindo, em virtude dessa presumpção, a prova testemunhal em contrario

das declarações que no documento authenticico sejam feitas, e, como as normas juridicas suppletivas ficam fazendo parte integrante dessas declarações, visto que os actos juridicos obrigam, não só ao que nelles é expressamente declarado mas ás suas consequencias legais e usuas, a prova testemunhal não pode admittir-se tambem alem do conteúdo dos documentos authenticicos.

Se do documento constam declarações diversas das que perante o official publico fizeram os autores dos actos juridicos, é obvio que haverá falsidade, podendo provar-se esta por meio de testemunhas: se as declarações constantes do documento são as que as partes realmente fizeram, não podem ellas contestar a existencia dessas declarações por testemunhas, nem recorrer a este meio de prova para demonstrar que as declarações feitas não correspondiam á intenção que realmente tinham.

Quanto ás declarações da vontade, o conteúdo do acto juridico tem de determinar-se, nos documentos authenticicos, pelo que destes constar, presumindo-se que essas declarações correspondem, na sua forma, á vontade das partes, e reconstituindo-se portanto a vontade em harmonia com essas declarações. Pode resultar do proprio contexto do documento que essas declarações não exprimam fielmente a vontade das partes, e, nesse caso, provar-se o erro com o proprio documento; pode tornar-se necessario, para determinar precisamente qual seja a vontade das partes, o conteúdo do acto juridico, attender a circumstancias que não constam do proprio documento, como, por exemplo, aos usos e costumes de um determinado logar, e, nesse caso, admissivel será a prova testemunhal, pois que o artigo 2507.º só exclue esse meio de prova contra ou alem do conteúdo dos documentos authenticicos e não para determinar esse conteúdo.

Estamos, nestes casos, em pleno dominio da interpretação dos actos juridicos.

Quando no acto juridico haja um vicio da vontade sobre a sua causa ou conteúdo que, nos termos da lei, seja suffi-

ciente para o annullar, esse vicio pode provar-se por qualquer dos meios de prova que a lei admite. Não respeita a esses vicios a disposição consignada no artigo 2507.º, nem podia respeitar, porque a existencia delles é, visto que o official publico a não pode verificar, independente da authenticidade do documento. Se, no exemplo que demos da venda da propriedade, constar do proprio documento que o vendedor só fez o contracto em virtude do erro em que estava de que ella ia ser cortada por uma linha ferrea e essa declaração houver sido aceita, no caso de boa fé, pelo comprador, ou, no caso de má fé, independentemente dessa acceitação, o contracto de compra e venda poderá ser annullado nos termos dos artigos 660.º e 663.º, admittindo-se, para prova do erro, a prova testemunhal. Do mesmo modo, se no acto juridico houver erro sobre a substancia ou qualidades do objecto, que, segundo o disposto no artigo 664.º, seja sufficiente para annullar o contracto, pode esse erro provar-se por meio de testemunhas, demonstrando-se por estas ou que o objecto do contracto não é o que, segundo as declarações feitas no documento, as partes tiveram em vista e por cuja causa contractaram, ou o que, segundo as circumstancias do mesmo contracto, delle constituia objecto. Se o erro recair não sobre a substancia ou qualidades do objecto, mas sobre a sua identidade, de modo que exclua, nos contractos, o mutuo consenso, pode a falta de identidade do objecto demonstrar-se por qualquer meio de prova.

Quanto á coacção, temos de pôr de lado, em relação aos actos juridicos que se provarem por documento authenticico e excluida a hypothese da sua falsidade, a coacção physica exercida no proprio momento em que o documento é exarado. A intervenção do official publico constitue uma presumpção de que as partes exprimiram livremente a sua vontade, tornando-se necessario, para a illidir, arguir o documento de falsidade.

Tanto a coacção moral como a physica pode dar-se, porem, antes do momento

em que é exarado o documento, sendo o autor do acto juridico compellido a realisal-o sob a pressão de uma ameaça, e podendo até haver sido exercidas violencias sobre elle. Ora é evidente que, nestas condições, não ha a necessaria autonomia da vontade para que ao acto juridico se attribuam effeitos, e a demonstração de que sobre o seu autor foi exercida coacção pode fazer-se por qualquer meio de prova. O artigo 2507.º, não admittindo a prova testemunhal contra o conteúdo dos documentos authenticos, não se oppõe a tal demonstração, que não respeita ao conteúdo das declarações que se fizeram na presença do official publico, mas a um vicio da vontade que tira toda a efficacia juridica a essas declarações.

Da interpretação que acabamos de dar ao artigo 2507.º resulta que não existe antinomia entre elle e o disposto no artigo 2508.º

Nos documentos particulares legalizados a intervenção do official publico dá-se depois da feitura desses documentos, não estabelecendo por esse motivo o legislador a presumpção de que as declarações feitas nesses documentos correspondam, consideradas em si mesmas, á vontade das partes, pois desses documentos pode constar o contrario do que as partes quizeram e sobre estas podem até ser exercidas violencias no proprio momento em que o documento é feito. Pode, pois, demonstrar-se por meio de testemunhas que ha erro nas declarações da vontade feitas em documentos particulares, independentemente da sua falsidade, e justo é que ás partes se reconheça esse direito, attentas as condições em que esses documentos são feitos.

A doutrina exposta não é ainda sufficiente para determinar o alcance das expressões — *existencia do acto* — que se lê no artigo 2426.º e — *conteúdo de documentos* — que se acha exarada no artigo 2507.º. Necessario se torna para isso verificar se as proprias partes podem provar, e por que meios, a simulação nos actos juridicos que constem de documento authenticico.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Dr. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1717, pagina 147)

III

Artigos do Oodigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 101. (*cont.*) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (*cont.*) Notámos já a distincção que havia entre a simulação e a falsidade, e dissémos que aquella podia, independentemente de ser arguido de falsidade o documento authentico, ser demonstrada por qualquer meio de prova. A doutrina por nós exposta respeita, porem, á prova adduzida por terceiros contra os autores dos actos juridicos e seus herdeiros ou representantes, e necessario se torna verificar se as proprias partes podem demonstrar em juizo a simulação e por que especies de prova, quando o acto simulado conste de documento authentico.

Para assentarmos principios ácerca deste melindroso assumpto, começaremos por estudar a questão se as partes podem ou não, em principio, invocar em juizo a simulação, e determinaremos em seguida os effeitos especiaes dos documentos authenticos em materia de actos simulados.

No artigo 1031.º faculta-se aos interessados a rescisão dos actos e contractos que sejam simuladamente celebrados, mas não existe disposição alguma em que se declare expressamente, quanto aos autores do acto juridico simulado, se estes podem pedir a sua annullação, parecendo até deprehender-se o contrario do artigo 692.º, em que se declara que, se o contracto tiver por causa ou fim algum facto criminoso, ou reprovado, em que ambos os contrahentes sejam conniventes, nenhum delles será ouvido em juizo ácerca de tal contracto.

Mas oppôr-se-á este artigo, traducção da antiga maxima — *nemo auditur turpitudinem propriam allegans*, a que os autores do acto juridico possam demonstrar em juizo a simulação, para evitar que qualquer delles ou um terceiro pretenda aproveitar-se da situação juridica apparentemente constituida?

Parece-nos que não.

Em nossa opinião, o artigo 692.º, do mesmo modo que a maxima citada, respeita

apenas aos actos em que ha a violação de uma lei prohibitiva ou uma offensa aos bons costumes, não podendo incluir-se no numero desses actos os contractos simulados. Na simulação ha a declaração, feita scientemente e concordemente pelas partes, de um conteúdo da vontade que não é real, para se apparentar já um acto que realmente não existe, já um acto diverso do que realmente se realizou, já pessoas diversas das que são realmente interessadas. Considerada em si, independentemente da intenção das partes, a simulação não representa um acto criminoso ou reprovado pelas leis, e, quando por ella se pretenda encobrir ou occultar um acto verdadeiro em que haja violação da lei, é esse acto e não a simulação que deve considerar-se criminoso ou reprovado. A simulação, nesse caso, nada acrescenta nem tira ao acto que as partes realmente quizeram realizar, sendo apenas um véo por meio do qual pretenderam occultal-o; supprimido esse véo, apparecer-nos-á o acto em toda a sua realidade, e é esse acto que deverá considerar-se criminoso ou reprovado.

O Codigo penal (artigo 455.º) pune o contracto simulado, quando seja feito em prejuizo do Estado ou de terceira pessoa. O contracto simulado não tem, até nesse caso, por fim ou causa um facto criminoso, ou reprovado pelas leis, que delle seja distincto. É o proprio contracto que constitue um crime em virtude da intenção das partes, a qual não resulta do conteúdo do contracto, que, se fôra real, deveria considerar-se licito.

A allegação que as partes façam em juizo de que o acto é simulado não pode considerar-se portanto como a allegação de um facto criminoso ou reprovado, mas da falta de consentimento, da não existencia do acto juridico, e nenhuma razão ha para que ás partes não seja facultada essa allegação. A prohibição de se invocar em juizo a simulação poderia até ser causa de verdadeiras iniquidades, locupletando-se um dos simulantes a expensas do outro, e dar-se-iam em todo o caso effeitos juridicos a um acto que apenas tem existencia apparente.

Podendo considerar-se hoje completamente abandonada a doutrina de que as partes não podem allegar a simulação, não existe todavia entre os jurisconsultos e nas diversas legislações harmonizadas quanto aos meios por que pode provar-se a simulação, quando seja invocada por ellas.

Na jurisprudencia franceza e na italiana dominou durante muito tempo a doutrina de que as partes apenas podiam provar que o acto juridico era simulado, quando para esse fim houvesse contra-declarações, em que fosse reconhecida a simulação. Essa doutrina tem sido successivamente abandonada, mas ha ainda jurisconsultos que sustentam a necessidade das contra-declarações para prova da simulação, quando para a existencia do acto juridico se requer a forma escripta.

Fundam-se esses jurisconsultos em que a simulação envolve uma verdadeira convenção pela qual se destroe o acto apparente, sendo assim necessario que a simulação se prove pelos mesmos meios que elle.

Presuppõe esta doutrina que a prova da simulação corresponde a um contracto celebrado entre os simulantes, em virtude do qual tiraram toda a efficacia juridica ao acto juridico por elles realizado, o que é inexacto. Na simulação não ha, como nota Ferrara, dois actos juridicos oppostos e contradictorios, um contracto verdadeiro e outro que o annulla. O acto simulado é unico e originariamente inexistente por falta de consentimento, não servindo qualquer escripto em que as partes declarem que o acto é simulado para lhe tirar a efficacia juridica, visto que esse acto, sendo inexistente, nunca a teve¹.

É esta, em nosso parecer, a verdadeira doutrina, e, assim como se pode provar a falta de correspondencia entre a vontade e o conteúdo do acto juridico em virtude de erro, parece que tambem se deverá admitir a prova de que entre

¹ *Della simulazione dei negozi giuridici*, 2.ª edição, pagina 292.

a vontade e a sua declaração não existe correspondencia em virtude da propria intenção das partes. A authenticidade do documento authenticico é, como já por mais que uma vez notámos, completamente estranha á simulação, e, desde que o acto que do documento consta não representa a vontade das partes, deverá facultar-se a estas a prova da sua inexistencia até onde o permitta a necessaria fixidez das relações juridicas e resalvando-se sempre os direitos de terceiros que pelo acto simulado sejam prejudicados.

Em face do nosso Codigo parece-nos, porem, que a prova da simulação pelas partes, quando o acto simulado conste de documento authenticico, só poderá fazer-se por documento authenticico tambem.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1718, pagina 163)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Pelo disposto no artigo 2426.º os documentos authenticos extra-officiaes fazem prova plena, quanto á existencia do acto a que se referem, excepto naquillo em que possam envolver offensa de direitos de terceiro que não fosse parte no mesmo acto, e o artigo 2507.º declara inadmissivel a prova de testemunhas em contrario ou alem do conteúdo dos documentos authenticos, excepto sendo arguidos de falsidade.

Constituindo o documento authenticico prova plena, quanto á existencia do acto juridico, entre as partes e seus herdeiros

ou representantes, e sendo inadmissivel a prova testemunhal contra o conteúdo das declarações que se achem exaradas em documentos authenticos, não podem as partes demonstrar em juizo por meio de testemunhas que o acto juridico constante de documento authenticico não corresponde á intenção que tiveram ao realisal-o, que esse acto é aparente e não real. A verdade objectiva do conteúdo do documento authenticico, ou, por outras palavras, a correspondencia entre a vontade declarada e a vontade real, não pode ser contestada por meio de testemunhas, tanto no caso em que se não dê essa correspondencia em virtude de erro no modo por que se exprimiu a vontade das partes, como no de a falta de correspondencia ser devida á propria intenção das partes. Não faz o artigo 2507.º distincção alguma a tal respeito e não nos é licito portanto fazel-a.

Sendo inadmissivel a prova testemunhal nos casos de simulação contra o conteúdo dos documentos authenticos, tambem o são a confissão verbal (artigo 2416.º) e as presumpções (artigo 2519.º).

Poderá, porem, provar-se a simulação por meio de escripto particular e por juramento?

O artigo 2507.º não prohibe que se adduza essa prova contra o conteúdo dos

documentos authenticos. Vejamos se é admissivel.

Quanto aos documentos particulares, o artigo 2432.º determina que esses documentos, se forem escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos e reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente por reconhecidos, terão entre os signatarios e seus herdeiros ou representantes a mesma força probatoria que os documentos authenticos, *excepto nos casos em que a lei ordenar outra cousa.*

Tem-se entendido na nossa jurisprudencia que estas palavras significam que não pode provar-se por documento particular qualquer acto juridico para que a lei exija documento authenticico, e poderá assim sustentar-se que contra o conteúdo dos documentos authenticos, quando estes sejam exigidos para a forma do acto juridico, não é admissivel o escripto particular, até nos casos em que este se ache legalisado. Por outro lado, constituindo o documento authenticico prova plena quanto á existencia do acto, representando as declarações nelle feitas pelas partes uma confissão authentica, parece que contra esse documento se não pode adduzir um escripto particular. Foi sob esta impressão que escrevemos o ultimo periodo do artigo que publicámos no numero anterior, em que se contem, a nosso ver, doutrina menos verdadeira.

O artigo 2432.º determina a força probatoria dos documentos particulares a que se refere, mas não declara que esses documentos são inadmissiveis contra o conteúdo dos documentos authenticos, e não existe noCodigo disposição alguma em que se faça tal declaração. Não pode contestar-se que é inadmissivel para prova de um acto juridico o documento particular nos casos em que a lei exige documento authenticico, e, sendo verdadeiro um acto juridico para cuja existencia se requer essa prova, só se poderá destruir a sua efficacia juridica por meio de um documento que seja de igual força.

Quando haja simulação, se esta é absoluta, não existe realmente acto juridico, e, se é relativa, o acto juridico não corresponde ao seu conteúdo apparente. Em

qualquer dos casos, o acto simulado ou não tem efficacia juridica, ou não tem a que as partes lhe attribuiram, e, provada que seja a simulação, o que se declara é a inexistencia do acto, ou que elle tem um conteúdo diverso do apparente.

Sendo assim, e não prohibindo a lei a prova por escripto particular contra o conteúdo dos documentos authenticos, parece-nos que a simulação se poderá demonstrar por esse meio, até nos casos em que, nos termos do artigo 2433.º, o documento particular apenas constitua principio de prova por escripto, que deva ser completada pelo depoimento das testemunhas em juizo.

O facto de o documento authenticico constituir prova plena quanto á existencia do acto não significa que contra o conteúdo desse documento não possa adduzir-se outra prova que tenha igual força, e tel-a-á o documento particular desde que se ache legalisado.

Somos, pois, de parecer que pode provar-se a simulação por meio de documento particular.

E tambem, se é verdadeira a interpretação que damos aos artigos 2426.º e 2507.º, se poderá provar por meio de juramento decisorio a simulação. O artigo 2523.º admite esse meio de prova em qualquer pendencia civil, exceptuando os factos que sejam reputados criminosos pela lei, as convenções que só devem ser provadas por instrumento publico e as questões ácerca das quaes as partes não podem transigir. Ora não sendo a simulação, como já dissémos, quando considerada em si e independentemente da intenção das partes, um facto reputado criminoso, e sendo a convenção que consta do documento authenticico, no caso de simulação, meramente apparente, parece-nos que se pode invocar o juramento decisorio para prova da simulação.

As considerações que acabamos de fazer são, como facil será verificar, applicaveis aos documentos particulares legalisados.

Sendo esta a nossa opinião, consideramos todavia sujeita a graves duvidas a doutrina que temos exposto, tanto pelo

que respeita á possibilidade de as próprias partes provarem em juizo a simulação, como aos meios de prova a que para esse fim podem recorrer, quando o acto simulado conste de documento authenticico ou de documento particular legalisado. Conveniente é, pois, que essas duvidas sejam devidamente esclarecidas.

Suppondo que são a traducção fiel da doutrina sancionada no Codigo civil as observações que temos feito ácerca da prova da simulação, quando o acto juridico conste de documento authenticico, vejamos se essa doutrina é acceitavel.

Já exprimimos o nosso modo de pensar ácerca da admissibilidade da prova da simulação pelas proprias partes. Deverá, porem, admittir-se a este respeito qual-quer meio de prova, mesmo no caso em que o acto simulado conste de documento authenticico ou de documento particular legalisado?

Para simplificarmos o assumpto, começaremos por notar que a questão da admissibilidade em juizo da prova da simulação nada tem com os effeitos que o acto simulado deva produzir em relação a terceiros.

A este respeito parece-nos que na lei devem estabelecer-se as devidas garantias, para que elles não possam ser lesados pela declaração da inexistencia do acto simulado, quando estejam de boa fé. Essa declaração apenas deverá produzir effeito entre as proprias partes e seus herdeiros, não indo prejudicar quem, estando convicto de que era verdadeiro o acto juridico, haja contractado com qualquer dos simulantes.

Não pode, como ainda pretendem alguns jurisconsultos, sustentar-se contra esta doutrina que, não se havendo realisado pelo acto simulado a transferencia de direitos, todas as transmissões que posteriormente hajam sido effectuadas pela parte adquirente são insanavelmente nullas em virtude do principio — *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. Este principio não pode deixar de ser limitado nas suas applicações pelas necessidades da vida pratica, e seria completamente

injustificavel que qualquer dos simulantes podésse invocar contra terceiros a propria simulação para annullar os actos que elles, na convicção de que o acto era verdadeiro, houvessem realisado.

A inefficacia do acto simulado, como anormal que é, deve ser rigorosamente limitada, para se não ferirem legitimos interesses.

(Continúa).



REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1719, pagina 479)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Entre as proprias partes e seus herdeiros nenhuma razão ha não só para excluir a prova de que o acto é simulado, mas para restringir demasiadamente os meios por que se pode effectuar essa prova.

Concordamos todavia em que se não admitta, em principio, a prova testemunhal, quando o acto simulado conste de documento authenticico ou particular legalizado, attenta a desconfiança que ha, e com razão, em relação a essa prova. Poderá, porem, permittir-se o recurso á prova testemunhal, quando se prove a

perda, em virtude de caso fortuito ou de força maior, de qualquer declaração escripta por que as partes hajam reconhecido a simulação, e, sempre que exista essa declaração, deverá admittir-se a prova testemunhal não só para a sua legalização, mas ainda para a verificação de quaesquer factos por que se pretenda demonstrar a simulação. E de modo algum deverão excluir-se neste caso as presumpções, que em materia de simulação constituem o principal meio de prova.

Modificariamos portanto a doutrina que, em nosso parecer, se acha sancionada no Código, admittindo que a simulação se prove não só por escripto, por juramento e por confissão judicial, mas ainda por testemunhas, quando se prove a perda de escripto, e facultando a prova testemunhal e as presumpções contra o conteúdo dos documentos authenticicos nos casos em que, por haver escripto, seja admissivel em juizo a acção de simulação.

A força probatoria dos documentos particulares acha-se determinada nos artigos 2432.º a 2440.º

Cumpre-nos accentuar a este respeito, em primeiro logar, que se não justifica a diversidade de condições que o Código

exige em relação a esses documentos, condições a que se refere sempre que os declara necessários para a forma do acto juridico. As disposições consignadas nos artigos 912.º, 969.º, 1322.º, 1434.º, 1459.º, 1534.º, 1590.º § 1.º etc. bem poderiam ser substituidas quanto a essas condições por uma disposição de character generico, em que se enunciasses as formalidades dos documentos particulares para que tenham força probatoria, limitando-se os artigos citados a exigir esse meio de prova e a determinar o conteúdo do documento, quando se julgasse necessaria esta determinação.

Ponhamos, porem, de lado o systema seguido pelo legislador, e vejamos as condições que se requerem para que os documentos particulares tenham força probatoria.

Iniciamos este exame pelos que sejam escriptos e assignados pelas pessoas em cujo nome são feitos.

Declara o artigo 2432.º que esses documentos tem entre os signatarios e seus herdeiros ou representantes a mesma força probatoria que os documentos authenticos, quando sejam reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos.

O reconhecimento dos escriptos particulares pode fazer-se: 1) por confissão das partes; 2) por exame; 3) pelo notario publico na presença das partes e de duas testemunhas; 4) pelo simples reconhecimento do notario publico.

As primeiras tres formas de reconhecimento não suscitam duvida alguma pelo que respeita ao character de authenticidade que imprimem ao documento. Não succede o mesmo pelo que respeita ao simples reconhecimento.

É indubitavel que o reconhecimento pelas partes a que o artigo 2432.º se refere abrange tanto o reconhecimento que seja feito em juizo nos articulados, por termo nos autos ou em depoimento de parte, como o que seja feito na presença do notario publico. Como este reconhecimento pode, porem, ser feito na presença das partes e de duas testemunhas, ou independentemente da interven-

ção destas, necessario se torna verificar se o artigo citado se refere apenas á primeira forma de reconhecimento, que tem a designação de *authentic*, ou se abrange tambem a segunda e em que casos.

Já emitimos o nosso parecer a este respeito¹, sustentando que só o reconhecimento feito pelo notario na presença das partes e de duas testemunhas, com as declarações mencionadas no artigo 83.º do regulamento de 14 de setembro de 1900 e com outras que sejam exigidas por lei especial, se pode considerar authentic para o effeito do artigo 2432.º do Codigo civil. É esta a doutrina que se infere do disposto nos artigos 2436.º n.º 1.º e 2508.º

Se é esta, porem, a nossa opinião em face das disposições do Codigo civil, de modo algum se nos afigura accetavel a doutrina que nelle se acha sancionada.

O reconhecimento do notario pode ser feito: a) pela declaração de que elle reconhece como verdadeiras, por similitão, a letra e as assignaturas ou só as assignaturas; b) por essa declaração e a de que as assignaturas foram feitas pelos signatarios na presença do notario, ou c) pela declaração de que os signatarios estavam presentes no acto do reconhecimento.

Não deve attribuir-se força probatoria plena ao documento em que o notario publico apenas reconheça por similitão, na ausencia das partes, a assignatura da pessoa em cujo nome é feito. Quando haja, porem, não só esse reconhecimento, mas a declaração de que a assignatura foi feita na presença do notario, ou de que a parte estava presente quando se fez o reconhecimento, não vemos razão alguma para que a esse documento não seja attribuida força probatoria plena.

O legislador não pode, attentas as condições em que se dá a intervenção do

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 38.º, n.º 1667, pagina 566.

notario publico e a fé que lhe é attribuida, deixar de considerar como authenticico, sem grave incoherencia da sua parte, um documento que o notario declara ter sido assignado na sua presença ou reconhecido na presença da pessoa que o assignou. E como o reconhecimento do notario pode ser arguido de falsidade, admittindo-se nesse caso a prova testemunhal, não vemos o minimo inconveniente em que se considere authenticico o reconhecimento feito pelo notario nas condições referidas, pois que para demonstrar a falta de correspondencia que, em virtude de erro, dolo ou coacção, haja entre a vontade real e a vontade declarada, é admittida a prova testemunhal, até no caso em que se dê o reconhecimento authenticico, e apesar de neste se consignar a declaração das partes de que o documento exprime a sua vontade. O artigo 2508.º não deixa a este respeito a minima duvida.

Quando se reconheça, porem, que apenas se deve considerar authenticico o reconhecimento que seja feito na presença das partes e de duas testemunhas, dever-se-á supprimir da nossa legislação, como formalidade necessaria para a existencia do acto juridico, o reconhecimento que não seja feito por esse meio. A intervenção de testemunhas não difficultará nem tornará mais dispendioso o reconhecimento, e não se dará assim a anomalia de se considerarem como publicos para todos os effeitos, excepto para o de prova, documentos em que se dá a intervenção do notario publico.

Somos, porem, de parecer que para o reconhecimento authenticico apenas se deveria exigir a intervenção do notario publico, quando o documento fosse escripto e assignado pela pessoa em cujo nome é feito, devendo intervir duas testemunhas quando fosse escripto por outra pessoa e assignado pelas partes ou a rogo dellas, e declarando-se sempre no reconhecimento que este foi feito na presença das proprias partes ou destas e das testemunhas.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1721, pagina 211)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) * Aos documentos que, pelo reconhecimento do notario publico feito nas condições referidas, revestirem o character de authenticidade, deverá attribuir-se, como aos documentos authenticos, força executiva. Pelo decreto dictatorial de 29 de maio deste anno já tem força executiva, quando a assignatura do devedor estiver devidamente reconhecida pelo notario, os documentos particulares — letras, livranças, cheques, facturas conferidas e quaesquer outros escriptos particulares —, dos quaes conste a obrigação de pagamento de quantias não excedentes

a 200\$000 réis em Lisboa e Porto e a 100\$000 réis nas restantes comarcas (artigos 13.º e 16.º), e essa disposição deve ser ampliada, mas devidamente esclarecida, a qualquer obrigação que possa provar-se por documento particular.

Dizemos que a referida disposição deve ser devidamente esclarecida, porque nos não parece facil determinar qual seja o reconhecimento que ella exige. Bastará o reconhecimento feito pelo notario sem intervenção de testemunhas, quer seja o simples reconhecimento por similhaça, quer o reconhecimento de assignatura feito perante o notario ou na presença das proprias partes? ou tornar-se-á necessario o reconhecimento authenticico? Terá o mesmo effeito que a assignatura do devedor a assignatura a rogo delle, quando haja o reconhecimento authenticico?

No artigo 16.º do citado decreto declara-se que a assignatura do devedor deve ser *devidamente reconhecida pelo notario*, parecendo assim que não é necessario o reconhecimento authenticico nos casos em que a lei apenas exige para a forma do acto o simples reconhecimento do notario. Assim, a hypotheca de valor não excedente a 50\$000 réis pode provar-se (artigo 912.º) por documento particular, escripto e assignado pela pessoa que a constituir, ou, se ella não souber

ou não poder escrever, por outrem a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas, que escrevam os seus nomes, sendo em todo o caso as assignaturas reconhecidas por tabellião. O reconhecimento que neste artigo se exige é o reconhecimento por similitude e não o reconhecimento autentico, e parece que não pode deixar de considerar-se como *devidamente* reconhecido um documento particular nas condições referidas.

Afigura-se-nos, porem, que o adverbio — *devidamente* — não se refere ás formalidades que deve ter o reconhecimento, quando a lei o exija para prova do acto, porque para a maior parte das obrigações a que o decreto de 29 de maio respeita não se exige prova por escripto, e o adverbio não terá em tal caso significação alguma, salvo se considerarmos applicaveis as disposições consignadas nos artigos 2432.º, 2433.º e 2436.º § unico aos documentos particulares para que a lei não exija formalidades especiaes. Mas, interpretando-se assim a palavra — *devidamente*, terá de considerar-se necessario o reconhecimento autentico, para que fiquem tendo força executiva, em documentos relativos a obrigações para cuja prova nem sequer o reconhecimento por similitude se exige, ao passo que será sufficiente este reconhecimento para obrigações que só podem ser provadas por escripto com formalidades especiaes.

Quanto aos documentos assignados a rogo e não pelo proprio devedor, parece-nos que, achando-se authenticamente reconhecidos, devem ter força executiva, pois não podem deixar de considerar-se como tendo a mesma força probatoria que os documentos assignados pelo proprio devedor em face do disposto no artigo 2433.º do Codigo civil. Apesar da má redacção do artigo 16.º do decreto de 29 de maio, estamos convencidos de que a jurisprudencia se pronunciará neste sentido.

Sobre o que prevemos divergencias é quanto á forma do reconhecimento.

Referimo-nos incidentemente a este assumpto, para que se veja a necessidade que ha de estabelecer normas precisas ácerca do reconhecimento dos

documentos particulares em qualquer remodelação do Codigo civil que se venha a effectuar.

Quanto aos documentos particulares que sejam tão somente assignados ou firmados pela pessoa em cujo nome são feitos, dispõe o artigo 2433.º que elles farão prova unicamente contra o signatario, sendo por elle reconhecidos ou por seus herdeiros ou representantes, mas, achando-se tambem assignados por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, farão principio de prova, que poderá ser completada pelo depoimento dellas em juizo. Os documentos assignados a rogo ou de cruz são equiparados pelo artigo 2434.º aos que sejam assignados pela pessoa em cujo nome são feitos.

Que distincção estabeleceu o legislador entre estes documentos e os escriptos e assignados pela propria pessoa em cujo nome são feitos?

Os juriconsultos que se teem occupado deste assumpto ora affirmam que os documentos que sejam somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos não teem a mesma força probatoria que os documentos authenticos, fazendo só prova contra a pessoa que os assignou e seus herdeiros ou representantes, se reconhecerem os mesmos documentos, parecendo querer assim significar que não provam contra terceiros¹, ora declaram que os documentos escriptos e assignados pela pessoa, em cujo nome são feitos e reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos, teem força de documentos authenticos entre os seus herdeiros e representantes, emquanto que os documentos somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos só teem força contra os herdeiros ou representantes, sendo por elles reconhecidos².

¹ Dr. Neves e Castro, *Theoria das provas*, pagina 153, conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, tomo 5.º, 1.ª edição, paginas 163 e 164.

² Drs. Hintze Ribeiro e Julio de Vilhena, *O caso julgado e os documentos particulares*, paginas 149 e 150.

Nenhuma destas interpretações é verdadeira. As palavras — *farão prova unicamente contra o signatario* — não se referem aos documentos que já estejam reconhecidos pela pessoa em cujo nome forem feitos, mas aos documentos que ainda o não tenham sido, e significam que esses documentos não podem ser havidos judicialmente como reconhecidos por meio de exame ou prova testemunhal, ao contrario do que succede com os documentos particulares que sejam escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos. Por outras palavras: os documentos que sejam somente firmados pela pessoa em cujo nome são feitos não fazem principio de prova, não teem valor algum, quando não sejam reconhecidos pelas partes ou por seus herdeiros ou representantes.

É esta a doutrina que resulta do confronto entre os artigos 2432.º e 2433.º, e que a ultima parte deste artigo, em que se declara que os documentos particulares tão somente assignados ou firmados pela pessoa em cujo nome são feitos *farão principio de prova*, quando se achem tambem assignados por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, põe mais em evidencia.

O dr. Neves e Castro e o conselheiro Dias Ferreira sustentam que os documentos particulares somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos podem ser judicialmente reconhecidos por meio do exame da assignatura, fundando-se em que os artigos 2432.º e 2433.º não prohibem esse reconhecimento, e em que os artigos 248.º e 249.º do Codigo de processo civil fallam do exame para reconhecimento de letra sem distinguir que a letra seja de todo o escripto ou somente da assignatura. Reconhecem todavia esses juriconsultos a difficuldade do reconhecimento judicial de uma simples assignatura, e declaram que ao reconhecimento da assignatura por meio de exame não deve dar-se a força de prova plena¹.

Para se ver que esta doutrina é inadmissivel, basta o simples confronto entre os artigos 2432.º e 2433.º, do qual resulta que os documentos particulares somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos não podem ser havidos como judicialmente reconhecidos, só tendo valor quando sejam reconhecidos pelas partes. A commissão revisora não eliminou, em nosso parecer, o artigo 2807.º do Projecto primitivo, em que se estabelecia, como no artigo 1324.º do Codigo civil francês, o exame por comparação de letras e inquerito de testemunhas dos escriptos particulares somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, unicamente pelo facto de julgar essa materia de processo, mas por não admittir o exame em relação aos documentos particulares que sejam somente assignados pelo devedor.

Pode, sem duvida alguma, provar-se em juizo por meio de testemunhas o facto de uma pessoa haver assignado um determinado documento; não pode, porem, recair exame apenas sobre a assignatura e um documento nessas condições nunca pode ser havido como judicialmente reconhecido.

Pode a pessoa, por quem o documento foi ostensivamente assignado, ser obrigada a declarar se a assignatura é sua, e, quando se recuse a fazel-o sem justa causa, será havida por confessa, se houver sido citada sob essa comminação (Codigo civil, artigo 2435.º, e Codigo de processo civil, artigo 217.º). Essa recusa, porem, envolve uma confissão tacita de que a assignatura lhe pertence, e o escripto deve portanto considerar-se reconhecido pelo signatario.

(Continúa).

¹ Dr. Neves e Castro, obra citada, pagina 163, e conselheiro Dias Ferreira, obra e tomo citado, pagina 171.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOUTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1722, pagina 227)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) É accetivel a doutrina que, em nosso parecer, se acha sanccionada no Codigo pelo que respeita á força probatoria dos documentos somente assignados pela pessoa em cujo nome são feitos.

Nesta parte apenas reconhecemos a conveniencia de se não equipararem aos documentos que sejam firmados pela pessoa em cujo nome são feitos os que sejam assignados de cruz, devendo supprimir-se o artigo 2434.º As considerações que a este respeito faz o conselheiro Julio de Vilhena.¹ parecem-nos sensatas.

Não ha necessidade de admittir a assignatura de cruz, nem a essa assignatura pode dar-se o minimo valor, attenta a facilidade com que pode ser imitada. Preferivel seria que, para o effeito do artigo 2435.º, o escripto fosse assignado pela pessoa que o escreveu, com a declaração de que o fez a rogo da pessoa em cujo nome foi feito, e recaindo sobre este facto o depoimento de parte.

O que nos parece, porem, mais razoavel é não dar força alguma probatoria aos documentos que não sejam pelo menos firmados pelas pessoas em cujo nome são feitos, ou por outra pessoa a seu rogo, devendo neste ultimo caso ser assignados por mais duas pessoas, cujos nomes sejam declarados no contexto do documento.

Quanto aos documentos escriptos, mas não assignados pela pessoa a quem ostensivamente pertencem, declara-se nos artigos 2438.º¹ a 2440.º que a nota escripta pelo credor em seguimento, á margem ou nas costas de qualquer escriptura ou obrigação faz prova em favor do devedor, e que os assentos, registos e quaesquer outros escriptos domesticos não fazem prova em

¹ O caso julgado e os documentos particulares, paginas 154 e 155.

¹ Neste artigo falta uma virgula entre as palavras — seguimento — e — á margem.

favor do seu autor, mas farão prova contra elle, se enunciarem claramente a recepção de qualquer pagamento, devendo neste caso as pessoas que de taes assentos, registos ou escriptos quizerem ajudar-se acceital-os tambem na parte que lhes fôr prejudicial.

Como se vê pela simples leitura das disposições referidas, os documentos não assignados pela pessoa a quem ostensivamente pertencem apenas tem força probatoria no que respeita á extincção de obrigações, limitando-se ainda a prova dos assentos, registos e quaesquer outros escriptos domesticos ao facto do pagamento.

Não declara o Codigo se os documentos, a que nos estamos referindo, devem ou não estar em poder da pessoa que os escreveu, parecendo assim que a sua força probatoria não fica dependente dessa circumstancia. Basta, porem, attender ao facto de o legislador não exigir que esses escriptos sejam assignados e de lhes attribuir a força probatoria independentemente do facto de serem reconhecidos por quem os escreveu, ou havidos judicialmente como reconhecidos, para se ver que não é indifferente que as notas escriptas pelo credor e que os assentos, registos e quaesquer outros escriptos domesticos, estejam ou não em poder da pessoa que os escreveu. Acresce que, em relação aos assentos, registos ou quaesquer outros escriptos domesticos o Codigo refere-se ao *autor* delles, e por isso tanto podem ser escriptos pelo proprio credor como por qualquer mandatario, sendo obvio que, nestas condições, a força probatoria dos assentos apenas provem do facto de serem feitos em livros que se achem em poder da pessoa que declara haver recebido o pagamento.

Parece-nos que as disposições consignadas nos artigos 2438.º e 2439.º constituem não só uma excepção ao principio formulado no artigo 2437.º, mas que a força probatoria dos escriptos a que aquelles artigos respeitam depende principalmente do facto de elles se acharem em poder da pessoa contra a qual se dá essa força probatoria. É deste facto que o legislador tira a illação de que os escri-

ptos pertencem ao credor ou pessoa que recebeu o pagamento. É assim que, provado este facto, esses escriptos terão força probatoria independentemente do seu reconhecimento, tornando-se necessario que a pessoa a quem esses escriptos ostensivamente pertencem demonstre que não é o seu autor, provando quaesquer factos donde se conclua que esses escriptos se acham em seu poder em virtude de fraude.

Quando as notas escriptas pelo credor na escriptura ou obrigação, e os assentos, registos ou escriptos domesticos não se achem em poder da pessoa contra a qual lhes é attribuida força probatoria, parecem-nos que só pelo reconhecimento delles pela pessoa que os escreveu ou mandou escrever, ou pelo facto de serem havidos como judicialmente reconhecidos, ficarão tendo força probatoria.

Será, porem, admittido o reconhecimento judicial em relação ás notas escriptas na obrigação e nos assentos e registos que não se achem assignados pelo credor ou pela pessoa contra quem são invocados?

Apesar de só o artigo 2432.º se referir ao reconhecimento judicial, parecendo assim que este reconhecimento só se pode dar em relação aos documentos que sejam escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, julgamos que tambem podem ser havidos judicialmente como reconhecidos, por meio de exame, os escriptos a que se referem os artigos 2438.º e 2439.º Os artigos 248.º e 249.º do Codigo de processo civil referem-se em termos amplos ao reconhecimento de *letra*, e não existe no Codigo civil disposição alguma que prohiba o exame dos escriptos de que tractam aquelles artigos.

Poderá, porem, provar-se a extincção de qualquer obrigação por meio de taes escriptos?

Tem havido a este respeito graves divergencias na nossa jurisprudencia.

Em alguns artigos exige o Codigo provar a quitação os mesmos meios de prova da obrigação. É o que se dá em relação ao deposito (artigo 1434.º § 2.º

ao mutuo (artigo 1534.º § unico) e á usura (artigo 1643.º).

Ora tem-se discutido, com relação a estas obrigações, e a outras para que a lei exija prova especial de quitação, se esta pode provar-se pelos meios indicados nos artigos 2438.º e 2439.º, e designadamente no primeiro.

Pretendemos conciliar nesta *Revista* o artigo 1534.º com o artigo 2438.º, dizendo que a quitação do contracto de mutuo deve fazer-se por escriptura publica, quando o mutuo exceder a 400\$000 réis, e que, se fôr inferior a esta quantia, pode fazer-se a quitação por nota escripta pelo credor em seguimento, á margem ou nas costas do escripto por que se prova a obrigação ¹.

Souza Cabral conciliou os artigos 1534.º § unico e 1643.º com o artigo 2438.º, affirmando que aquelles constituíam uma excepção ao principio neste enunciado ².

O conselheiro Dias Ferreira considerou o artigo 2438.º como excepção ao artigo 1534.º ³.

O conselheiro Julio de Vilhena, criticando as soluções anteriores, sustentou que o artigo 2438.º continha uma disposição generica applicavel ao distracte de qualquer obrigação ⁴.

(Continúa).

¹ Veja-se o volume 1.º, n.º 51, pagina 811.

² *Considerações sobre a prova por escriptos particulares*. §§ 35.º e 36.º.

³ *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo 2.º, pagina 204.

⁴ Obra citada, pagina 180.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1723, pagina 243)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Não se faz no artigo 2438.º distincção alguma quanto ás escripturas ou obrigações em que sejam escriptas notas pelo credor, parecendo assim que essas notas fazem sempre prova em favor do devedor, até nos casos em que para a quitação ou distracte se exija um meio especial de prova. Não podem, porem, deixar de considerar-se especiaes as disposições consignadas nos artigos 1434.º § 2.º, 1534.º § unico e 1643.º, e fundamentadamente se pode sustentar que constituem uma excepção ao que se acha disposto não só no artigo 2138.º, mas tambem no artigo 2439.º,

em que aliás se declara que os assentos, registos e quaesquer outros escriptos domesticos fazem prova contra o credor, se enunciarem claramente a *recepção de qualquer pagamento*.

Não está esta doutrina em harmonia com as nossas tradições juridicas¹ e não corresponde ás necessidades da vida social. É frequente o pagamento em prestações successivas de emprestimos de quantias avultadas, e seria completamente descabida a exigencia de uma escriptura publica para provar esses pagamentos em juizo.

As disposições consignadas nos artigos 2438.º e 2439.º, quando se considerem applicaveis a qualquer obrigação, para cuja quitação a lei exija prova especial, só em parte satisfazem essa necessidade. O credor não só pode fazer desaparecer os assentos, registos e escriptos domesticos, mas até o proprio titulo da obrigação, quando seja escriptura publica e o traslado não seja entregue ao devedor, attenta a facilidade de obter outra certidão ou traslado.

O que nos parece mais conveniente é facilitar a prova da extincção das obri-

¹ Veja-se Coelho da Rocha, *Instituições*, § 50º, nota, Lobão, *Notas a Mello*, liv. 1.º, tit. 8.º, § 8º, n.º 30.º, Correia Telles, *Digesto*, tomo 1.º, artigos 300.º e 301.º

gações pelo pagamento, admittindo para esse effeito o escripto particular nos casos em que para prova da obrigação se exija a escriptura publica. Dar mais importancia ás notas escriptas pelo credor no titulo por que se prova a obrigação e nos assentos, registos e quaesquer escriptos domesticos, do que a um documento particular escripto e assignado pelo devedor, ou a rogo delle, e por duas testemunhas cujos nomes sejam declarados no contexto do documento, afigura-se-nos grave incoherencia.

Não pode deixar de tomar-se na devida consideração o facto de o documento se achar em poder do credor, mas, como vimos, o artigo 2438.º não attribue força probatoria só ás notas escriptas pelo credor no titulo da obrigação, quando este se ache em poder delle, e se, quando ha um unico titulo particular, o facto de este se achar em poder do devedor constitue já uma presumpção de pagamento, não pode dizer-se o mesmo quando seja uma escriptura publica. Concordamos em que, nas hypotheses previstas nos artigos 2438.º e 2439.º, e quando os escriptos a que elles respeitam se acham em poder do credor, se attribua força probatoria a esses escriptos contra este, independentemente do seu reconhecimento. Quando elles se não acham em poder do credor, e para prova da obrigação se exija escriptura publica ou escripto particular, deveria ser exigido este para prova da quitação.

No artigo 2436.º, com o fim de evitar que os documentos particulares sejam antedatados, determinam-se os factos a partir dos quaes elles se devem considerar datados em relação a terceiros. Será taxativa ou exemplificativa a enumeração desses factos?

Podem suscitar-se duvidas a esse respeito, que conveniente seria esclarecer.

Não pode, por exemplo, deixar de equiparar-se á morte de algum dos signatarios, o facto de elle se achar physicamente impossibilitado de assignar o documento. Ora, se é justo que terceiros não sejam lesados nos seus direitos antedatando-se escriptos particulares, tambem o não é

que o sejam as pessoas que por motivo destes adquirem direitos, quando a data do documento seja verdadeira, e se possa provar de modo que exclua qualquer duvida.

Não tracta o Codigo civil dos telegrammas, sendo todavia nesse Codigo que essa materia tem o seu assento proprio, e devendo portanto ser inserida nelle, quando se faça uma nova publicação official do Codigo, as disposições que a esse respeito foram consignadas no Codigo commercial.

A materia do registo do estado civil de que o Codigo tracta no capitulo relativo á prova documental, acha-se completamente deslocada. Para não alterarmos porem, a ordem dos artigos do Codigo fazemos aqui algumas considerações nesse respeito.

No artigo 2443.º preceitua-se que os nascimentos, casamentos e obitos occorridos anteriormente á promulgação do Codigo e do registo estabelecido por elle, poderão provar-se pelos mesmos documentos que até então eram admittidos para prova de taes factos. Para saber a importancia desta disposição transitoria, bastará notar que as disposições do Codigo respeitantes ao registo do estado civil só se acham em pleno vigor em Angola em virtude do regulamento approved por portaria provincial de 22 de março de 1882. No continente do reino e nas outras provincias ultramarinas, o registo do estado civil não parochial só se acha estabelecido para os não catholicos. Para os catholicos continuam em vigor os decretos de 2 de março de 1862 e de 9 de setembro de 1863.

Combinando-se os artigos 2441.º e 2443.º, e tendo-se em consideração o nosso direito anterior¹, vê-se que, emquanto ainda não está em vigor, para os cidadãos portuguezes catholicos, o regis-

¹ Vide Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ.*, §§ 226.º e 226.º

civil a que se refere o artigo 2441.º, e anteriormente á instituição desse registo, os factos do nascimento, casamento e obito tem de provar-se pelos mesmos meios que para esse fim se achavam estabelecidos, não se podendo recorrer á prova testemunhal senão quando não haja registo, ou não se ache registado o facto, ou não o esteja na devida forma.

Em alguns accordãos¹ tem-se seguido, porem, a doutrina de que os nascimentos e casamentos anteriores ao Codigo civil se provam por documentos ou testemunhas, sendo por isso conveniente modificar a redacção do artigo 2443.º de modo que não dê logar á duvidas.

Nas disposições respeitantes ao registo, o auctor do Codigo não se limitou a estabelecer as disposições fundamentaes; regulamentou quasi completamente essa materia, sendo o regulamento de 28 de novembro de 1878 quasi que uma mera reproducção das disposições que se acham consignadas no Codigo, com algumas inexactidões que nelle se notam e sem se preencherem lacunas que nelle existem.

Mais completo que o regulamento de 28 de novembro são alguns dos regulamentos que tem sido publicados para as provincias ultramarinas. É assim que no regulamento de 15 de junho de 1887, que está vigorando em Macau e Timor, se determina que são admissiveis a registo os factos a elle sujeitos praticados em pais estrangeiro, quando constarem de documentos que tenham a força de authenticos.

Pelo nosso Codigo civil é obrigatorio, tendo a sancção comminada no artigo 1202.º, o registo dos casamentos effectuados no estrangeiro, e parece-nos, em virtude do disposto no artigo 2454.º, que qualquer registo effectuado em territorio estrangeiro pode ser transcripto, a requerimento das partes interessadas, no registo civil dos seus domicilios:

No regulamento de 28 de novembro de 1878 não foram porem tidos em consideração os registos effectuados em pais estrangeiro, pois declara-se (artigo 18.º) que a transcripção no registo dos domicilios das partes interessadas será feita á vista de certidões authenticas passadas pelos competentes administradores do concelho ou bairro.

(Continúa).

¹ Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de 21.ª de 12 de abril de 1889, nesta Revista, volume 30.º, n.º 1374, pagina 345.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Joaquim José Paes da Silva Junior, Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva, Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela, lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra, e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição, e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1725, pagina 275)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Sobre a transcripção dos registos de estado civil effectuados no reino fóra do domicilio das partes interessadas notaremos que, sendo ella facultativa segundo o disposto no artigo 2454.º do Codigo civil, e só podendo ser feita a requerimento das referidas partes, é obrigatoria segundo o decreto de 9 de setembro de 1863, preceituando-se nesse decreto (artigos 13.º, 15.º e 18.º) que, sendo lavrados os assentos de baptismo, de casamento ou de obito em parochia diversa da do domicilio do baptisado, dos contrahentes ou do fallecido, deve ser enviada officiosamente ao parochio respectivo uma

certidão authentica do assento, para ser transcripta no livro competente.

Achamos preferivel esta disposição á consignada no Codigo civil, e que tem sido seguida em todos os regulamentos do registo civil não parochial, pois é da maxima conveniencia que os actos da vida civil sujeitos a registo se achem exarados na mesma repartição. Poderia até estabelecer-se a transcripção officiosa dos registos effectuados nos consulados portuguezes; e, quando forem regulamentadas, que o não estão ainda, as disposições do Codigo civil sobre os nascimentos e obitos em casos especiaes, não só deverão completar-se as disposições que se acham exaradas no Codigo civil, mas deverá decretar-se, pelo menos em relação a esses casos, e sempre que os registos não sejam effectuados no domicilio das partes interessadas, a transcripção officiosa desses registos no referido domicilio.

E não são só as divergencias a que nos temos referido que se notam nos regulamentos do registo do estado civil, facto que mal pode justificar-se.

No artigo 2450.º § unico do Codigo civil preceitua-se que as rectificações que tenham de fazer-se nos assentos do registo depois de assignados, quando se não façam em acto consecutivo, só podem fazer-se em virtude de sentença, e que

serão lançadas á margem dos respectivos assentos em summario, que deve conter o resumo do julgado, a data da sentença, e a indicação do juizo onde esta foi proferida e do cartorio onde correu o processo. Ora esta disposição foi reproduzida no regulamento de 28 de novembro de 1878, artigo 16.º § 1.º, no de 15 de junho de 1887, artigo 22.º § 1.º, e no regulamento do registo em Angola, artigo 18.º § 1.º; mas no regulamento de 12 de julho de 1902, para os não catholicos da India, determina-se (artigos 31.º e 32.º), em harmonia com o que já se achava disposto no artigo 17.º do decreto de 2 de abril de 1862 e no artigo 23.º do decreto de 9 de setembro de 1863, que, sendo o registo do mesmo anno em que a rectificação fôr feita, o official do registo abrirá um novo assento em seguida ao ultimo que houver no livro respectivo, e lançará á margem do assento primitivo uma nota em que declare ficar rectificado pelo outro, que designará pelo numero de ordem e pelas folhas respectivas, e que, sendo o registo do anno anterior, cujo livro já esteja encerrado e o duplicado encerrado no archivo, a rectificação será feita nos livros do anno corrente, e a nota lançada ao lado do assento primitivo declarará, alem do numero de ordem, o anno em que é feito o novo registo. E ordena-se que, neste caso, o official do registo comunicará ao presidente da camara o occorrido, para se fazer o averbamento no livro correspondente.

No decreto de 9 de setembro de 1863 preceitua-se (artigo 14.º n.º 10.º) que no assento de casamento se declare, se o casamento foi por escriptura ou segundo o costume do reino, e naquelle caso a data da escriptura e o tabellião que a fez, não sendo tal declaração, cuja utilidade é incontestavel, exigida pelo Codigo civil, nem por nenhum dos regulamentos do registo civil, incluindo o de 2 de março de 1862.

Seriam interessantes os confrontos que, sob outros pontos de vista, como, por exemplo, sobre os prazos para os registos de nascimento e de baptismo, sobre a reforma dos livros de registo que se hajam

inutilizado ou perdido, sobre a superintendencia nos serviços de registo, se podiam fazer entre os diversos regulamentos.

Suppomos, porem, sufficiente o que deixamos dicto para demonstrar a conveniencia de se reformar a legislação respeitante ao registo civil.

Nessa reforma, quando se reconheça a impossibilidade de estabelecer a uniformidade do registo civil quanto aos funcionarios d'elle incumbidos, continuando assim o registo civil parochial e não parochial, poder-se-á sem duvida estabelecer uma superintendencia efficaz por parte das auctoridades civis no que respeita ao registo parochial, de forma que os serviços do registo civil sejam devidamente centralizados.

Os parochos teem, como officiaes do registo, a qualidade de funcionarios civis, e nada pode portanto oppôr-se a uma ingerencia directa por parte do Estado nesse serviço, tanto mais que já se acha regulado por elle.

Devem tambem considerar-se sujeitos ao registo civil actos que, ou não teem registo, ou estão sujeitos a um registo especial. É assim que as tutelas e emancipações de menores, as sentenças de interdicção e de separação de pessoas e bens dos conjuges, poderão ser registadas por meio de averbamento aos assentos de nascimento e de casamento. Ninguem desconhece a importancia daquelles actos relativamente á capacidade civil, e é da maxima conveniencia, para a devida garantia das relações juridicas, que os actos mais importantes relativos ao estado civil das pessoas constem do mesmo registo e que a este se dê a necessaria publicidade.

Tambem se nos afigura mais conveniente, e é sem duvida mais conforme com a natureza desses actos, que as declarações sobre opção de nacionalidade dos filhos de paes estrangeiros que nasçam em Portugal sejam feitas perante os respectivos officiaes do registo civil e não perante as camaras municipaes, e que perante os mesmos officiaes seja feita a declaração de se haver fixado o domicilio no reino, nos casos em que é exigida essa

declaração para a readquirição da nacionalidade portuguesa. Parece-nos até que o registo das cartas de naturalisação, que é feito nas camaras municipaes do concelho onde o naturalisado tem o seu domicilio, deveria effectuar-se na respectiva repartição do registo civil.

O registo civil ficaria assim muito mais completo, constando delle os actos que mais directamente influem sobre a capacidade dos cidadãos.

Dissemos que no regulamento de 28 de novembro de 1878 haviam sido reproduzidas algumas incorrecções do Codigo civil nas disposições respeitantes ao registo do estado civil.

No artigo 2469.º, em que se regula o averbamento das legitimações e perihações aos assentos de nascimento, declara-se no § 2.º n.º 2.º que a obrigação de requerer esse averbamento incumbe, no caso de reconhecimento por escriptura publica ou por outro modo solemne, ao *legitimador*. Ora basta confrontar esse numero com o n.º 1.º do mesmo § para se ver que se empregou a palavra *legitimador* em vez de *perfilhante*, sendo todavia esse erro reproduzido no regulamento de 28 de novembro, artigo 38.º § 2.º n.º 2.º

Referir-nos-emos ainda ao artigo 2478.º § 1.º, em que se declara que, havendo dispensa de publicação ou de idade para o casamento, se fará menção da apresentação dos diplomas em que se hajam feitas concessões.

A dispensa da publicação pode dar-se no casamento catholico, e como, nos termos do artigo 2476.º, quando estejam em vigor todas as disposições do Codigo civil relativas ao registo civil, a acta do contracto deve ser registada pelo official do registo civil, ainda pode justificar-se a referencia feita á dispensa da publicação.

Nem para o casamento civil, porem, nem para o catholico pode haver dispensa de idade, reproduzindo-se todavia no regulamento de 28 de novembro, artigo 40.º § 1.º, o que a esse respeito se dispõe no artigo 2478.º § 1.º

(Continua).

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES À PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1726, pagina 291)

III

Artigos do Codigo civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Codigo, devem ser modificados.

SUMMARIO. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados.

101. (cont.) Vamos concluir as considerações que nos propozémos fazer ácerca da remodelação do Codigo civil no capitulo da prova documental, referindo-nos á importantissima materia da nullidade dos documentos authenticos extra-officiaes.

Pelos gravissimos interesses que estão ligados a essa ordem de documentos, é necessario que o legislador não só reduza ao minimo indispensavel para que a declaração da vontade seja feita de um modo consciente e livre as solemnidades desses documentos cuja omissão seja causa de nullidade, mas que enuncie com o maior rigor e precisão as formalidades que determinam essa nullidade de modo que exclua duvidas de interpretação e o arbitrio dos tribunaes. Se ha materia sobre que a applicação do principio consignado no artigo 10.º do Codigo ácerca da sancção das leis civis seja perigosa é sem duvida a relativa a documentos.

É no artigo 2495.º que se acham especializados os factos que determinam a nullidade dos documentos extra-officiaes, não prejudicando as disposições nelle consignadas quaesquer outras que por lei sejam exigidas em casos especiaes. Esse artigo foi, porem, em parte esclarecido e em parte modificado pelo decreto de 14 de setembro de 1900, que reorganizou os serviços do notariado, e, se o

artigo 2495.º suscitou duvidas na nossa jurisprudencia, o decreto de 14 de setembro, não só as não esclareceu devidamente, mas tambem as está suscitando.

É assim que, resolvendo-se nesse decreto (artigo 68.º § 3.º) as duvidas sobre as pessoas que deviam assignar a rogo dos outorgantes, quando estes não souberem ou não podérem escrever¹, sobre a natureza do interesse que inhiba o notario de prestar a sua intervenção nos actos da sua competencia, assumpto discutido a proposito das testemunhas na nossa jurisprudencia², não cortou a questão que sobre a idoneidade das testemunhas instrumentarias resulta da combinação dos artigos 1966.º e 2492.º, assumpto a que já nos referimos nas considerações que fizemos ácerca do artigo 1966.º, e parece até que a vem agravar, pois ha jurisconsultos que affirmam, fundando-se principalmente no artigo 68.º § 2.º, que as pessoas inibidas de ser testemunhas em juizo, e que o não estejam tambem pelo artigo 1966.º de ser testemunhas instrumentarias, podem intervir nesta qualidade nos documentos, embora reconheçam os graves inconvenientes que dessa intervenção podem resultar, o que mostra a necessidade de se resolverem legislativamente as duvidas a tal respeito³: não fez desaparecer a incoherencia, que tem suscitado questões de exegese, entre os artigos 1773.º e 2495.º, a que tambem já nos referimos nas observações que sobre aquelle artigo fizemos; e no artigo 75.º, determinando-se as formalidades especiaes que devem ter logar na feitura dos documentos, quando nelles outorguem indi-

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 2.º, n.º 83, pagina 531, volume 3.º, n.º 112, pagina 122, e volume 6.º, n.º 297, pagina 591, o *Direito*, volume 3.º, pagina 433, volume 6.º, pagina 632, volume 7.º, pagina 82, volume 10.º, pagina 362, e volume 12.º, pagina 98, e o conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português anno-tado*, 1.ª edição, tomo 5.º, pagina 202.

² Veja-se esta *Revista*, volume 33.º, n.º 1457, pagina 37.

³ Veja-se esta *Revista*, volume 37.º, n.º 1597, pagina 39.

viduos inteiramente surdos, surdos ou surdos-mudos e cegos, não resolveu a duvida que se havia levantado ácerca da pessoa a quem o inteiramente surdo que não soubesse ler podia indicar para a leitura¹.

Aproveitamos a referencia a este artigo do decreto de 14 de setembro para notar que é com certeza devida a erro de copia ou typographico a palavra — *surdo*, que se lê no § 1.º, devendo essa palavra ser substituída por — *mudo*.

Não esclarecendo todas as duvidas que já se haviam levantado na nossa jurisprudencia, o decreto já tem suscitado algumas, e outras suscitará sobre a nullidade dos documentos. Essas duvidas hão de relacionar-se principalmente com a natureza das disposições consignadas nesse decreto em que, tractando-se das formalidades dos documentos, não se reproduza apenas ou se esclareça o que no artigo 2495.º do Código civil se acha disposto ácerca dos factos que determinam a nullidade desses documentos. O artigo 69.º do decreto de 14 de setembro declara o que devem conter os documentos authenticos, não comminando a pena de nullidade; mas, attenta a natureza desse decreto, a disposição consignada no artigo 10.º do Código e o character das normas legais relativas ás formalidades dos actos juridicos, que são de interesse publico, pode affirmar-se que a falta de qualquer das declarações exigidas no documento pelo artigo 69.º do citado decreto envolve a sua nullidade.

Assim, o n.º 9.º desse artigo exige a menção da leitura pelo notario, em voz alta, do documento dos outorgantes na presença das testemunhas. No Código civil não se exigia essa declaração senão em casos especiaes (artigos 1914.º, 1918.º, 1922.º § 1.º), e a nossa jurisprudencia intendia que a sua falta não determinava a nullidade do documento, opinando todavia alguns juriconsultos, em harmonia com a nossa antiga jurisprudencia,

que se presumia que o documento houvesse sido lido em voz alta pelo notario e que, no caso de se não haver lido, essa falta annullava o documento¹. Sobre o que nenhuma duvida podia haver, attento o artigo 2495.º e o character das disposições nelle consignadas, era sobre a validade do documento em que se não fizesse expressa menção de que não havia sido lido em voz alta perante os outorgantes e as testemunhas.

Agora, em face do disposto no artigo 69.º do decreto de 14 de setembro de 1900 talvez se deva seguir a doutrina de que é nullo o documento em que se não faça tal declaração.

No artigo 2495.º não se exigia tambem a *declaração que qualquer outorgante faça de que não sabe ou não pode assignar*; como exige o n.º 6.º do referido artigo 69.º, limitando-se o n.º 4.º do citado artigo a declarar nullo o documento em que haja a *falta de assignatura das partes ou de outras pessoas a seu rogo, quando aquellas não sabem ou não podem assignar*. D'ahi o poder duvidar-se da validade do documento em que o notario se limite a declarar que *A. assigna a rogo do outorgante B. por não saber ou não poder escrever*².

O rigorismo do decreto de 14 de setembro de 1900 foi a ponto tal que, se porventura a falta de formalidades que nelle se exigem fôr considerada como motivo de nullidade, deverá considerar-se nullo o documento em que não haja a resalva dos *traços!* Já se nos afigura pouco defensavel, nos termos genericos em que está formulada, a disposição consignada no n.º 8.º do artigo 2495.º, e o decreto ainda veio aggravar essa disposição. Uma palavra repetida que o notario trace, uma palavra que começou a escrever e não acabou, por verificar que a devia substituir por outra, não podem nem devem considerar-se motivos de nullidade do documento, como tambem assim

¹ Veja-se Tavares de Carvalho, *Serviços do notariado português*, paginas 158 e seguintes.

¹ Veja-se o dr. Neves e Castro, *Theoria das provas*, paginas 234 e seguintes.

² Veja-se esta *Revista*, no anno corrente, n.º 1718, pagina 166.

se não devem considerar as rasuras, emendas ou entrelinhas que não se deem em parte do documento que deva considerar-se substancial.

Quanto á menção no documento de que se compriram, por parte do notario, as formalidades exigidas por lei, afigura-se-nos exagerado formalismo, devendo presumir-se que o notario cumpriu essas formalidades. Quando essa presumpção não corresponda á verdade, quando se não tenham cumprido todas as disposições da lei, tendentes a garantir a livre e consciente manifestação da vontade, poderá annullar-se o documento por falta dessa observancia.

O demasiado formalismo não é uma garantia para os outorgantes. Estes verão, pelo contrario, annullados por esse motivo documentos que constituíam o unico meio de prova de um acto juridico em que exprimiram livremente a sua vontade. E, embora o notario seja civilmente responsavel pelo facto de não haver cumprido essas formalidades, essa responsabilidade não poderá em muitos casos tornar-se effectiva.

(Continúa).

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETARIOS E REDACTORES

Drs. Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva,
Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra,
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia—França Amado, Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1728, pagina 324)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 101. (cont.) Artigos respeitantes á prova documental que devem ser esclarecidos ou alterados. — 102. Breves referencias as disposições relativas ao caso julgado. — 103. Disposições respeitantes a prova testemunhal que devem ser modificadas.

101. (cont.) A doutrina exarada no artigo 69.º do decreto de 14 de agosto de 1900, na parte em que estabelece formalidades cuja realisação deve ser mencionada nos documentos authenticos extra-officiaes, parece-nos, em face das considerações que sobre este assumpto fizemos, inaceitavel, sobretudo se a falta de declaração do cumprimento de cada uma dessas formalidades determinar a nullidade do documento. É sem duvida

preferivel a esse respeito a doutrina que se achava sancionada no artigo 2495.º do Código civil.

Sobre a individualisação das partes e das testemunhas exige o decreto de 14 de setembro no n.º 3.º do citado artigo que o documento contenha os nomes por inteiro, o estado, as profissões e moradas das testemunhas, interpretes e abonadores e das pessoas que lerem ou assignarem o documento a rogo dos outorgantes. Ora se em muitos casos, para se identificarem as pessoas, se torna necessario mencionar todas essas circumstancias, outros ha em que isso é completamente desnecessario, e pode sem duvida deixar-se ao prudente arbitrio do notario essa identificação, nunca devendo constituir motivo de nullidade do documento o facto de não se indicar alguma das circumstancias por que em geral costumam identificar-se as pessoas, quando essa identidade se possa determinar por outras. Assim, considerando a palavra *morada* como synonyma de logar onde a testemunha reside habitualmente, essa circumstancia tornar-se-á completamente desnecessaria, por ser uma redundancia, quando a testemunha seja um funcionario publico que exerça o seu emprego numa determinada localidade. Neste caso, a menção do emprego é sufficiente para

indicar o lugar onde elle tem o seu domicilio.

Quando se julgue sempre necessaria no documento a indicação do domicilio das partes, testemunhas e de quaesquer outras pessoas que intervenham no documento, deve substituir-se a palavra *morada*, que dá margem a duvidas, podendo intender-se por ella a casa onde o individuo habita, ou transitoriamente se encontra, e cuja determinação precisa será, em muitos casos, impossivel¹. A relação entre as pessoas e um determinado lugar fixa-se juridicamente pelo domicilio e, só no caso em que este corresponda a uma residencia temporaria, ou quando o domicilio não coincida com a residencia, é que se deverá indicar esta. Em vez de *morada*, dever-se-ia portanto dizer — *domicilio ou residencia*.

102. No *Estudo* que fizemos sobre a responsabilidade civil tractámos com sufficiente desenvolvimento das disposições consignadas nos artigos 2504.º e 2505.º, referindo-nos não só ás duvidas que suscitava a ultima parte deste artigo, mas criticando a doutrina que nelles se acha sancionada². Desnecessarias se tornam, pois, novas considerações sobre o delicado e importantissimo assumpto da influencia que o caso julgado crime deve ter no civil e vice-versa.

Sobre a materia do caso julgado, notaremos ainda que se poderiam esclarecer as graves duvidas que se teem suscitado na jurisprudencia sobre a efficacia do caso julgado, quando em relação ao direito por elle verificado haja varios interessados, e designadamente em materia de obrigações solidarias e indivisiveis.

O nosso Codigo civil, que determinou a força probatoria do juramento decisorio em relação aos credores e devedores solidarios (artigos 2530.º a 2532.º), não fez

outro tanto pelo que respeita ao caso julgado. Ora se, attendendo ao vinculo de mutua representação que existe entre os credores ou devedores solidarios, em virtude do qual cada um dos concredores pode exigir o cumprimento integral da obrigação de um devedor unico, ou o credor de qualquer dos condevedores, se pode sustentar que o credor que demanda o devedor representa os outros credores, e que os devedores se acham representados tambem pelo que é demandado, devendo assim attribuir-se ao caso julgado efficacia tanto a favor como contra os outros credores, pode sustentar-se por outro lado que esse vinculo de mutua representação não estabelece a identidade juridica, quer entre os credores solidarios, quer entre os devedores, faltando assim uma das condições que se exigem para o caso julgado. E se a favor da força probatoria contra todos os interessados se pode dizer que a doutrina contraria dará logar a julgados contradictorios, esta tem a seu favor a consideração de que tanto os credores como os devedores podem ser gravemente prejudicados, dando-se ao caso julgado força probatoria contra todos elles, em virtude dos conluios que pode haver entre o credor e um dos devedores ou entre um dos credores e o devedor. Baseados nestas considerações, ha jurisconsultos que opinam não dever attribuir-se ao caso julgado efficacia nem contra nem a favor dos concredores ou dos condevedores solidarios, ao passo que outros sustentam que o caso julgado favoravel deve aproveitar tanto aos concredores com aos condevedores solidarios¹.

É esta a doutrina que nos parece mais razoavel, e é a que está mais em harmonia com o que ácerca do valor probatorio do juramento decisorio se dispõe nos artigos já citados.

E a mesma doutrina se deverá estabelecer para o caso de ser demandado apenas um dos condevedores de uma

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 39.º, n.º 1707, pagina 613, e volume 40.º, n.ºs 1710 e 1714, paginas 36 e 109.

² Veja-se esta *Revista*, volume 38.º, n.º 1654, pagina 355, e volume 39.º, n.ºs 1705 e 1707, paginas 579 e 610.

¹ Veja-se Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 6.ª edição, 1.º volume, paginas 125 e seguintes.

obrigação indivisível, ou de um de os credores de uma obrigação da mesma natureza exigir o seu cumprimento.

103. Em materia de prova testemunhal já dissemos, a proposito da força probatoria dos documentos, as duvidas que na nossa jurisprudencia teem suscitado as disposições consignadas nos artigos 2507.º e 2508.º

Faremos agora algumas leves considerações sobre os artigos 2509.º a 2511.º, em que se tracta da incapacidade das testemunhas para deporem em juizo.

O Codigo, distinguindo a incapacidade natural da proveniente da lei, considera como inhabeis para testemunhar, por incapacidade natural, alem dos desassissados e dos cegos e surdos, nas causas cujo conhecimento depender destes sentidos, os menores de quatorze annos.

Ficando a força probatoria dos depoimentos, como expressamente se declara no artigo 2514.º, dependente do prudente arbitrio do juiz, não se comprehendê o motivo por que sejam inhibidos de depôr como testemunhas os menores de quatorze annos, quando é certo que o discernimento se dá anteriormente a essa idade, e tanto que são admittidos como testemunhas no processo criminal. Um menor de quatorze annos pode prestar em juizo valiosas informações sobre factos que tenha presenciado, e, desde que o juiz pode, tendo em consideração todas as circumstancias, avaliar a força probatoria do seu depoimento, não vemos inconveniente algum em que aquelles menores prestem essas informações.

Não devem os menores, attenta a importancia que teem as testemunhas instrumentarias pela força probatoria que aos documentos é attribuida, intervir nesses documentos. Nenhuma razão ha, porem, para os inhibir de depôr em juizo num processo civil, como a não ha tambem para que sejam inhibidos de depôr em processo criminal.

As testemunhas inhabeis por disposição da lei acham-se especificadas no artigo 2511.º Concordamos em que não devem ser admittidas como testemunhas

as pessoas mencionadas nos n.ºs 2.º a 5.º Quanto ás mencionadas no n.º 1.º, parece-nos que, em face do disposto no artigo 2514.º, no qual, para se verificar a fé que á testemunha deve attribuir-se, se manda attender ao *interesse que possa ter ou não ter no pleito*, não deviam ser excluidas de depôr em juizo, tanto mais que é em muitos casos difficil determinar, como o evidenciam as duvidas que na nossa jurisprudencia tem suscitado a referida disposição, em que consiste o interesse directo.

As partes podem, provando o interesse que a testemunha tenha no pleito, contradictando-a, ministrar ao juiz todos os esclarecimentos de que elle necessita para avaliar a força probatoria do seu depoimento.

A referencia que no n.º 6.º do artigo 2511.º se faz aos especialmente inhibidos de testemunhar em certos factos e que, anteriormente á lei de 14 de junho de 1884, ainda se poderia considerar applicavel, como opinaram o conselheiro Dias Ferreira¹ e o dr. Neves e Castro², ás pessoas mencionadas nos artigos 53.º e 57.º do Codigo penal de 1852, não tem actualmente, que saibamos, applicação alguma, devendo ser eliminada.

(*Continúa*).

¹ *Codigo civil português annotado*, 1.ª edição, tomo v, pagina 215

² *Theoria das provas*, pagina 304.

REVISTA

DE

LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA

PROPRIETÁRIOS E REDACTORES

Drs. Antonio de Assis Teixeira de Magalhães, Manuel Dias da Silva,
Guilherme Alves Moreira, José Ferreira Marnoco e Souza, Alvaro da Costa Machado Villela,
lentes da faculdade de direito na universidade de Coimbra,
e Manuel de Oliveira Chaves e Castro, advogado.

COLLABORADOR

Constantino Antonio Alves da Silva, advogado.

Editor
Francisco França Amado.

Composição e impressão
Typographia — França Amado. Coimbra.

SECÇÃO DOCTRINAL

DIREITO CIVIL

OBSERVAÇÕES Á PROPOSTA DE LEI
DE 7 DE FEVEREIRO DE 1903,
EM QUE SÃO INTERPRETADOS ALGUNS ARTIGOS
DO CODIGO CIVIL

(Continuado do n.º 1730, pagina 355)

III

Artigos do Código civil a que a proposta se não refere e que, fazendo-se uma nova publicação official do Código, devem ser modificados.

SUMMARY. — 104. Algumas considerações sobre o juramento decisorio e suppletorio.

104. Vamos concluir estas observações, referindo-nos ao juramento como meio de prova. A função que o juramento exerce sob este ponto de vista é diversa, conforme reveste o caracter de *decisorio* ou de *suppletorio*; e, se este foi muito restringido pelo nosso Código que, afastando-se da nossa antiga legislação e dos Códigos estrangeiros que lhe serviram de fonte, apenas o admittiu sobre o quantitativo da cousa pedida, o juramento decisorio pode considerar-se completamente abandonado pela pratica forense.

Tem este juramento um caracter mixto de acto juridico, pois ha nelle uma declaração da vontade; de transacção, visto que por elle se põe termo á contestação em relação ao facto sobre que recae o juramento; e de acto publico, sendo que a parte a quem elle é deferido ou referido, e que o aceita, assume a função especial de juiz em causa propria. D'aqui deriva a distincção entre o juramento decisorio e a confissão em depoimento de parte, tendo aquelle maior gravidade juridica; e, no que respeita á transacção, esta distingue-se do juramento decisorio em que, sendo voluntaria, o juramento decisorio se pode considerar, pelos effeitos que derivam da recusa de o prestar nos casos em que seja admissivel, necessario.

Basta attender á natureza do juramento decisorio para nos convenceremos de que seria conveniente eliminar este meio de prova da nossa legislação, facultando-se apenas o depoimento de parte, pelo qual uma das partes pode ser compellida a confessar em juizo factos pessoas ou de que tenha conhecimento e que a outra não possa provar. «Na infancia das sociedades, diz o conselheiro Dias Ferreira, «ainda a santidade do juramento podia «influir nos movimentos da consciencia «individual; mas hoje quem se não determina a cumprir o seu dever unicamente

«pelos impulsos da sua consciencia não se resolve a ser homem de bem pelo simples facto de lhe ser deferido o juramento. Quem quer cumprir os seus deveres não espera pelo chamamento á conciliação nem pelo juramento de alma; e para obter a confissão do réo ha o meio do depoimento pessoal¹.»

Pelo que respeita ao juramento suppletorio, os graves inconvenientes que se tem reconhecido nesse meio de prova foram sem duvida muito attenuados pelo nosso legislador, attentas as condições de que tornou dependente o seu deferimento pelo juiz. Apesar disso e de se recorrer nos nossos tribunaes, embora excepcionalmente, ao juramento do autor ou do réo para provar o quantitativo da divida, o que se nos afigurava mais conveniente era que, nos casos em que se faculta ao juiz deferir o juramento suppletorio, se permitisse um julgamento equitativo. A parte é naturalmente suspeita, e, podendo o juiz, em harmonia com as disposições consignadas no nosso Codigo, deferir o juramento tanto ao autor como ao réo, suspeito se pode tornar tambem o juiz, quando o defira officiosamente. Quando esse juramento seja requerido por uma das partes, deveriam attribuir-se-lhe os mesmos effeitos que á confissão judicial ou á transacção, não se tornando necessarias a este respeito disposições especiaes.

Sendo de parecer que não devia admitir-se o juramento como meio de prova, referir-nos-emos todavia a algumas duvidas que na nossa jurisprudencia tem suscitado as disposições que sobre esta materia se acham consignadas no nosso Codigo.

No artigo 2520.º declara-se que o juramento não pode recair *sobre factos que não toquem pessoalmente á parte a quem é deferido*, sendo esta disposição applicavel tanto ao juramento decisorio como ao suppletorio, e determinando-se no artigo 2526.º, pelo que respeita ao juramento

decisorio referido, que só o pode ser *quando o facto a que respeita é puramente pessoal áquelle a quem foi deferido*.

Na nossa jurisprudencia já se tem interpretado as palavras que *toquem pessoalmente* como significando factos que *digam respeito, que interessem a essa pessoa*¹, podendo assim o juramento ser deferido aos herdeiros do autor ou do réo, embora não se tracte de factos que lhes sejam pessoas ou de que tenham conhecimento.

Não nos parece accetavel esta interpretação, e é sufficiente, para se verificar quanto é destituida de fundamento, attender a que, se a palavra *tocar* se referisse ao interesse que a parte tem no facto, como esse interesse se dá em relação a qualquer das partes, não se explicaria a restricção que no artigo 2520.º se faz pelo que respeita aos factos sobre que pode recair o juramento.

Confrontando-se o artigo 2520.º com o artigo 2526.º, e tendo-se em vista o que dispõe o artigo 2411.º n.º 2.º, parece-nos que as palavras *toquem pessoalmente* significam tanto os factos que sejam pessoas como aquelles de que a parte tenha conhecimento. Admitte-se assim no nosso Codigo o chamado juramento de *credibilidade*, mas não se permite que esse juramento seja referido, quando o facto seja puramente pessoal da parte a quem elle é deferido.

As duvidas que o artigo 2520.º tem suscitado desappareceriam, se se harmonisasse a redacção da ultima parte deste artigo com a do n.º 2.º do artigo 2411.º

Na nossa jurisprudencia tem-se considerado comprehendidos no artigo 2523.º os factos que, embora não sejam reputados criminosos pela lei, envolvam torpessa para a parte que tenha de prestar o juramento. A razão, que levou o legislador a não admittir o juramento decisorio sobre factos criminosos, é sem duvida igualmente applicavel a factos que representem uma quebra da sua integridade moral,

¹ Codigo de processo civil annotado, tomo 1.º, pagina 311.

¹ Veja-se esta Revista, volume 32.º, n.º 1441, pagina 334

pois não deve collocar-se a parte na dura alternativa de prestar um juramento falso ou ter de confessar um facto torpe¹. Pode, porem, attento o caracter excepcional que tem a disposição consignada no artigo 2523.º, considerar-se menos acceptavel essa jurisprudencia, devendo redigir-se o artigo 2523.º de forma que os comprehenda.. Poderia ainda o artigo citado referir-se expressamente a factos que a lei considere, quanto aos efeitos juridicos, inefficazes, ou que vão de encontro a uma presumpção *juris et de jure*.

Ha quem considere revogado pelo § unico do artigo 2527.º o artigo 243.º § unico do Codigo penal, que só permite a querela e accusação de falso juramento ao ministerio publico². Podendo conciliar-se as duas disposições, e devendo apenas considerar-se revogada tacitamente uma lei até onde seja incompativel com uma lei posterior, parece-nos que tal doutrina é inacceptavel, mas pode esclarecer-se devidamente esse assumpto, quando se faça uma nova publicação official do Codigo.

No artigo 2533.º, em que se determinam as condições para a admissibilidade do juramento suppletorio, declara-se no § unico que, se a obrigação resultar de delicto, culpa ou dolo, caso em que não ha simulação pelo que respeita ao quantitativo, poderá o julgador reduzir a quantia jurada, se parecer excessiva, ouvidas as partes, donde parece deprehender-se que, se o juramento recair sobre quantitativo que não exceda a 50\$000 réis, o juiz não pode reduzir a quantia jurada.

Esta illação não se harmonisa, porem, com a natureza do juramento suppletorio, e deverá em todo o caso dispôr-se que, se poder precisar-se o quantitativo por outras provas depois de prestado o juramento suppletorio, o juiz deverá attender a essas provas e não ao juramento.

Damos por terminadas as *Observações à proposta de lei de 7 de fevereiro de 1903*. O fim que nos propozemos levou-nos a pôr de lado assumptos que, sendo fundamentaes, e a que se tem dado nova orientação depois da publicação do Codigo civil, deveriam ser expostos com o devido desenvolvimento, se se tractasse de uma reforma da nossa legislação civil e não de uma proposta que tinha por fim interpretar algumas das suas disposições.

Se proseguimos nas nossas *Observações* depois de posta definitivamente de lado a proposta de 7 de fevereiro, não foi tanto por julgarmos que tão cedo se apresente outra, e assim ministrarmos elementos para ella, como por estarmos convictos de que, dando uma noticia succinta das mais graves questões que se teem levantado na nossa jurisprudencia sobre as disposições do Codigo civil, o nosso trabalho tinha vantagens praticas.

Vamos agora fazer um estudo sobre as pessoas collectivas. A promessa que haviamos feito de tractar dos principios geraes do direito civil portuguez, intendemos que a não devemos cumprir em virtude de, pelo estabelecimento de cursos triennaes de direito civil na Faculdade de Direito, se estarem imprimindo trabalhos sobre a parte geral do direito civil, um dos quaes deverá ser publicado já no corrente anno lectivo.

¹ Veja-se esta *Revista*, volume 4.º, n.º 187, pagina 490.

² Conselheiro Secco, *Codigo penal portuguez annotado*, pagina 128, nota 1. Veja-se a este respeito o dr. Dias da Silva, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, tomo 2.º, pagina 21.