CODIGO CIVIL

PORTUGUEZ

ANNOTADO

CODIGO CIVIL

PORTUGUEZ

ANNOTADO

POR

JOSÉ DIAS FERREIRA

LENTE CATHEDRATICO
DA FACULDADE DE DIREITO NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
E MINISTRO D'ESTADO HONORARIO

VOLUME I

LISBOA
IMPRENSA NACIONAL
1870

INTRODUCÇÃO

Em 22 de março de 1868 começou de ter execução em todo o continente do reino e ilhas adjacentes o novo codigo civil portuguez, em virtude das disposições da carta de lei de 1 de julho de 1867; e por força do disposto na mesma lei, e no decreto de 18 de novembro de 1869, estará em vigor tambem nas possessões ultramarinas desde 1 de julho de 1870.

A necessidade de alterar a nossa legislação civil, e de a codificar, era sentida ha muitos annos, e até ha seculos. Em 1641 requereram os procuradores dos concelhos em côrtes a formação de um novo codigo civil. Não podiam resignar-se os povos a serem regidos por um codigo outorgado por soberano estrangeiro. Alem d'isso as ordenações compiladas por mandado de D. Filippe I, sendo, com pequenas alterações, a reproducção das ordenações manuelinas, como estas já o eram das ordenações affonsinas, nem representavam as necessidades da epocha, nem eram já accommodadas á civilisação dos povos.

No entanto as difficuldades de toda a ordem, com que se achava a braços o governo do paiz n'aquella occasião, obstou a que se tratasse com o cuidado, que a natureza do assumpto reclamava, da organisação de um projecto de codigo civil. Não foi por isso attendido aquelle requerimento feito em côrtes; e pelo contrario a lei de 29 de janeiro de 1641 mandava guardar as ordenações filippinas em tudo o que por leis posteriores não estivesse alterado.

Porém as multiplicadas providencias, que successivamente se foram promulgando, e sobretudo as largas reformas do marquez de Pombal, que, alem de abrangerem todos os variados ramos da administração, alteraram profundamente a jurisprudencia civil, especialmente na parte mais ligada com a

organisação administrativa e politica, tornaram urgente uma nova codificação do direito civil.

Por isso em 1778 se creava uma junta para rever a nossa legislação civil, a qual não chegou a concluir trabalho definitivo, apromptando apenas um de seus membros a parte, que lhe tocára, relativa a testamentos, successões, morgados e tutelas.

Por aviso de 22 de março de 1783 era encarregado o primeiro dos jurisconsultos portuguezes, o dr. Paschoal José de Mello Freire, da reforma dos livros 2.º e 5.º das ordenações do reino, que concluiu os seus trabalhos, sendo até nomeada uma commissão para os rever, a qual tambem se desempenhou do seu encargo.

Em sessão das constituintes de 8 de fevereiro de 1821 apresentou um deputado um projecto de decreto para a formação do novo codigo civil, deliberando as côrtes em sessão de 27 de agosto de 1822 offerecer um premio a quem apresentasse melhor projecto, sendo esta deliberação convertida em lei com a data de 3 de setembro do mesmo anno.

Tornava-se cada dia mais urgente a necessidade do novo codigo civil. As ordenações, alem de outorgadas por um rei estrangeiro, e de conterem sem methodo nem connexão, não só as disposições do direito civil, mas as de legislação criminal, e as de processo, e muitos preceitos de direito publico, administrativo, fiscal e ecclesiastico, tornavam-se incompativeis com a nova organisação da sociedade moderna, e com as idéas de liberdade e de igualdade proclamadas pela revolução liberal.

Era tão urgente a necessidade de organisar um codigo civil, que o dador da carta constitucional, entre os direitos individuaes outorgados aos cidadãos portuguezes pela constituição fundamental, consignou a promessa de se organisar quanto antes um codigo civil e criminal, fundados nas solidas bases da justiça e da equidade.

Posteriormente o decreto de 25 de abril de 1835 offereceu um premio a quem apresentasse até 10 de janeiro de 1837 um projecto de codigo civil, que merecesse approvação; mas não tiveram andamento algum os trabalhos apresentados em virtude do convite feito por aquelle decreto.

Em 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma commissão encarregada de redigir os codigos civil e penal, mas esta nenhum trabalho fez a respeito do codigo civil.

A final por decreto de 8 de agosto de 1850 foi encarregado de organisar o codigo civil o sr. Antonio Luiz de Seabra, hoje visconde de Seabra e conselheiro do supremo tribunal de

justiça, um dos nossos mais abalisados jurisconsultos, e distinctissimo homem de letras.

O governo nomeou ao mesmo tempo uma commissão de professores da faculdade de direito, com quem aquelle notavel jurisconsulto discutiu em Coimbra em 1851 os trabalhos preparatorios para a organisação do seu plano.

Ultimando o sr. Seabra o projecto em 1859, e apresentando-o ao governo, nomeou este uma commissão composta de alguns professores da universidade de Coimbra, e de outros jurisconsultos afamados de Lisboa, e encarregou-a da importante e difficil tarefa de rever o projecto.

A commissão, procurando desempenhar-se com zêlo inexcedivel do encargo que lhe fôra commettido, celebrou para este effeito sessões consecutivas em Lisboa, começando os seus trabalhos em 9 de março de 1860, e terminando-os em 30 de agosto de 1865.

Da revisão, que aliás melhorou e completou em muitos pontos as disposições do projecto, não se tiraram porém todos os resultados que eram de esperar dos profundos conhecimentos juridicos, e larga experiencia do fôro dos vogaes da commissão, por se terem levantado entre elles divergencias litterarias, que até deram em resultado o retirar-se o sr. Seabra da commissão, de que tambem era membro. O sr. Seabra abandonou os trabalhos da revisão por uma questão de methodologia, cuja solução porém, no entender d'aquelle insigne jurisconsulto, influia fundamentalmente no contexto e organisação da sua obra.

No projecto de codigo civil, organisado por este notavel jurisconsulto, comprehendia-se a materia das acções, que fazia objecto da parte 4.ª, livro 2.º d'aquella publicação; e a commissão revisora deliberou eliminar d'esta parte todas as disposições que, em vista dos principios e da theoria, deviam ter o assento proprio no codigo de processo.

O sr. Seabra, julgando prejudicado por este facto o plano da sua obra, abandonou os trabalhos da commissão, declarando esta sua resolução em sessão de 17 de junho de 1863, comquanto ainda posteriormente concorresse a algumas sessões.

A retirada do auctor do projecto, cuja falta não podia ser supprida quanto a esclarecimentos necessarios para a intelligencia e combinação de differentes artigos e provisões legaes do codigo, de certo concorreu para ficarem varias incoherencias e antinomias, cujos effeitos se estão já sentindo na pratica no fôro, e que os poderes publicos devem dar pressa em remover.

A discussão que houve na commissão revisora, e que devia ser o mais valioso elemento para a intelligencia dos preceitos da lei, foi completamente desaproveitada, porque das actas das suas sessões, que acabam de ser publicadas, consta apenas a indicação summariada das propostas feitas e das resoluções tomadas.

Por outro lado nem o auctor do projecto, nem membro algum da commissão, preparou um relatorio ou exposição dos motivos do codigo, que lhe servisse de commentario ou de esclarecimento.

O illustrado auctor do projecto apenas nos fornece esclarecimentos, aliás valiosos, sobre alguns pontos especiaes nas varias apostillas que publicou em resposta ás observações que lhe foram feitas pelos srs. Joaquim José Paes da Silva, Moraes Carvalho e Teixeira de Freitas.

Na commissão revisora, comquanto se levantasse a idéa de fazer o relatorio dos motivos, tendo até o sr. José Julio feito uma proposta para esse fim em sessão de 16 de dezembro de 1864, foi rejeitada a proposta, e nenhum trabalho, sequer, se tentou n'este sentido.

A discussão parlamentar então é inteiramente perdida. Foi discutido e votado o projecto n'uma sessão na camara electiva, e igual fortuna teve na camara hereditaria!

E melhor fôra, que fosse votado pelos poderes publicos, sem o terem lido, tal qual vinha das mãos da commissão revisora, porque se teria evitado a unica modificação profunda que lhe fizeram, e que é contraria aos principios da escola liberal, e incompativel com a civilisação já muito adiantada da nossa sociedade.

Firmára a commissão revisora um principio eminentemente progressista, permittindo o casamento civil a todos os portuguezes sem excepção, fossem ou não catholicos: e o corpo legislativo, atacando por meios indirectos e pouco francos a doutrina liberal da commissão sobre o casamento, substituiu a um systema, claro na redacção e avançado na doutrina, senão preceitos completamente reaccionarios, talvez peior do que isso, um systema de hesitação e de tibieza, que deixou de difficil ou de impossivel conciliação os artigos 1057.º a 1059.º, 1072.º, 1081.º e 1090.º do codigo.

Quem ler os artigos 1057.º e 1072.º conhece que o legislador quiz prohibir aos catholicos o casarem civilmente. Mas chegando-se á leitura dos artigos 1081.º e 1090.º vê-se logo que lhe faltou o animo para declarar nullo o casamento civil celebrado entre os catholicos, e que nem ao menos se atreveu a consignar o preceito de que o official do registo civil

perguntasse aos contrahentes pela sua religião, tendo aliás obrigação de lhes fazer a leitura dos artigos 1056.º e 1057.º, onde se define o casamento, e se determina que o casamento catholico é para os catholicos, e o civil para os não catholicos.

Quem ler os artigos 1058.º e 1059.º conhece á primeira vista que aos ligados por impedimento de ordem ou de voto solemne é prohibido o casamento tanto civil como catholico, mas que se chegarem a casar civilmente, este casamento é valido.

Porém no artigo 1072.º o legislador, sem ter a coragem de declarar absolutamente nullo o casamento celebrado contra as disposições do artigo 1058.º, e de revogar assim expressamente o preceituado no artigo 1059.º, declara que produz todos os effeitos civis o casamento entre subditos portuguezes não catholicos, conformando-se com as disposições do artigo 1058.º e outros.

Como porém o casamento não póde annullar-se por motivos de religião, subsiste ainda a duvida se é valido em face da lei civil o casamento dos individuos comprehendidos em o n.º 5.º do artigo 1058.º, feito pela fórma instituida na lei civil.

Para coroar esta obra nem se publicou sequer o regulamento para a execução do casamento civil, estando a completar-se o periodo de tres annos, depois que o codigo foi convertido em lei do estado, e podendo aliás o regulamento attenuar até certo ponto as difficuldades de conciliação d'estes differentes artigos.

Publicado assim o codigo tão desacompanhado dos elementos necessarios para se estudar e comprehender devidamente, era natural que desde logo se levantassem no fôro, na imprensa, e no magisterio, graves duvidas e difficuldades sobre a intelligencia dos preceitos de mais frequente applicação aos usos da vida.

As faltas resultantes do laconismo, requisito indispensavel da lei, cujas palavras devem pesar-se como os diamantes, no dizer de um profundo philosopho inglez, são sempre attenuadas e preenchidas pelos relatorios que ordinariamente acompanham as collecções de leis. Mas para a intelligencia do nosso codigo carecemos inteiramente d'esse valioso subsidio.

Não podem supprir-se estas faltas senão por meio de commentarios e annotações ao codigo. A nossa publicação porém não é verdadeiro commentario ao codigo, mas um simples *ensaio*, que poderá aplanar o caminho para os jurisconsultos consummados pelo seu saber, e pela sua longa experiencia do

conveniente segundo os fins e as circumstancias; mas é dispensavel para quem pretende unicamente conhecer e executar a lei.

O exame comparado dos differentes artigos onde se regulam especies analogas, ou cuja redacção offerece contradicções, é de certo a primeira obrigação do commentador. A vantagem d'este trabalho não se encarece, nem se demonstra, aprende-se nos exemplos.

Quem, por exemplo, para aconselhar ou julgar a responsabilidade do albergueiro n'uma especie de damno causado pelos hospedes tiver presente só o artigo 1421.°, ha de opinar ou decidir que o albergueiro é responsavel por todos os damnos causados pelos estranhos que houver albergado, ou tenha cumprido ou não a respeito d'estes os regulamentos de policia.

Mas se for combinar o artigo 1421.° com o 2381.° reconhecerá que o albergueiro em caso nenhum responde pelos damnos causados pelos hospedes, se a respeito d'estes tiver cumprido os regulamentos de policia.

Conjunctamente com a exposição de alguns principios geraes, contidos em preceitos meramente theoricos, analysámos disposições positivas e praticas, que eram como o corollario d'aquelles principios, não só porque a approximação da hypothese é o melhor meio de esclarecer a these, mas para evitar repetições que, sem este methodo, haviam de ter logar, sempre que se quizesse ver a rasão philosophica do preceito legal.

Tambem elevámos muitas vezes, á altura de regras geraes, preceitos com applicação expressa a certa materia, porque elles serviam, por força do disposto no artigo 16.°, para reger todos os casos analogos estranhos ao respectivo capitulo.

O maior subsidio que encontrámos para o estudo do codigo foram effectivamente os escriptos dos nossos praxistas sobre a lei anterior. O codigo, comquanto encerre alterações profundas n'alguns pontos do nosso direito civil, guardou em geral o velho direito portuguez, e em questão de propriedade sobretudo interpretou nas suas innovações as idéas mais geralmente recebidas no paiz, e defendidas como mais justas pelos nossos tratadistas de direito positivo.

Não tocou o codigo na materia vincular, como lhe não tocára o illustrado auctor do projecto primitivo, que a reservava para lei especial, pelo receio talvez de que a proposta para a abolição dos vinculos consignada no projecto lhe compromettesse a approvação do trabalho.

No entretanto tinhamos caminhado tanto na estrada do

progresso, e o espirito publico estava tão preparado para assistir á destruição das ultimas instituições do systema feudal, que durante a revisão do codigo eram pela lei de 19 de maio de 1863 abolidos os vinculos em todo o territorio da monarchia.

Os prasos de vidas, especie de morgados irregulares, cuja existencia era apenas justificada pela necessidade de ampliar o direito de testar do pae de familias, foram todos reduzidos a phateosins na mão dos possuidores ao tempo da promulgação do codigo, respeitando-se apenas os transferidos irrevogavelmente com reserva de usufructo ou mesmo em disposição testamentaria, que só se tornariam phateosins em poder dos nomeados.

Acabou o codigo com as vendas a remir, que eram fontes perennes de contratos usurarios, e o meio de que ordinariamente se servia o agiota para haver do tomador do emprestimo boas propriedades por pouco dinheiro.

No interesse da estabilidade e segurança dos contratos foi proscripta a acção de lesão. que. não sendo estipulada, não póde hoje intentar-se, senão envolvendo erro que annulle o consentimento nos termos geraes de direito.

O contrato de subemphyteuse foi prohibido para evitar os grandes inconvenientes da divisão e subdivisão do direito de propriedade, que complicavam a cobrança dos fóros, e a transmissão dos predios subemprazados.

Para favorecer a liberdade da terra foi prohibida a constituição de quinhões, e qualquer contrato de censo reservativo; e permittiu-se tambem ao foreiro o direito da prelação que pela lei anterior só podia ser exercido pelo senhorio directo.

A pena de commisso não só foi abolida como elemento natural do contrato emphyteutico; mas foi declarada nulla qualquer clausula em que se estipulasse similhante pena.

Quanto ao direito de dispor acabou o codigo com os codicillos, e com os testamentos particulares abertos, reconhecidos na velha ordenação, que não tinham effectivamente rasão justificativa; e tambem proscreveu os testamentos nuncupativos, que eram muitas vezes instrumento de conluios e fraudes para extorquir heranças alheias, mas cuja conservação era até certo ponto recommendada pela circumstancia de que a maior parte dos homens não se lembram ou têem repugnacia em fazerem a disposição de sua ultima vontade, emquanto não presentem a approximação ao fim da vida.

O systema de registo predial sanccionado no codigo é, com pequenas alterações, o que se achava já regulado pela lei de 1 de julho de 1863.

Onde o codigo fez mais profundas alterações foi quanto ao regimen matrimonial, e relações de familia. Concedeu ás mães o patrio poder e o usufructo nos bens dos filhos, que o direito anterior lhes negava, ainda sob a influencia do velho preconceito de que a mulher era inferior ao marido na sociedade matrimonial. Negou á mulher o direito de se reservar em contrato antenupcial a administração dos bens, privando d'ella o marido; e isentou-a de responsabilidade em regra pelas dividas contrahidas pelo marido sem a sua expressa outorga.

Estabeleceu o casamento civil. E, com quanto só aos subditos não catholicos permitta esta fórma de casamento, e deixe graves duvidas sobre a intelligencia de varios artigos, não consente que o official do registo civil pergunte aos contrahentes pela sua religião, nem por motivo d'esta póde ser annullado o matrimonio; e firmou um principio, desconhecido na nossa lei anterior.

Acabou com os alvarás de perfilhação, que eram expedidos pela secretaria do reino, continuando a admittir a perfilhação mas como acto particular e de puro direito civil.

Deu o patrio poder sobre os filhos perfilhados aos paes que fizessem o reconhecimento voluntario: admittiu os filhos perfilhados a concorrerem á successão dos paes com os filhos legitimos, aindaque com quota legitimaria desigual; e proscreveu a velha distincção, que deveria reputar-se em desuso depois da promulgação da carta constitucional, mas que o uso do fôro ainda respeitava, entre filho natural de pae peão e filho natural de pae nobre.

Sobre outros assumptos, aliás já prevenidos na legislação anterior, mas a respeito dos quaes ella era em extremo deficiente, providenciou o codigo com largueza, como a respeito da ausencia, posse, aguas, prescripção, sociedade em geral, sociedade familiar, etc.

Fallando de legislação anterior referimo-nos tanto ás leis patrias, como ao direito romano e canonico, que não eram só legislação subsidiaria, mas em muitos pontos direito principal. E não vamos longe da verdade, asseverando que maior era o numero das hypotheses regidas pela lei romana e canonica e pelas regras da jurisprudencia do que o dos casos prevenidos na legislação patria.

O codigo, pois, não só melhorou e ampliou as disposições das leis patrias, que com muita imperfeição e deficiencia regulavam os differentes assumptos, mas colligiu a legislação civil, tanto romana e canonica, como estrangeira, que nos estava regendo ha muito tempo, e condemnou de uma ma-

neira positiva, como a logica e a jurisprudencia pediam, todo o appello á legislação estrangeira para decidir os casos omissos nas nossas leis. Os casos omissos na lei civil são regidos pelo direito natural.

É o codigo demasiadamente doutrinario, e na maior parte dos casos sem rasão plausivel. O legislador deve consignar algumas regras geraes, na impossibilidade de prevenir todas as hypotheses, para guiar o consultor e o executor da lei.

Mas estabelecer principios geraes de jurisprudencia, que são rudimentares nas escolas de direito, e amontoar definições que não determinam nem podem determinar o conteúdo do definido, alem de serem muitas vezes inconvenientes pelos argumentos perigosos a que dão logar, é sempre grave erro da parte do legislador.

A missão do legislador não é a do professor. O professor explica, o legislador *ordena*.

E talvez este systema de escrever muitos principios geraes, e de dar muitas definições concorresse bastante para a repetição de doutrinas, que apparece a cada passo no codigo, apesar de que a commissão revisora eliminou do projecto primitivo muita disposição desnecessaria, ou por o seu objecto estar comprehendido n'outra provisão, ou por pertencer ao codigo do processo, ou a legislação especial.

Na phraseologia juridica fez tambem o codigo profunda innovação, innovação que não teria perigo, se o projecto fosse acompanhado de um relatorio de motivos, que explicasse a força da significação da nova terminologia; e com a qual é preciso haver tanto maior cuidado quanto que a significação dos vocabulos, propriamente juridicos, não é a mesma em todos os logares onde se acham collocados.

Assim pelo codigo denominam-se *herdeiros legitimarios* os que pela lei anterior se chamavam *herdeiros necessarios*, denomina-se *credor* o que pela antiga legislação se chamava *censuista;* a palavra *rendeiro* não é synonimo de *arrendatario*, mas de *censuario*, etc.

O codigo seria um trabalho completo, se houvesse mais cuidado com a redacção juridica, que, em vez de ser tão trabalhada como a redacção grammatical, foi sempre preterida por esta; e se resolvesse de um modo claro as questões mais palpitantes do nosso direito civil, que se debatiam todos os dias no fôro, de que nos davam noticia os escriptos dos nossos jurisconsultos, e que aos homens de lei conseguintemente não era dado ignorar.

Porém quanto á doutrina não produziu o codigo civil, como tem acontecido n'outros paizes, revolução profunda

nos costumes dos povos e nas suas aspirações sociaes. N'alguns paizes as disposições liberaes da legislação civil têem servido mais ao progresso das instituições politicas, do que os mais avançados capitulos das constituições democraticas.

Entre nós não succedeu o mesmo. O *fundo* do nosso direito civil resentia-se já das idéas liberaes, que foram sempre typo e caracterisco do povo portuguez.

O codigo pois, se fez alteração importante no direito velho, não creou uma revolução nos nossos habitos e costumes, porque as innovações que estabeleceu representam a aspiração dos povos, as reclamações dos nossos habitos e costumes, e as opiniões dos nossos praxistas sustentadas desde largos annos.

De valioso subsidio nos serviram tambem as annotações de Rogron ao codigo civil francez e o commentario de Goyena ao projecto de codigo civil hespanhol.

O codigo francez e o projecto do codigo civil hespanhol são as fontes mais abundantes do nosso codigo civil, e por isso nos referimos frequentemente a elles para auctorisar as interpretações que dâmos a varios artigos do codigo.

Os differentes jornaes juridicos do paiz, as actas das sessões da commissão revisora, e os projectos do codigo, tanto o do sr. Seabra, como os da commissão revisora, que precederam o projecto definitivo, tudo combinado, tambem nos forneceram esclarecimentos importantes.

É natural que na presente sessão legislativa se promulguem algumas providencias que vão alterar artigos do codigo. É porém nossa tenção publicar no fim da impressão da obra umas addições, com a declaração das alterações feitas ás nossas doutrinas, ou por effeito de disposições de natureza legislativa, ou de providencias dentro das faculdades do poder executivo, ou de quaesquer decisões com caracter juridiciario.

Lisboa, 15 de abril de 1870.

JOSÉ DIAS FERREIRA.

CARTA DE LEI

DOM LUIZ, por graça de Deus, Rei de Portugal e dos Algarves, etc. Fazemos saber a todos os nossos subditos, que as côrtes geraes decretaram e nós queremos a lei seguinte:

Artigo 1.° É approvado o projecto de codigo civil, que faz parte da presente lei.

Art. 2.° As disposições do dito codigo começarão a ter vigor em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes, seis mezes depois da publicação da presente lei no *Diario de Lisboa*.

Art. 3.° Para todos os effeitos previstos no mesmo codigo, ter-se-ha, como dia da sua promulgação, o dia em que elle começar a ter vigor, nos termos do artigo antecedente.

Art. 4.° Todas as disposições do codigo civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições publicas ou de outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão desde que taes instituições funccionarem.

Art. 5.° Desde que principiar a ter vigor o codigo civil, ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas materias que o mesmo codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.

Art. 6.° Toda a modificação no direito, que de futuro se fizer sobre materia contida no codigo civil, será considerada como fazendo parte d'elle e inserida no logar proprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela suppressão de artigos inuteis ou pelo addicionamento dos que forem necessarios.

Art. 7.° Uma commissão de jurisconsultos será encarregada pelo governo, durante os primeiros cinco annos da execução do codigo civil, de receber todas as representações, relatorios dos tribunaes e quaesquer observações relativamente ao melhoramento do mesmo codigo, e á solução das difficuldades que possam dar-se na execução d'elle. Esta commissão proporá ao governo quaesquer providencias, que para o indicado fim lhe pareçam necessarias ou convenientes.

Art. 8.º O governo fará os regulamentos necessarios para a execução da presente lei.

Art. 9.º É o governo auctorisado a tornar extensivo o codigo civil ás provincias ultramarinas, ouvidas as estações competentes, e fazendo-lhe as modificações que as circumstancias especiaes das mesmas provincias exigirem.

Art. 10.º Fica revogada a legislação em contrario.

Mandâmos portanto a todas as auctoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como n'ella se contém.

Os ministros e secretarios d'estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça e dos negocios da marinha e ultramar a façam imprimir, publicar e correr. Dada no paço da Ajuda, em 1 de julho de 1867.=REI.=*Augusto Cesar Barjona de Freitas*=*Visconde da Praia Grande.*

(Logar do sêllo grande das armas reaes.)

Carta de lei pela qual Vossa Magestade, tendo sanccionado o decreto das côrtes geraes de 26 de junho proximo findo, que approva o projecto de codigo civil, o qual faz parte da presente lei, e cujas disposições começarão a ter vigor em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes seis mezes depois da publicação da mesma lei no *Diario de Lisboa*, e auctorisa o governo a torna-las extensivas ás provincias ultramarinas, fazendo-lhes as modificações, que as circumstancias ali exigirem, manda cumprir e guardar o mesmo decreto, tão inteiramente como n'elle se contém, pela fórma retrò declarada.=Para Vossa Magestade ver.=*Joaquim Pedro Seabra Junior* a fez.

DECRETO

Tomando em consideração o relatorio do ministro e secretario d'estado dos negocios da marinha e ultramar, e usando da auctorisação que me concede o artigo 9.º da lei de 1 de julho de 1867;

Tendo ouvido a junta consultiva do ultramar e o conselho de ministros;

Hei por bem decretar o seguinte:

Artigo 1.º É tornado extensivo ás provincias ultramarinas o codigo civil approvado pela carta de lei de 1 de julho de

1867, assim como os regulamentos do conselho de tutela, e causas de divorcio de 12 de março de 1868, e o registo predial de 14 de maio do mesmo anno.

Art. 2.° Tanto o codigo, como esses regulamentos, começarão a ter execução independentemente da publicação nos respectivos *Boletins officiaes* em todas as provincias ultramarinas no 1.° de julho de 1870, sendo este dia reputado igualmente o da sua publicação no ultramar para todos os effeitos, com as modificações constantes d'este decreto.

§ unico. Pelo ministerio da marinha e ultramar serão remettidos aos governadores das provincias ultramarinas exemplares do codigo e respectivos regulamentos, a fim de serem distribuidos pelos funccionarios, aos quaes é feita actualmente a distribuição dos *Boletins*.

Art. 3.° Fica em vigor a legislação transitoria sobre as pessoas dos escravos declarados livres pelo decreto de 25 de fevereiro ultimo.

Art. 4.° O casamento celebrado segundo o rito religioso dos contrahentes não catholicos produz todos os effeitos civis que o codigo reconhece no casamento catholico e no civil.

Art. 5.° Continua sendo obrigatorio no ultramar o registo do dominio, como o era pelo artigo 10.° do codigo do credito predial, approvado por decreto de 17 de outubro de 1865.

Art. 6.° Todas as disposições do codigo civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições juridicas, ou de outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão desde que taes instituições funccionarem.

Art. 7.° Os *Boletins officiaes* das provincias ultramarinas substituirão a *Gazeta das relações* para todas as publicações a que se refere o codigo.

Art. 8.° Desde que principiar a vigorar o codigo civil ficará revogada toda a legislação anterior, que recaír nas materias civis, que o mesmo codigo abrange:

§ 1.° São resalvados:

a) Na India os usos e costumes das Novas Conquistas, e os de Damão e de Diu, colligidos nos respectivos codigos. E no que se não oppozer á moral ou á ordem publica;

b) Em Macau os usos e costumes dos chins nas causas da competencia do procurador dos negocios sinicos;

c) Em Timor os usos e costumes dos indigenas nas questões entre elles;

d) Na Guiné os usos e costumes dos gentios denominados *grumetes* nas questões entre elles;

e) Em Moçambique os usos e costumes dos banéanes, ba-

thiás, parses, mouros, gentios e indigenas nas questões contra elles.

§ 2.° Nos casos em que as partes, ás quaes aproveitar a excepção do § 1.°, optarem de commum accordo pela applicação do codigo civil, será este applicado.

§ 3.° Os governadores das provincias ultramarinas mandarão immediatamente proceder por meio de pessoas competentes á codificação dos usos e costumes resalvados no § 1.°, e ainda não codificados, submettendo os respectivos projectos á approvação do governo.

Art. 9.° Uma commissão de jurisconsultos será encarregada pelo governo durante os primeiros cinco annos de execução do codigo civil de receber todas as representações, relatorios dos tribunaes, e quaesquer observações relativamente ao melhoramento do mesmo codigo, e á solução das difficuldades que possam dar-se na execução d'elle. Esta commissão proporá ao governo quaesquer providencias que para o fim indicado lhe pareçam necessarias ou convenientes.

Art. 10.° O governo fará os regulamentos necessarios para a execução do presente decreto.

Art. 11.° Fica revogada a legislação em contrario.

O ministro e secretario d'estado dos negocios da marinha e ultramar assim o tenha entendido e faça executar. Paço, em 18 de novembro de 1869.=REI.=*Luiz Augusto Rebello da Silva.*

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

LIVRO UNICO

TITULO I

DA CAPACIDADE CIVIL, E DA LEI QUE A REGULA EM GERAL

Artigo 1.º Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. N'isto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade.

(Vid. artigos 369.º, 2394.º e 2395.º) As idéas universaes de direito e de justiça, como elementos constitutivos da rasão humana, e condições fundamentaes da sua existencia, só pelo homem podem ser comprehendidas e realisadas nas variadas manifestações da sua actividade intelligente. Não póde comprehender as idéas do bello, do verdadeiro, do bom e do justo, e apreciar as suas relações geraes, senão quem as tem gravadas na propria natureza; e só o homem gosa da rasão absoluta, que por ellas é formada e constituida.

O direito manifesta-se na vida social dos povos, e todos os seus effeitos prendem indissoluvelmente na theoria da responsabilidade. Graduar e regular a responsabilidade do homem nos seus actos de conformidade ou de desconformidade com a lei juridica é a verdadeira conclusão da sciencia do direito. E responsavel perante a lei só o póde ser quem possue intelligencia para a conhecer e liberdade para a executar, attributos estes que são exclusivos da especie humana.

Nenhum ser, alem do homem, se acha investido de direitos e de obrigações, ou póde viver em relações juridicas. Os animaes, ainda os dotados de faculdades mais aperfeiçoadas, e que mais se approximam da especie hominal, estão completamente excluidos do quadro do direito, e comprehendidos na categoria das cousas, artigo 369.º, como os seres manimados. Só o homem é *sujeito* de direitos, artigo 1.º, todos os outros seres da creação são *objecto* de direitos, artigo 369.º

Não se concebe a existencia do direito sem sujeito e sem objecto, que são os dois termos da relação juridica; e no exame da natureza

tellectuaes por menoridade ou por demencia, deixaria tambem a redacção do artigo a mesma duvida, se ainda a houvesse, e pelas mesmas rasões acima expostas. E o artigo 7.º não completa a redacção do artigo 1.º, porque não estabelece a igualdade da lei para todos os individuos da especie humana, mas sim para todas as *pessoas;* e no artigo 1.º não se dispõe que todo o homem é pessoa. Pelo contrario, declara-se muito terminantemente que a *personalidade* consiste na capacidade de ter direitos, ou em ser susceptivel de direitos e obrigações

Durante muito tempo se distinguiu entre homem e pessoa, dando-se unicamente a pessoa a faculdade juridica. E d'ahi vem que ainda no estado actual do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra *pessoa*, quando se quer designar o homem pelo lado juridico, ou se faz referencia propriamente á sua capacidade juridica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuirem direitos absolutos, e a faculdade juridica de adquirirem os hypotheticos.

Nas nossas possessões ultramarinas não é ainda completamente respeitado o principio de que todo o homem gosa de personalidade juridica; e até o decreto de 18 de novembro de 1869 manda applicar as provincias ultramarinas o codigo civil a contar desde 1 de julho de 1870 sem prejuizo da legislação vigente sobre a escravatura: mas não é por falta de respeito pelo principio, e sim pela necessidade de attender a interesses creados desde longos annos, que seria inconveniente cortar de prompto sem um estado de transição que conciliasse as exigencias da justiça com os interesses da sociedade.

Nós, se tivessemos de consignar o preceito do artigo 1.º n'um codigo elaborado no segundo meado do seculo XIX, redigi-lo-iamos nos seguintes termos: *Todo o homem, e só o homem, gosa de direitos e está sujeito a obrigações.*

Porém hoje é de tal maneira corrente a doutrina de que todo o homem gosa de personalidade juridica, sem distincção de raça nem de sexo, e qualquer que seja o estado do seu ser intellectual, ou physico, que a má redacção do artigo não prejudica o principio.

O codigo mesmo dedica varios capitulos a providenciar sobre a conservação dos *direitos* dos menores e dos dementes. E, o que é mais, sujeita-os até a obrigações juridicas, como nos casos dos artigos 2377.º a 2379.º, o que é contra todos os principios da responsabilidade juridica.

So é imputavel a culpa, e por isso os damnos causados por um desassisado, ou por um menor sem uso de rasão, que não podem ser imputados nem ao pae nem ao tutor, devem ficar sem reparação; presumem-se filhos de caso fortuito, e entra então a regra: *casus nemo praestat.*

Em virtude d'estes principios, qualquer que seja o instrumento do damno, e do homem, e só do homem, a obrigação de repara-lo. Assim, o damno causado pelos animaes pesa sobre o proprietario, artigo 2394.º, que responde directamente, não pelo facto do animal, mas pela sua *culpa* ou *negligencia*, porque lhe cumpria tomar todas as precauções para que o animal não fosse causar prejuizo a terceiro. Tambem fica sujeito á reparação do damno causado por quaesquer *outras cousas suas*, como do damno causado pelo vaso de flores que estava á janella e caiu na rua, ou pelo desabamento do edificio, cuja ruina elle podia prever, artigo 2395.º Responde porém em todos estes casos pela sua *negligencia*, que é o fundamento da obrigação de indemnisar. Se o animal foi solto por terceiro, sem a sua intervenção, se o vaso ou

xem de praticar, como acontece no contrato de prestação de serviços, em que o direito do amo contra o serviçal consiste em obrigar este a prestar o serviço conforme o ajuste, ou a indemnisação correspondente, pareceu a um dos illustres censores do codigo civil, que a definição não abrangia todo o definido.

Porém não é precisa grande reflexão para conhecer que obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa não é mais do que praticar um facto.

E assim como o direito consiste na faculdade de *praticar* ou *omittir*, igualmente a violação do direito póde ser feita por *factos* ou *por omissões*, artigo 2362.º O direito dos outros offende-se *por factos*, entrando pelas propriedades alheias, e arrancando as arvores ou colhendo os fructos, e *por omissões*, deixando-se de pagar as prestações no tempo e fórma ajustados.

Tudo o que deixámos dito a respeito da definição de direito póde applicar-se *mutatis mutandis* a definição de obrigação. As idéas de direito e de obrigação são correlativas, uma presuppõe necessariamente a existencia da outra, identico é o seu objecto, ou a materia sobre que se exercitam, distinguem-se principalmente em que uma tem o caracter de *faculdade*, e a outra o caracter de *necessidade*.

No projecto primitivo defina-se obrigação *o dever judicialmente exigivel*. A palavra *dever* foi substituida pelo termo *necessidade*, para evitar o vicio chamado *reddere idem per idem*, e na suppressão das outras palavras foi o illustrado auctor do projecto o primeiro a concordar, porque ellas restringindo a definição sómente ao direito civil, uravam-lhe o caracter de generalidade que elle queria dar-lhe.

A obrigação resolve-se na necessidade de praticar factos, como crear os filhos, ou de os não praticar, como soffrer o uso da servidão no seu predio.

Em direito philosophico custa a sustentar a existencia de obrigações juridicas positivas, independentemente de qualquer facto humano.

No entretanto é fóra do nosso intento o exame d'esta questão, e sobretudo a proposito de um artigo, que reputámos inteiramente escusado no codigo.

Art. 3.º Se os direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no codigo civil, excepto na parte que é regulada por lei especial.

(Vid. os artigos 516.º e 2007.º) N'este artigo definiu-se a capacidade civil. A capacidade juridica foi ja definida no artigo 1.º

A capacidade juridica é a faculdade geral e absoluta, que póde ser exercida em relação a differentes ordens de direitos. Quando se applica ás relações entre os cidadãos, ou entre estes e o estado, sobre direitos individuaes, denomina-se *capacidade civil*.

Arguido o illustrado redactor do projecto primitivo de inserir no seu trabalho doutrinas por mero luxo e ostentação de sciencia, como podem considerar-se as comprehendidas nos dois artigos antecedentes e nos dois seguintes, e em muitos outros, respondeu que, tendo sido

fôro, poderem tentar trabalho completo e acommodado ás difficuldades da materia e á elevação do assumpto.

Nós limitâmos o nosso proposito a explicar o que está nos artigos, e o modo como deve ser executado e completado o preceito da lei, comquanto não poucas vezes demos a rasão da lei, e emittâmos o nosso juizo sobre o modo de a melhorar.

Escrevendo as annotações ao codigo, dirigimo-nos principalmente áquelles, cuja missão se resume em explicar ou executar a lei, e só por incidente aos que pesam com o difficil encargo de a alterar e reformar.

Pareceu-nos conveniente preceder a analyse de cada secção ou capitulo do codigo da exposição historica do direito contido n'essa repartição, e de um exame synthetico dos preceitos legaes ahi consignados, ou preceder as annotações de uma parte geral, em que fizessemos a exposição historica e a critica juridica das materias contidas nas differentes secções, capitulos ou titulos em que se divide o codigo.

Este systema aproveitava aos encarregados da execução da lei, que n'aquella introducção achavam valioso elemento para a interpretação do texto legal, e sobretudo aos encarregados de a explicarem, que conjunctamente com a analyse do texto têem que fazer a exposição da doutrina.

Porém este plano, aindaque a referida introducção fosse concebida em termos muito resumidos, não podia deixar de avolumar consideravelmente a obra, retardaria muito a sua publicação, e póde ser objecto de um trabalho á parte.

O systema conciso, claro e simples de Rogron nas suas notas ao codigo civil francez, pareceu-nos extremamente conveniente para o fim que nos propunhamos.

Ainda assim saíram-nos as nossas annotações muito mais extensas e circumstanciadas, não tendo em conta os arestos que aquelle insigne jurisconsulto transcreve como esclarecimento aos respectivos artigos.

De citar a cada passo os artigos correspondentes da legislação estrangeira prescindimos nós muito de proposito. Podem e devem citar-se as fontes do texto sempre que a citação seja necessaria para a intelligencia das disposições legaes. Mas accumular e amontoar citações de leis estrangeiras sem necessidade para a intelligencia do texto da lei portugueza nem o merito de ostentar erudição tem hoje, que ha tantas e tão importantes obras escriptas sobre direito comparado.

Quem recorre aos commentarios das leis o que deseja principalmente saber é o que está na lei, e como póde ser executada e preenchida a sua provisão; e, quando muito, procura alcançar tambem a rasão da lei. Tudo o mais póde ser util e

e extensão das relações entre o sujeito e o objecto do direito se resume o conteúdo da sciencia juridica.

A mente do legislador, consignando no codigo a provisão do artigo 1.º, seria unicamente sanccionar a verdade universalmente reconhecida pelos escriptores de direito philosophico, de que só a especie humana gosa de direitos e está sujeita a obrigações? Evidentemente.

Os motivos do artigo acham-se escriptos pelo seu proprio auctor na apostilla n.º 1 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de codigo civil.

Lê-se na referida apostilla a pag. 34, o seguinte: «Somente o homem, dissemos (no artigo 1.º) *é susceptivel de direitos e obrigações*»; onde está aqui a prohibição ou a permissão? Não se descobre, por certo, a primeira vista. Parece que ha ahi apenas a declaração de uma verdade, de um principio puramente abstracto, e comtudo póde resolver-se n'um decreto imperativo de um verdadeiro interesse pratico.

«Supponhamos que entrava em duvida se os animaes eram ou não susceptiveis de direitos e obrigações. Attribuindo-os unicamente ao homem, e claro que a lei os denega aos outros animaes, e por consequencia prohibe qualquer acção juridica contra elles, o que não quer dizer todavia que o homem não deve, em certos casos, responder pelo facto dos animaes, mas por uma rasão inteiramente diversa. E, para que se não tenha por impossivel a hypothese, bastara notar que os processos contra animaes foram frequentes nos seculos XV, XVI e XVII, que ainda apparecem no seculo XVIII e mesmo no XIX.

«Varios auctores fazem menção d'estes processos. O celebre Chassaneux deveu mesmo o começo da sua grande reputação á defeza dos ratos do Autois, de que fôra judicialmente nomeado curador. Gaspar Baylli, advogado no senado de Saboya, escreveu no meado do seculo XVII, um livro *ex professo* sobre esta materia. Sendo juiz de fóra em Alfandega da Fé, deparamos com um processo d'este genero, intentado por um dos nossos antecessores contra um boi, que havia quebrado um braço a um homem, se bem nos recordâmos, do logar dos Cerejaes.»

A exposição dos motivos do artigo é a condemnação da sua existencia. Se o resultado pratico do artigo era prohibir os processos contra os animaes, e se similhantes processos acabaram com a nova reforma judicial decretada em 1832, escusado era repetir a condemnação do que estava condemnado e proscripto, havia mais de trinta annos.

O que tem sido largamente discutido, e que tem dado logar a graves duvidas, que o codigo pela redacção do artigo deixaria subsistir, se o ponto ainda fosse duvidoso no estado presente da sciencia, é se as raças menos privilegiadas da especie humana, v. g., a raça preta, gosam de direitos em toda a sua plenitude, como a raça mais favorecida da natureza.

O codigo não dispõe que todo e qualquer homem, só porque é homem, gosa de direitos, e tem capacidade de os realisar; ou, para nos servirmos da linguagem dos modernos escriptores de philosophia do direito, gosa dos direitos absolutos, e tem capacidade juridica de adquirir os hypotheticos.

De ser *susceptivel* de direitos só o homem, não se segue que todo o homem, pelo simples facto de ser homem, gose de direitos, mas sim que a nenhum outro ser alem dos individuos da especie humana pertence esta faculdade.

Com relação aos inhibidos do exercicio pleno das faculdades in-

edificio caiam por effeito d'um movimento de terra, não é responsavel o proprietario, pela regra *casus nemo praestat*, artigos 2394.º e 2395.º

A commissão revisora com razão supprimiu na ultima revisão o disposto no artigo 2672.º do projecto primitivo, e que ella ainda conservou nas edições de 1863 e 1864, em que se distinguia, no prejuizo causado por um animal a outro, segundo o animal que causou o prejuizo havia ou não sido provocado pelo outro, ficando o dono d'aquelle sem responsabilidade no primeiro caso, e responsavel no segundo. A apreciação da responsabilidade deve ficar ao prudente arbitrio dos tribunaes, que tomarão em conta todas as circumstancias do facto não dos animaes, mas dos donos ou guardas, segundo o seu grau de culpa.

E o artigo 2395.º é tambem uma superfluidade no codigo, desde que no artigo 2394.º se empregam as palavras *ou outras cousas suas*. A unica differença entre os dois artigos, e que não tem justificação, é que no caso do artigo 2394.º, *presume-se* a negligencia da parte do proprietario, e no caso do artigo 2395.º é ao prejudicado que incumbe a prova d'essa negligencia.

Art. 2.º Entende-se por direito, n'este sentido, a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos; e por obrigação, a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos.

(Vid. artigo 2362.º) As definições de *direito* e *de obrigação* formuladas no artigo 2.º não são restrictas ao direito civil. O codigo define no artigo 2.º o direito e a obrigação no sentido em que empregou estas palavras no artigo 1.º, que é o sentido philosophico.

Por isso os artigos 1.º e 2.º destoam da epigraphe, que respeita só á *capacidade civil*, e a materia dos dois artigos pertence á *capacidade juridica*, em geral. Porém estes defeitos de methodo em nada prejudicam a doutrina.

O direito diz-se faculdade *moral* em contraposição a physica, porque não é poder material, sem outras regras e limites, que os da força bruta, mas poder determinado e dirigido pelas leis da rasão.

A palavra *moral* na sua accepção mais ampla abrange tanto a moral como o direito. E aqui é empregada n'essa accepção, porque o codigo abstem-se completamente de regular o cumprimento dos deveres moraes.

A commissão revisora substituiu a palavra *actos*, que se achava no projecto primitivo, pela palavra *factos*, como mais ampla, porque abrange, alem dos *actos*, as *omissões*: e a faculdade juridica realisa-se, tanto por actos, v. g., a venda de uma propriedade, como por omissões, v. g., o não uso da servidão.

Supprimiu igualmente a commissão as palavras *ou de possuir exclusivamente certas cousas*, que se encontravam no projecto primitivo: ou porque a idéa por ellas significada estava já comprehendida nas palavras *praticar factos*, ou porque na sciencia juridica não se consideram propriamente as cousas em si, mas sim o *facto* de possuir, de usar, e de dispor d'ellas, vindo em ultima analyse todos os direitos a resolverem-se na faculdade de praticar ou de deixar de praticar factos.

Não se limitando o nosso direito simplesmente a faculdade de praticar ou de deixar de praticar certos factos, mas estendendo-se tambem a faculdade de obrigar os outros a que os pratiquem ou dei-

encarregado de redigir um codigo civil, lhe cumpria antes de tudo determinar as materias que se comprehendiam n'essa vaga denominação, e que não podia determina-las sem remontar ao unico principio, que podia servir-lhe de guia, a natureza dos direitos, sem os definir claramente, e sem os classificar com exactidão.

Ora o peior é que, apesar de todos estes artigos, continua na determinação das materias do direito civil o mesmo vago, o qual só se preenche pela exposição e exame especial da cada uma d'ellas.

A commissão revisora supprimiu a primeira parte do artigo, que definia a capacidade politica, e inseriu no artigo as palavras *ou de direitos individuaes*, aliás indispensaveis, porque, alem das questões de propriedade e de posse, ha contratos e relações juridicas entre particulares e o estado, que formulam direitos puramente individuaes, cuja execução contenciosa e da competencia das justicas ordinarias.

O que é difficil em muitos casos é extremar devidamente os direitos individuaes dos direitos politicos porque relações juridicas ha, que participam do caracter individual e do politico.

Todavia o pensamento geral do artigo é determinar o quadro do direito civil, excluindo do seu conteúdo os direitos e obrigações que se referem ás relações entre cidadãos e o estado sobre cousas de interesse geral, e que constituem, segundo a definição dada no projecto primitivo, a capacidade *politica* do cidadão.

E ao interprete compete decidir nos differentes casos, segundo as regras geraes de jurisprudencia, se o direito é politico ou civil, isto é, se tem por objecto alguma relação juridica entre o cidadão e o estado sobre pontos de interesse geral, ou se tem unicamente por objecto direitos privados, ou entre os cidadãos, ou entre estes e o estado.

Os direitos civis não mudam de natureza nem soffrem modificação alguma pelo facto de n'elles ser interessado o estado. Não é o sujeito, mas o objecto do direito, que determina a sua natureza e categoria.

Os privilegios que o estado e estabelecimentos publicos tinham outr'ora sobre os cidadãos no exercicio dos direitos civis acabaram completamente pelo codigo.

O nosso direito anterior concedia ao estado e estabelecimentos publicos um praso muito maior do que aos particulares para perderem os seus bens pela prescripção. O codigo com rasão os equipara aos particulares com relação aos predios susceptiveis de dominio privado, ou se trate de adquirir, ou de perder pela prescripção. Estão excluidos do dominio privado os bens designados nos artigos 380.º e 381.º Os bens em que o estado e quaesquer estabelecimentos publicos são considerados como particulares, quanto á prescripção, são aquelles a que se refere o artigo 382.º, isto é, bens que não são destinados ao exercicio das funcções d'esses estabelecimentos, ou ao goso e serviço do publico, e cujo destino é dar rendimento para as despezas d'esses estabelecimentos, como rendas fóros, etc. Gosavam tambem tanto o estado, como os estabelecimentos publicos do direito de restituição por inteiro, que o codigo proscreveu, artigo 38.º

E até o estado succede nos bens vagos com os mesmos direitos e obrigações de qualquer herdeiro particular, artigo 2007.º Os direitos pois não mudam de caracter, nem têem especialidade por pertencerem a corporações e estabelecimentos publicos ou a particulares. No *exercicio* d'esse direito é que ha differença segundo os seus sujeitos, porque os particulares capazes de se regerem e de administrarem seus bens dispõem d'elles *livremente*, e as pessoas moraes estão sujeitas a uma inspecção permanente, não podendo dispor d'elles, senão com as auctorisações e condições prescriptas nas leis administrativas. As associa-

os povos, e é a disposição do artigo 1.º do nosso codigo commercial.

Nem póde admittir-se que os poderes publicos, que deram força de lei ao projecto do codigo, quizessem destruir com uma disposição isolada, como é a do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, todo o mechanismo do projecto, subordinado ao principio geral determinado no artigo 3.º, de resalvar a legislação especial.

Demais nos termos do artigo 1.º da lei de 1 de julho de 1867, tanto faz parte da lei o artigo 3.º do codigo, como o artigo 5.º da mesma lei; e por isso é necessario conciliar no seu espirito dois artigos, na sua redacção inconciliaveis. Nós entendemos que o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 revogou a legislação anterior, que recaisse nas materias do codigo, quando essa legislação versasse sobre *materia civil.*

Pelo direito anterior ao codigo havia muita legislação civil *especial* não só para certos objectos, mas até para certas provincias, como para o Alemtejo, para a Madeira, etc., e o pensamento do legislador foi indubitavelmente revogar toda a lei civil anterior, tanto geral como especial, que recaisse sobre assumpto regulado no codigo.

Não quiz o legislador que os interesses civis fossem regulados por leis civis avulsas, ou constituindo differentes collecções, e determinou por isso que todas as leis civis constituissem um unico corpo de direito, inserindo-se no codigo todas as disposições legaes, que de futuro se creassem, e revogando-se todas as anteriores cuja materia estivesse prevenida no codigo.

Cremos tambem que a lei de 1 de julho de 1867 revogou toda a legislação anterior, ainda comprehendida nas leis especiaes, mas cujo objecto era meramente civil, e que fôra providenciado n'essas leis especiaes pela deficiencia da nossa respectiva lei civil. Assim julgâmos substituida pela doutrina do codigo civil a doutrina do codigo de commercio sobre capacidade de contratar em geral, e do codigo penal sobre responsabilidade civil, resultante de factos criminosos, etc.

Não entrou de certo na mente do legislador revogar toda a materia do codigo commercial sobre sociedades mercantis no que fosse opposto á doutrina do codigo civil sobre sociedades em geral, etc.

Se tal fôra o pensamento do legislador, teriamos sanccionado a anarchia na jurisprudencia, que não póde applicar o direito commum a objectos em condições especiaes. Na pratica segue-se a nossa opinião, porque nos tribunaes do commercio, por exemplo, ninguem julga revogadas as disposições do respectivo codigo no que têem de incompativeis com as provisões do codigo civil.

Mostra-se ainda que o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 se refere unicamente á legislação sobre materia civil, confrontando-o com o artigo 6.º, que manda inserir no codigo toda a modificação *no direito,* que de futuro se fizer; e mal iria ás leis do methodo e da codificação se devesse inserir-se no codigo toda a alteração no direito existente, ou este tivesse por objecto, ou não, materia civil.

O artigo 6.º pela ligação, em que se acha com o artigo 5.º, é excellente commentario á provisão d'este. E a nossa opinião abona-se ainda com o seguinte trecho que se lê no parecer da commissão de legislação da camara dos deputados: «Desde que se codifica a legislação civil, cumpria acompanhar a promulgação do novo codigo de providencias acertadas que favorecessem a transição do antigo para o novo systema, sem perturbar fundamentalmente a jurisprudencia nem permittir que ao lado da legislação codificada prevalecessem *as antigas leis geraes* ou *especiaes*».

Quanto a nós o codigo só revoga a legislação *especial* nas hypotheses que elle previne *expressamente.* Assim os artigos 1360.º e 1361.º do codigo civil modificaram o artigo 289.º do codigo penal; e o artigo 1197.º modificou o artigo 27.º do codigo commercial.

Art. 4.º Estes direitos e obrigações derivam:

1.º Da propria natureza do homem;

2.º De facto e vontade propria, independentemente de cooperação de outrem;

3.º De facto e vontade propria e de outrem conjunctamente;

4.º De mero facto e vontade de outrem;

5.º Da mera disposição da lei.

Art. 5.º A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações; mantem e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas; declara os casos em que o cidadão póde ser inhibido do exercicio dos seus direitos, e determina o modo como deve ser supprida a incapacidade d'elle.

(Vid. os artigos 359.º e 2169.º) Os direitos que derivam exclusivamente da propria natureza do homem, independentemente de facto algum humano, vem classificados no artigo 359.º A classificação d'estes direitos, chamados originarios ou absolutos, porque a sua *existencia* não depende de condição alguma, é inteiramente arbitraria, e póde ser mais ou menos ampla, conforme se dividirem mais ou menos as manifestações *principaes* da personalidade, direito supremo, que resume todos os outros, e do qual estes são apenas o desenvolvimento.

Assim o projecto primitivo não *especificou,* entre os direitos originarios, os de associação e de defeza, que foram incluidos n'esta categoria pela commissão revisora. O sr. Ferrer, presidente da commissão revisora, propoz a seguinte classificação: 1.º, direito de personalidade; 2.º, direito de liberdade; 3.º, direito de associação; 4.º, direito de adquirir as cousas externas. Outros escriptores mencionam expressamente o direito de liberdade religiosa e de consciencia, e, sobretudo o direito de *igualdade,* que é antes uma *qualidade* de todos os direitos absolutos, como consequencia da igualdade de faculdades e disposições fundamentaes da natureza humana: e no artigo 7.º o codigo reconhece expressamente este principio.

Nós verdadeiramente não achâmos outra base para a classificação dos direitos absolutos, senão em direito de liberdade, e direito de apropriação, como as duas grandes manifestações do direito de personalidade, vistoque os *meios* indispensaveis á nossa existencia e desenvolvimento, objecto do direito, se encontram, ou nas nossas acções, ou nas cousas externas.

E, comquanto o direito de apropriação não seja mais do que uma face do direito de liberdade, e emanação do mesmo principio fundamental, é todavia certo que na sua realisação pratica diversas são as relações juridicas quanto ás nossas acções, e quanto ás cousas externas. Nem os direitos se exercitam do mesmo modo em cada um d'estes objectos, nem a fórma da acquisição é a mesma.

O certo é que os direitos absolutos estão acima da lei, e são superiores a ella, porque emanam directa e necessariamente da natureza humana, sem que a lei possa desconhece-los.

Antes da organisação da sociedade, e da formação das leis, existiu o homem, que, associando-se e estabelecendo as regras do seu viver, apresentou como base as suas condições de existencia, os seus meios de acção, as suas necessidades physicas e moraes, os seus direitos e deveres.

Os direitos originarios são a fonte de todos os outros. A propriedade, o trabalho e a familia, que são origem de obrigações, de contratos, e de determinados effeitos juridicos, appareceriam reconhecidos na lei, sem base, se não se reconhecessem primeiro, como indispensaveis, naturaes e inalienaveis, os direitos de liberdade, e existencia, de que os outros não são mais do que o desenvolvimento e a vida.

Do exame dos direitos que derivam exclusivamente da natureza do homem não trata o codigo, porque pertencem ao direito philosophico.

Os direitos, que derivam de facto e vontade propria, independentemente da cooperação de outrem, são os provenientes da *occupação, prescripção* e *trabalho*, objecto da parte 2.ª, livro 1.º

Os direitos que se adquirem por facto e vontade propria, e de outrem conjunctamente, são os provenientes dos *contratos*, objecto da parte 2.ª, livro 2.º

Os direitos que se adquirem por mero facto de outrem, ou por simples disposição da lei, são os provenientes da *gestão dos negocios e da successão testamentaria e legitima*, objecto da parte 2.ª, livro 3.º

Portanto o artigo 4.º, especificando a origem dos direitos, refere-se á parte 2.ª do codigo, subdividida nos seus tres livros.

O auctor do projecto tomou por base do seu plano o sujeito dos direitos, segundo se mostra do contexto da obra, e elle proprio declara na apostilla n.º 1 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho.

E como no sujeito ha necessariamente duas idéas predominantes e distinctas, o poder ou seja a autonomia, a faculdade immanente, e a acção, ou a faculdade pratica, cumpria definir a primeira, antes de tratar da segunda, isto é, definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, no reconhecimento dos meios por que póde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os póde fruir, conservar e defender.

Ora partindo d'este principio todo o direito regulador devia referir-se necessariamente a quatro pontos capitaes: 1.º, natureza do ente juridico; 2.º, seus meios de vida; 3.º, fruição d'esses meios; 4.º, conservação d'elles.

Por isso o codigo trata na parte primeira da capacidade civil, isto é, da natureza do ente juridico, das faculdades que encerra e dos direitos de que póde gosar segundo o seu estado de presente, de ausente, de menor, de interdicto, ou de maior no goso pleno dos seus direitos.

Na parte 2.ª, subdividida em tres livros, trata da acquisição dos direitos nas suas variadas fórmas, ou antes da acquisição dos meios de existencia pela realisação dos direitos absolutos.

Na parte 3.ª expõe o modo da fruição d'esses direitos, segundo é perfeita ou imperfeita a propriedade.

Na parte 4.ª, subdividida em dois livros, expõe o modo de conservar os direitos, desenvolvendo as condições da sua violação e os meios de reparação, um dos quaes são indubitavelmente as provas.

Os artigos 4.º e 5.º são para assim dizer a epigraphe geral do codigo.

A lei *reconhece* e *especifica* todos *estes* direitos e obrigações, isto é,

tanto os absolutos, que vem especificados no artigo 359.º, como os hypotheticos, que vem especificados no artigo 2169.º

No emprego do termo *especificar* ha pouca propriedade. O codigo faz apenas menção das principaes classes de direitos, tanto absolutos como hypotheticos, segundo a fórma especial do seu objecto. Porém todas estas classes poderiam admittir infinitas subdivisões.

Não *especifica* o codigo, como aliás promette no artigo 5.º, as *obrigações*, nem ao menos por grandes categorias, nem isso seria preciso; vistoque, sendo as obrigações correlativas aos direitos, a especificação d'estes importa necessariamente a dispensa ou especificação d'aquellas.

Mantem a lei civil o goso dos direitos e assegura o cumprimento das obrigações, pondo á disposição do sujeito dos direitos os meios determinados na parte 4.ª do codigo.

Declara na parte 1.ª os casos em que o cidadão póde ser inhibido do exercicio dos seus direitos, que são os da menoridade, ausencia, interdicção por demencia, ou por prodigalidade, ou por effeito de condemnação penal.

Determina o modo de supprir essa incapacidade, que é por meio do patrio poder ou da tutela para os menores e interdictos por demencia, e por meio de curatela para os interdictos por prodigalidade ou por effeito de sentença condemnatoria, e para os nascituros e ausentes.

Eis-aqui pois o plano do codigo, com vantagens e inconvenientes, como todos os systemas de codificação, cuja apreciação mais larga não entra no nosso plano.

Art. 6.º A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas o individuo, logoque é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os effeitos declarados no presente codigo.

(Vid. os artigos 110.º, 1479.º, 1776.º, 1777.º e 1824.º) O artigo 6.º deve completar-se pelo artigo 110.º Só o nascimento com vida e com figura humana confere a capacidade juridica. No projecto primitivo a redacção em seguida á palavra *lei*, era a seguinte: «e adquire, *nascendo com vida*, os direitos que lhe houverem recaído durante a gestação, nos termos declarados no presente codigo.»

Notou o sr. Moraes de Carvalho que no artigo 6.º se não exigia para a acquisição da capacidade juridica senão o nascimento com vida, sem fallar na condição da figura humana, que aliás se requeria no artigo 109.º do projecto (110.º do codigo). O sr. Seabra, declarando que os dois artigos se completavam um pelo outro, concordou todavia em que se emendasse o artigo 6.º em harmonia com o artigo 110.º

A commissão revisora porém, longe de harmonisar os artigos nos termos indicados pelo sr. Moraes de Carvalho, e aceites pelo sr. Seabra, deixou a destoar todos as disposições sobre esta materia. Assim o artigo 6.º exige para a acquisição da capacidade juridica o *nascimento*, o artigo 1479.º exige o *nascimento com vida*, e os artigos 110.º e 1776.º exigem o *nascimento com vida e figura humana*.

Na commissão de legislação da camara dos deputados, de que fizemos parte na primeira sessão, em que se tratou do exame do codigo, propozemos nós, que se harmonisassem todos estes artigos nos termos da provisão do artigo 110.º

considerar-se filho senão o que nascia com vida e com figura humana, era consequente que não adquiria direitos alguns o recemnascido em quem se não verificassem cumulativamente estas circumstancias.

Portanto a combinação d'estes artigos, e a comparação d'elles com o pensamento que presidiu á sua redacção, não deixam duvida de que a capacidade juridica só se adquire pelo nascimento com vida e figura humana.

O codigo não exige para a acquisição da capacidade juridica, que o individuo nasça *capaz* de viver: contenta-se com que elle nasça com vida.

É o que resulta da redacção do artigo, e da sua comparação com todos os outros referidos n'esta nota, e mais se confirma pela leitura das apostillas do sr. Seabra sobre esta materia, justificando a doutrina do artigo correspondente do projecto primitivo, que a commissão revisora não modificou na sua essencia.

Por esta fórma põe o codigo termo a uma das questões mais importantes, que se debatiam no nosso fôro, e sanccional a jurisprudencia geralmente seguida nos nossos tribunaes.

Alguns codigos exigem para a acquisição de capacidade juridica, que o individuo nasça com organisação capaz para viver, e outros exigem a duração da vida por um praso mais ou menos largo depois do nascimento. Pelo nosso codigo porém o individuo que nasce com vida e figura humana ainda de tão pouco tempo, que lhe é impossivel continuar a viver, postoque dure só um momento, pelo facto de nascer com vida e figura humana adquire a capacidade juridica, recebendo e transmittindo direitos, como verdadeira personalidade juridica.

Este systema é sujeito a graves inconvenientes; mas os outros systemas não os offerecem menores.

A capacidade juridica pois só se adquire pelo nascimento; mas, verificado o nascimento com vida e figura humana, retrotrahe-se até á epocha em que se presume ter havido a concepção. Todos os direitos deferidos ao individuo durante a gestação, isto é, durante o intervallo entre a concepção e o parto, ficam-lhe pertencendo pelo facto do nascimento com vida e figura humana.

A lei, não querendo dizer que a capacidade juridica se adquiria com a procreação, mas dando ao procreado, sob a condição de nascer com vida e figura humana, todos os direitos, como se fôra nascido, declara-o apenas desde a procreação até ao nascimento sob a protecção da lei, protecção resoluvel, condicional e intransmissivel. Mas a protecção começa até por se nomear curador ao ventre, artigo 157.º, e administrador á herança, artigo 1824.º; e tem logar tanto na successão legitima como na testamentaria, artigo 1978.º O facto é que em regra só podem transmittir-se direitos a favor de pessoas existentes, artigo 1776.º, tanto nascidas, como nascituras comtanto que estejam concebidas, artigos 1479.º e 1824.º Reputa-se creatura existente mesmo o feto no estado de embryão, quando nem a fórma humana ainda tomou no ventre da mãe. É creatura existente a que está *procreada*, artigo 6.º, isto é, *concebida* ao tempo da transmissão do direito, artigo 1479.º

É porém de notar que em casos especiaes podem deferir-se direitos, mesmo aos que ainda não estão concebidos. Assim é valida a disposição testamentaria a favor dos filhos, e não já a favor dos netos de certas e determinadas pessoas, ainda que esses filhos não estejam concebidos ao tempo da morte do testador ou da transmissão dos direitos, artigo 1777.º O que é indispensavel é que sejam vivos os paes dos nascituros ao tempo da transmissão dos direitos.

Porém doações é que não podem fazer-se a favor de quem não esteja concebido ao tempo da transmissão, como dispõe terminantemente o art. 1479.º, salva a doação em casamento, artigo 1177.º, que se presume feita não só em favor do donatario e dos filhos em primeiro grau, mas em favor de todos os descendentes; e ainda porque os descendentes do donatario n'este caso recebem os bens doados, menos pelo facto da doação, do que pela successão legitima, como herdeiros do doado.

Se porém não póde doar-se directamente a quem não está concebido ao tempo da doação, póde doar-se-lhe indirectamente, por meio de substituição ou reversão, artigo 1473.º

E os casós de substituição a favor de pessoas não concebidas ao tempo da transmissão dos direitos estão marcados no artigo 1867.º do codigo.

Por esta fórma, a favor de pessoas não concebidas ao tempo da transmissão ninguem póde dispor por doação senão indirectamente, recorrendo á reversão ou substituição fideicommissaria, art. 1473.º, e nos termos do artigo 1867.º

Póde porém dispor-se por testamento, alem do modo indirecto reconhecido para as doações, a favor dos filhos de certas e determinadas pessoas, vivas ao tempo da morte do testador, ou essas pessoas sejam ou não parentes d'este, artigo 1777.º

O codigo não permitte de certo a disposição testamentaria a favor de pessoas não concebidas ao tempo da transmissão, senão no caso de serem descendentes em primeiro grau de pessoas vivas, porque se ao testador fosse licito dispor a favor de descendentes em qualquer grau seus ou de outra pessoa, a herança poderia estar muito tempo em administração, dependente de uma condição suspensiva, nos termos do artigo 1824.º

Porém por doação não póde dispor-se, senão fideicommissariamente, a favor de pessoas não concebidas ao tempo da transmissão, como se mostra da combinação dos artigos 1473.º e 1867.º

Ao tempo da transmissão devem estar vivos ambos os paes, condição indispensavel para vir á luz o nascituro ainda não concebido.

E ha casos tambem em que o filho concebido depois da transmissão d'um direito vem annullar pelo facto do seu nascimento com vida e figura humana essa transmissão, como na especie do artigo 1482.º n.º 1.º

Mas qual é o praso ordinario da gestação para se presumir a existencia do feto, e se conhecer se os direitos deferidos o foram antes ou depois da concepção?

Não discutimos este ponto á luz da sciencia, que é isso alheio ao nosso proposito. Basta-nos saber o que a lei dispõe. O codigo marca como periodo maximo da gestação o praso de trezentos dias, artigos 101.º e 1776.º Pertencem pois ao individuo que nascer com vida e figura humana os direitos, que lhe houverem sido deferidos dentro dos trezentos dias anteriores ao seu nascimento.

O nascituro porém é considerado como nascido, só pelo que respeita aos seus interesses. Se nasce vivo, pertencem-lhe todos os direitos que lhe advieram durante a gestação. Se nasce morto nada pertence aos que naturalmente deveriam ser seus herdeiros, porque a lei não lhe dá direitos antes do nascimento; colloca-o apenas *debaixo da sua protecção*, para o unico effeito de elle poder haver depois de nascido os direitos que lhe recaírem durante a gestação, e não para os transmittir.

Permittir a transmissão dos direitos em taes circumstancias, fóra

ampliar a lei a protecção, que dá á *pessoa* do feto, a terceiros, que deveriam ser seus representantes.

Para ser capaz de receber entre vivos directamente é preciso estar concebido ao *tempo da doação*, artigo 1479.º, porque é desde este momento que a propriedade é transferida ao donatario. Para ser capaz de receber por testamento não é preciso estar concebido ao tempo da feitura do testamento. Basta esta-lo ao tempo da morte do testador, porque a propriedade não é transferida senão no momento em que morre o testador, art. 1778.º Assim se instituo herdeiro o filho primogenito de Paulo, só caduca o testamento se este não tem filho concebido ao tempo da minha morte.

Art. 7.º A lei civil é igual para todos, e não faz distincção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados.

(Vid. artigo 1966.º n.º 2.º) Este artigo tem o seu assento proprio na constituição fundamental, onde se acha já consignado. No estado presente da nossa civilisação nem mesmo no codigo politico seria preciso inseri-lo, como o foi no tempo da promulgação da carta, periodo de transição da distinção de classes para uma epocha de igualdade.

A lei é igual para todos os que estão nas *mesmas* circumstancias. As excepções, que se fazem, são no interesse do principio, porque a verdadeira igualdade está em se tratarem desigualmente seres em posições desiguaes. Assim as mulheres não podem ser procuradores em juizo em causa alheia, artigo 1354.º, *excepção* determinada pela posição *especial* d'estas pessoas, nem testemunhas instrumentarias em acto juridico, seja entre vivos ou *causa mortis*, artigos 1966.º n.º 2.º e 2492.º, comquanto possam ser testemunhas em processo, artigo 2509.º e procuradores em acto extrajudicial, artigo 1334.º

Esta excepção contra as mulheres é fundada na rasão de que em regra não têem a mesma experiencia e conhecimento dos negocios, nem a mesma coragem e independencia que o homem, para poderem depor com inteira segurança.

Art. 8.º A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é applicada retroactivamente, salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos.

A significação do artigo é a seguinte: A lei civil em caso nenhum regula o passado, offenda ou não direitos adquiridos, exceptuando a lei interpretativa que é applicavel aos factos passados, não havendo offensa de direitos adquiridos. Nem outra intelligencia pode dar-se ao artigo, desde que a commissão revisora abandonou a redacção do projecto primitivo, que dizia assim: «A lei civil, ainda que seja interpretativa, não póde ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos legitimamente adquiridos.»

O artigo, alem de sanccionar doutrina menos verdadeira, é inutil. O seu assento é na carta constitucional, onde se acha consignado.

A constituição politica devia prohibir ao legislador o fazer leis retroactivas. Mas o codigo, que tem de ser executado pelos magistrados, repetindo o principio estabelece doutrina perigosa, porque da logar a entenderem os juizes que não têem obrigação de cumprirem as leis retroactivas, quando ellas retroajam expressamente. Dizia o sr.

seguido ainda a realisação *effectiva* do direito, que só obtinha pela morte do anterior administrador, podia ser esbulhado d'esse direito pela lei nova, comquanto os legisladores costumem ter sempre alguma contemplação com estes direitos, faculdade.

Por isso nós contrapômos *direitos adquiridos* a direitos, faculdade, porque ha effectivamente direitos, que são mais do que simples expectativas, que a lei posterior póde offender.

O filho natural, que pela legislação anterior podia ser reconhecido como filho pelo simples facto de provar a filiação, como não chegou a realisar esse direito, está hoje sujeito para a investigação de paternidade ao disposto nos artigos 130.º e 133.º do codigo civil.

O principio da não retroactividade pois só é ferido quando vão atacar-se direitos já realisados, e não quando se offendem direitos, faculdade de acção.

Esta doutrina é tambem seguida em principio pelo sr. Seabra, illustrado auctor do projecto de codigo, na sua segunda apostilla em resposta ao distincto jurisconsulto o sr. Moraes Carvalho.

Desenvolveremos agora o principio assentado na definição de *direitos adquiridos* com relação aos assumptos principaes da lei civil, a fim de formularmos algumas regras geraes, que sirvam de guia ao interprete nas differentes hypotheses que possam suscitar-se.

E assim consideraremos o assumpto:

1.º Com relação á capacidade juridica;
2.º Com relação á perfilhação;
3.º Com relação ás successões testamentarias e legitimas;
4.º Com relação ás causas resolutorias;
5.º Com relação á reparação de damnos;
6.º Com relação á prescripção;
7.º Com relação ao processo;
8.º Com relação ás questões pendentes em juizo;
9.º Com relação ás leis interpretativas propriamente ditas.

Dos direitos sob condição ou a termo fallaremos em a nota ao artigo 678.º

Quanto *á capacidade juridica*. Se a lei prolonga o praso da maioridade é evidente, em presença do nosso principio, que o menor não póde ser maior senão em virtude e nos termos da nova lei, porque ainda não tinha o direito *effectivo*, ou o direito adquirido.

Mas se a lei encurta o praso da maioridade, ou da emancipação, ha de voltar de novo o maior ou emancipado ao regimen do patrio poder ou da tutela?

O sr. Seabra sustenta a affirmativa; e, se esta opinião triumphasse no fôro, era necessario que todos os casados que tivessem menos de dezoito annos o marido e de dezeseis a mulher, e que estavam emancipados pelo casamento ao tempo da promulgação do codigo, voltassem ao estado de menoridade, visto o preceito do artigo 306.º Não podemos porém subscrever a tal doutrina.

O menor pelo facto de chegar á maioridade *adquiriu* o direito de reger a sua pessoa e de administrar os seus bens, de que não póde ser privado pela lei nova, sem se ferir o principio da não retroactividade. *Adquiriu* o direito ao usufructo dos seus bens nos termos do artigo 149.º n.º 1.º Demais a emancipação não póde ser revogada, artigo 310.º

Quanto á *perfilhação*. Os filhos illegitimos, que nos termos da lei anterior tinham direito, provada a filiação, de serem equiparados aos legitimos, e de provarem a sua filiação por qualquer meio de prova, gosarão ainda hoje d'esse direito?

Indubitavelmente hão de sujeitar-se ás condições prescriptas na lei nova. Elles tinham o direito ou a faculdade de usarem dos meios para se fazerem reconhecer como taes. Não chegaram a realisar, a tornar *effectivo* esse direito pelos modos reconhecidos na lei anterior, ficam inteiramente dependentes das provisões da lei nova.

Quanto á *faculdade de testar*. Nas disposições testamentarias ha que attender á capacidade do testador, á capacidade do instituido, ás solemnidades testamentarias, e á quota disponivel.

Escusado é apresentarmos as regras, que devem servir de guia ao executor na applicação da lei pelo que respeita á capacidade do testador e do instituido, e ás solemnidades testamentarias, porque a esse respeito providenciou o codigo nos artigos 1762.º, 1765 e 1778.º Mas emquanto á quota disponivel?

A porção de legitima, e mesmo o direito á legitima, e a quota disponivel póde ser alterada pela lei nova, que abrange todas as heranças não abertas ao tempo da sua promulgação.

Os filhos que tinham direito pela lei anterior ás duas terças partes da herança dos paes, de que por estes não podiam ser privados, podiam ficar reduzidos pela nova lei a uma terça parte ou a menos, sem se ferir o principio da não-retroactividade, poisque o seu direito não estava ainda realisado, e só se tornava effectivo, ou alcançava os fôros de *direito adquirido* pela morte dos paes. E o codigo alterou a porção legitima com relação aos ascendentes do segundo grau e seguintes, artigo 1787.º

Quanto a *causas resolutorias*. Poderá o codigo, que aboliu a acção de lesão, applicar-se aos contratos celebrados no tempo da lei anterior? Responde o sr. Seabra na apostilla, acima referida: «Se a lei não retroagir expressamente, devem os tribunaes governar-se pela lei *anterior*, porque em caso de duvida assim lhes cumpre proceder»; mas logo em seguida acrescenta: «lesão, resolução, rescisão importa uma *faculdade*, que a lei póde retirar ou modificar sem retroacção, comtantoque fiquem resalvados os direitos em exercicio por effeito d'essa concessão».

Fieis ao principio que assentámos, de que a lei não offende o principio de não retroactividade, ferindo os direitos, faculdade, seguimos que o codigo é applicavel n'esta parte aos contratos feitos durante o dominio da lei abolida.

Os pactuantes, que contrataram durante o dominio da lei que permittia a rescisão por lesão, tinham a faculdade de requerer a rescisão do contrato por aquella causa resolutoria. Se não *realisaram* esta faculdade antes da promulgação da nova lei, não tinham *direito adquirido* para invocarem a salva-guarda da lei anterior.

E tanto isto é verdade que nas causas, em que a rescisão póde ter logar, torna-se indispensavel nova declaração da vontade do pactuante, e novo facto, revestido das formalidades legaes, em que se requeira a rescisão do contrato, facto este que ha de ser submettido á lei vigente ao tempo em que elle tiver logar.

A rescisão por qualquer causa resolutoria não é elemento natural e necessario dos contratos, e por isso esta faculdade está muito longe de poder entrar na categoria dos direitos adquiridos. O codigo permitte a rescisão por lesão, artigo 1582.º, no caso de haver estipulação expressa no contrato.

Com relação á *reparação de damnos*. Se durante o dominio da lei abolida se praticou algum facto, que fizesse nascer o direito á reparação de perdas e damnos, e o lesado não usou da faculdade que a lei lhe concedia para alcançar a indemnisação, fica sujeito ás condições da lei posterior.

Seabra n'uma das suas apostillas que esta disposição só era applicavel ao caso de a lei não retroagir expressamente; e n'esta hypothese o artigo do projecto primitivo não tinha outro inconveniente alem da sua inutilidade, por que, dizendo que a lei não podia ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos adquiridos, como o principio da não retroactividade só se fere quando se offendem direitos adquiridos, segue-se que nos termos do artigo a lei podia applicar-se retroactivamente sempre que não offendia o principio da não retroactividade!

Portanto o artigo do projecto primitivo era inoffensivo; mas a redacção feita pela commissão revisora, alem de dar logar a duvidas, que logo exporemos, é na primeira parte inexacto. E a propria commissão lhe foi infiel, porque nos artigos 565.º e 566.º regula as prescripções com relação ao passado; o mesmo faz nos artigos 1694.º e e 1696.º quanto aos emprazamentos, e assim em muitos outros casos.

O que cumpria era desenvolver no codigo algumas regras geraes, que servissem de guia aos magistrados na execução do principio da não retroactividade, sanccionado na carta constitucional.

A disposição geral do direito romano sobre este ponto, comquanto vaga, era mais completa, do que a do codigo civil.

Dizia a lei 7.ª Cod. de leg : *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotus, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotus cautum sit.* A não retroactividade das leis não consiste na sua absoluta inapplicabilidade aos casos preteritos, ou aos processos pendentes, mas sim no respeito pelos direitos adquiridos.

Todos estão de accordo em que a lei nova regula as consequencias dos actos concluidos, mas não executados, no tempo da lei anterior, e segue na sua marcha os actos começados, mas não concluidos, comtantoque não va ferir direitos adquiridos.

A questão toda começa na determinação precisa e pratica, do que sejam *direitos adquiridos.*

O menor emancipado nos termos da legislação anterior, e que o não podia ser pelo direito do codigo, voltara depois da promulgação ao regimen do patrio poder ou da tutela?

O direito de rescindir o contrato por lesão, reconhecido pela legislação anterior, extinguiu-se com a promulgação do codigo?

O filho natural de pae peão, que pela ord. do reino concorria igualmente com os filhos legitimos á herança do pae provada a filiação, estara hoje sujeito ás determinações do codigo sobre perfilhações e successões?

Para a resolução d'estas e de outras muitas hypotheses, que escusâmos de enumerar, é que o codigo devia estabelecer algumas regras, para não ficarmos entregues unicamente aos principios geraes de direito sobre a materia, em cuja applicação os jurisconsultos divergem a cada passo.

Vejamos primeiro o que são *direitos adquiridos.*

Direitos adquiridos são todos aquelles, de que o sujeito se acha definitivamente investido, isto é, de que tem já a posse e realisação *effectiva.*

O direito póde traduzir-se, ou pela faculdade de acção, ou pela acção já exercida. Emquanto faculdade, sem se exercer, póde ser ferido pela lei nova; desde que se exerce, o seu producto constitue um direito adquirido, que a lei posterior deve respeitar.

Por exemplo. o immediato successor do morgado, desde que nasceu, tinha direito de succeder no vinculo, mas como não havia con-

É ainda a consequencia do principio, por nós assentado, de que a lei, se não póde offender os direitos realisados, póde ferir, sem prejuizo do principio da não retroactividade, os direitos, faculdade.

Com relação á *prescripção* nenhumas regras daremos, porque o codigo providenciou a esse respeito nos artigos 564.º a 566.º

Quanto ao *processo*. N'esta parte todos são de accordo em que as solemnidades dos actos juridicos são reguladas pela lei vigente ao tempo em que o acto se pratica, aindaque haja de executar-se mais tarde; e em que o processo deve correr segundo os termos da lei nova, aindaque o direito se tivesse adquirido antes.

As leis do processo são de ordem publica. A lei nova não póde privar o cidadão dos direitos adquiridos; mas o modo, por que estes direitos devem ser exercidos ou garantidos, pertence ao direito publico, que não póde ser modificado senão pelos interesses geraes.

As leis do processo abrangem logo todas as causas no estado em que se acham. Assim uma causa de separação intentada perante o juiz de direito, e ainda não decidida ao tempo da promulgação do codigo, devia já ser julgada pelo conselho de familia, nos termos dos artigos 1206.º e 1207.º do mesmo codigo, se não providenciasse de outro modo o regulamento de 12 de março de 1868, no artigo transitorio.

Muitas vezes determina o legislador, para evitar a confusão resultante de ter começado uma causa por um processo e de ter de acabar por outro, que continue nos termos da legislação vigente ao tempo em que foi intentada.

Achâmos exemplos d'esta provisão excepcional no artigo do regulamento já citado, e igual provisão até certo ponto se encontra no artigo transitorio de outro regulamento da mesma data, relativo ao conselho de tutela. E o projecto primitivo dispunha no artigo 132.º que as causas de investigação de paternidade illegitima, pendentes ao tempo da publicação do codigo, seriam provadas e julgadas segundo a legislação anterior, disposição que a commissão supprimiu, por ser objecto da lei do processo.

As leis de organisação judiciaria são exequiveis, tanto a respeito dos factos consummados antes da sua promulgação, como a respeito dos processos que se acham instaurados pela anterior organisação judiciaria. As do processo civil e crime applicam-se tanto aos processos pendentes como aos factos anteriores a ellas, mas que sob o seu imperio são trazidos a juizo.

O genero de provas anteriormente admittidas é que a nova lei não póde alterar quanto aos actos consummados, comquanto possa modificar o processo pelo qual ellas podem ser apresentadas em juizo, como o modo da inquirição das testemunhas, os termos em que se devem offerecer os documentos, poisque nada d'isto altera a convenção anterior ou o facto consummado.

Com relação ás *questões pendentes em juizo*. Este ponto é dos mais delicados, e mal póde ser regido pelo principio que estabelecemos, sem o auxilio de novas considerações. Nas questões pendentes em juizo não se póde em rigor dizer já *adquirido* o direito, mas tambem não é simples faculdade, porque está já em *acção*.

Portanto a acção de rescisão por lesão, que se achasse em juizo ao tempo da promulgação do codigo, havia de ser regulada por este, ou pela lei anterior?

É rasoavel, e conforme com os principios de direito, que regulam hypotheses analogas, que a especie seja resolvida pela lei vigente ao tempo em que a acção foi intentada.

O auctor ou o réu sustentavam a questão em presença de uma lei, que cada um julgava que lhe dava direito. Se mais tarde a lei nova dispozer outra cousa, e regular de differente modo o assumpto, a parte prejudicada será condemnada em virtude de uma lei, que ella não conhecia quando intentou ou contestou a acção, e pagará, alem da perda do direito, a despeza da causa, quando essa obrigação não estava definida na lei ao tempo da installação da acção em juizo.

Estava já tentada a acção para se tornar effectivo o direito, e o interessado ia já em caminho de o realisar.

A causa define-se e determina-se pela proposição ou pedido. Os direitos que sobrevêem depois não podem ser tomados n'ella em consideração, visto que a sentença deve regular-se pelo petitorio, ordenação, livro 3.º, titulo 66.º *pr.*

Por outro lado as acções meramente pessoaes podem em regra continuar entre os herdeiros, se já estavam instauradas em vida dos antecessores; d'onde resulta que a proposição de uma acção em juizo confere já um direito, de que o sujeito não póde ser privado sem offensa do principio da não retroactividade.

Em vista pois d'estes argumentos é de boa jurisprudencia que as causas já intentadas ao tempo da promulgação da lei nova sejam regidas pela legislação anterior.

Tambem os tribunaes têem julgado que as leis applicaveis aos contratos e ás acções são as vigentes ao tempo do contrato e da instauração da acção.

Em accordão de 15 de janeiro de 1869, publicado no *Diario do Governo* n.º 28, de 6 de fevereiro do mesmo anno, firmava o supremo tribunal de justiça o seguinte principio: «Considerando que a legislação apontada é o direito que vigorava *ao tempo da escriptura do casamento e da instauração da acção*, e por isso a unica applicavel á especie de que se trata, pela qual deve ser regulada e decidida, etc.».

E em accordão de 1 de junho de 1869, publicado na *Revista de Legislação* n.º 76, desprezou a relação do Porto uma excepção de prescripção, que se oppunha a uma acção de força velha com fundamento no § unico do artigo 504.º do codigo, pela rasão de que o codigo, sem ferir o principio da não retroactividade consagrado n'este artigo, não podia ser applicavel a acções installadas antes da sua promulgação.

Quanto ás leis *interpretativas* propriamente ditas. O sr. Seabra não considerava a lei interpretativa á parte da lei civil em geral, e sustentava que o principio da não-retroactividade se applicava do mesmo modo nas leis interpretativas, que nas leis civis, ou antes que não havia leis interpretativas propriamente ditas.

Dizia este eminente jurisconsulto: «Se a lei interpretativa não faz mais, 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 direito novo, que não póde ser applicado aos factos anteriores, queremos dizer, aos direitos adquiridos. A mesma promulgação da lei nova demonstra, que a lei anterior não era clara, e como tal carecia da primeira condição da lei. Não é a distincção da lei interpretativa, ou não interpretativa, que deve regular a apreciação da sua retroacção; seja qual for esta lei, ou a denominação que se lhe queira dar, é sómente o seu effeito em relação aos direitos que se devem tomar em consideração».

Notou o distincto jurisconsulto, o sr. Moraes Carvalho, que havia leis realmente interpretativas, como seria aquella que viesse definir o que era lesão enormissima, que uns diziam ser de mais de dois

terços, e outros deixavam ao arbitrio do julgador, ou que declarasse se a copula exigida na ordenação do reino para a communicação dos bens no casamento, era só a posterior ao matrimonio, ou se bastava a anterior, no que divergiam profundamente os jurisconsultos.

A principal difficuldade em caracterisar as leis propriamente interpretativas está em distinguir exactamente a mera interpretação da verdadeira innovação do direito.

Os que sustentam a distincção entre as leis interpretativas propriamente ditas e as outras leis, pretendem que as primeiras devem applicar-se aos litigios pendentes, e a todos os actos juridicos cuja interpretação não esteja fixada por sentença passada em julgado, ou por transacção legal.

Para nós, que professâmos a mesma doutrina, seguida pelo sr. Seabra, que dâmos ás leis interpretativas os mesmos effeitos retroactivos, que a qualquer outra lei, é inteiramente inutil a distincção das leis interpretativas para a apreciação dos effeitos do principio da não retroactividade.

Preceituar a applicação das leis interpretativas ás questões pendentes equivalia a faze-las julgar pelo poder legislativo.

Supponhamos, por exemplo, que o conjuge, que apenas tinha tido com o seu consorte copula anterior ao matrimonio, pedia a meação dos bens, e quando tinha já vencido a demanda na primeira instancia, ou mesmo quando tinha proposto a acção em juizo, se promulgava a lei interpretativa, declarando que para a meação nos bens era essencial a copula posterior: applicada ao litigio pendente a nova lei, o conjuge decaia, menos em virtude da decisão proferida pelo poder judiciario, do que pela resolução posterior do poder legislativo.

Será isto justo?

O sr. Moraes Carvalho ainda concorda em que a lei interpretativa respeite, alem das transações e sentenças passadas em julgado, os contratos em que antes da nova lei os pactuantes tenham fixado para si a verdadeira interpretação; mas sustenta que aquelles, em que essa intelligencia não tenha sido fixada, hão de ser regulados pela lei nova.

Proponhamos um exemplo, e seja aquelle de que se serve o sr. Moraes Carvalho, para raciocinarmos com mais exactidão sobre uma especie pratica.

«Paulo tendo a Maria teúda e manteúda em sua companhia, ausentou-se para paiz longinquo, e de lá por procuração effectuou-se o casamento, mas morreu Maria sem elle regressar. Serão meeiros em seus bens? Uma lei interpretativa da ordenação, promulgada posteriormente, que declare que basta a copula anterior, póde ser-lhes applicavel?

Diz o sr. Moraes Carvalho que se houve contrato antenupcial, em que elles declarassem, que casavam segundo o costume do reino, mas que entendiam que a communicação dependia da união posterior, a lei interpretativa não podia destruir o estipulado; mas que se não tinha havido contrato nem declaração alguma, e apparecesse uma nova lei interpretativa, o contrato devia ser por ella regulado.

Nós não podemos conformar-nos com similhante opinião. Em primeiro logar os conjuges não tinham direito de fixar no contrato a intelligencia que davam á ordenação, nem essa interpretação podia ligar os tribunaes, ou prejudicar os seus direitos.

Por outro lado a lei posterior não póde servir para interpretar n'um contrato a vontade das partes, que a não conheciam.

Ora supponhamos nós que na hypothese supra os bens eram todos

de Maria, e que Paulo, receiando o exito da demanda, por duvidar do seu direito, deixou passar cinco ou dez annos, sem pedir a sua meação; findo este praso vem uma lei declarar que para os conjuges serem meeiros nos bens basta a copula anterior, terá Paulo direito de vir pedir a meação com fundamento na lei interpretativa?

De certo, pela opinião dos que sustentam que a lei interpretativa só respeita as transacções e as sentenças passadas em julgado, e, quando muito, as declarações das partes em que estas tenham fixado a intelligencia das leis obscuras.

Porém nós achâmos a lei tão retroactiva contra os direitos de Maria, como se esta tivesse feito uma transacção, em virtude da qual ficasse com todos os bens.

As clausulas dos contratos hão de ser interpretadas segundo as leis vigentes ao tempo da sua celebração, ou sejam claras ou obscuras, sob pena de se deferir ao poder legislativo o direito de julgar factos passados.

A carta constitucional, apesar de reconhecer a existencia de leis interpretativas, não faz excepção alguma a respeito d'ellas; diz absolutamente: «A disposição da lei não terá effeito retroactivo».

Sendo esta tambem a opinião do sr. Seabra, e não alterando a commissão revisora o que o projecto primitivo estabelecia com relação ás leis interpretativas, cremos que o artigo 8.º sanciona o pensamento, que fica desenvolvido nas considerações que deixâmos expostas. Quanto a nós, em conclusão, não ha que distinguir para effeitos de retroacção as leis interpretativas, propriamente ditas, de quaesquer outras. E a commissão revisora, parecendo querer estabelecer uma excepção para as leis interpretativas, destruiu a propria excepção nas palavras: «salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos».

Art. 9.º Ninguem póde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorancia d'esta, ou com o do seu desuso.

(Vid. artigo 2406.º) As nossas leis anteriores já dispunham que a ignorancia das leis a ninguem aproveitava, visto serem publicadas em condições de por todos serem conhecidas, e tambem já se chamavam *corruptelas* os usos contra a lei; e agora com o systema parlamentar mais incongruente seria que as leis se julgassem revogadas pelo não uso.

Juridicamente, as cousas pelos mesmos modos por que se fazem, por esses se desfazem.

Portanto a doutrina do artigo, extrahida dos artigos 2.º e 5.º do projecto de codigo civil hespanhol, tinha mais applicação em Hespanha, onde se admittia o uso, não só para constituir direito novo e estabelecer regras seguras de interpretação das leis duvidosas, mas até para derogar as leis estabelecidas. Havia ali usos *praeter legem, secundum legem, et contra legem.*

Entre nós e por força do disposto na lei, chamada da boa rasão, de 18 de agosto de 1769, os usos e costumes nunca prevaleciam contra a lei, comquanto fossem considerados o melhor interprete da lei, e tivessem força de lei, se contassem por si um periodo de mais de cem annos, fossem conformes á rasão, e não contrarios á lei escripta. E pelo decreto de 9 de setembro de 1747 a ignorancia da lei a ninguem aproveitava.

Em Portugal as leis, na falta de declaração especial em contrario, começam a vigorar em Lisboa e no termo, passados tres dias depois da promulgação, nas provincias passados quinze dias, e nas ilhas adjacentes oito dias depois da chegada da participação official, lei de 9 de outubro de 1841. N'este praso não se comprehende o dia da publicação.

Assim a lei publicada na folha official de 1 de janeiro, começa a vigorar em Lisboa e no termo no dia 5, e nas provincias no dia 17.

Todos os actos juridicos passados no intervallo entre a publicação da lei nova e o dia em que esta começa a vigorar, são regidos pela lei velha.

O legislador não póde fazer mais do que dar o praso e meios sufficientes para todos conhecerem as leis, o que estabelece uma presumpção *juris et de jure*, de que a lei é conhecida de todos, contra a qual não póde admittir-se prova de ignorancia ou impossibilidade individual. O contrario equivaleria a permittir que as leis fossem illudidas ou violadas impunemente: *idem est scire, aut scire debuisse aut potuisse.*

Ninguem póde escusar-se com a ignorancia do que devia ou podia fazer, porque a ninguem escusa a sua propria falta. Portanto, se as partes se fundarem na disposição da lei, a prova consistirá na simples citação da lei invocada, como dispunha o projecto primitivo no § unico do artigo 2762.º, que se acha transformado no artigo 2406.º do codigo. O que se dispõe com relação ao praso obrigatorio das leis deve applicar-se ás portarias e decretos publicados na folha official, salvo providencia especial em contrario.

Se porém a prova se fundar n'algum estatuto ou postura municipal do paiz, ou em lei estrangeira, deverá o que invocar similhantes disposições provar a sua existencia, se for contestada, citado artigo 2406.º

Como estas disposições não têem a publicidade que dá a folha official ás leis propriamente ditas, não basta a citação para prova da sua existencia. Quanto ao estatuto, quando reja alguma associação ou corporação, e tenha sido approvado por decreto do governo publicado na folha official, basta a citação do respectivo decreto, vistoque teve publicidade como as leis.

Se porém o estatuto é local ou não teve a approvação do poder executivo, com as condições e publicidade referidas, é ao interessado que incumbe provar a sua existencia ou por meio de documento authentico, se o estatuto é escripto, ou pelo depoimento de testemunhas, se o estatuto é filho unicamente do uso e costume.

As posturas municipaes, ou ficam encerradas nos archivos das respectivas camaras, ou têem publicação meramente particular, sem as condições de publicidade, que as façam presumir conhecidas de todos os cidadãos.

As mesmas duvidas póde offerecer a lei estrangeira, especialmente quando não faz parte de collecção legal, e no citado § unico do artigo 2762.º do projecto primitivo apenas se obrigava a provar a existencia da lei estrangeira o que a invocava, quando ella não estava codificada.

Porém o codigo cortou esta restricção, e estabeleceu a regra geral e absoluta de que o interessado em invocar lei estrangeira é obrigado a provar a sua existencia, sempre que esta for contestada, sem distinguir entre as hypotheses de se achar ou não codificada.

Para prova da existencia da lei estrangeira, carece de apresentar documento da sua existencia, segundo as formalidades exigidas no respectivo paiz para a sua validade, artigo 2430.º

É necessario distinguir entre *ignorancia* da lei, e *erro* de direito. Em these a *ignorancia* significa o desconhecimento total das disposições da lei, o *erro* a falsa idéa d'essas disposições.

Ora, nos termos do codigo, se a ignorancia da lei em caso nenhum aproveita, aproveita em certos casos o erro de direito.

No projecto primitivo em seguida ao artigo, que estamos analysando, lia-se outro nos seguintes termos: «As obrigações contrahidas por erro de direito, poderão ser rescindidas nos termos declarados no presente codigo».

A commissão revisora supprimiu este artigo, de accordo com o sr. Seabra, segundo as actas declaram; mas o pensamento ficou, como se vê nos artigos 659.º e 758.º Devidamente comparados estes artigos com o artigo 9.º, póde dizer-se que, quanto á imputação ou responsabilidade que póde resultar da falta de cumprimento da lei, a ignorancia não aproveita, e que quanto aos actos em que por erro de direito nos obrigámos para com terceiros, escusa o erro que recáe sobre a causa do contrato, ou no pagamento do que não se devia. E o codigo serve-se das palavras *ignorancia da lei*, quando se refere á falta de cumprimento das disposições legaes, e das palavras *erro de direito*, quando se refere á errada intelligencia do direito em materia de contratos

A má redacção do artigo dá logar a que o distincto jurisconsulto o sr. Bruschy argumente *á contrario sensu*, que a ignorancia da lei, quando for uma realidade e não *pretexto*, aproveita.

Por exemplo, diz elle, o individuo fez uma viagem de mar, que durou um mez, quando regressou contava vinte dias de publicidade uma lei civil que alterava o direito anterior; o viajante chega e pratica um acto juridico, valido por o anterior direito, nullo pela lei novissima; v. g.: testar nuncupativamente, será nullo este acto? Entendemos que não, e que lhe aproveita a ignorancia por ser verdadeira, e não um pretexto, que é o caso do codigo.

Todavia alem do que se poderia allegar contra o exemplo em si, a doutrina do sr. Bruschy esteve de certo muito longe do pensamento do auctor do codigo. A ignorancia ou desuso da lei não podem invocar-se como *fundamento* racional para eximir do cumprimento das suas disposições, e por este motivo de certo o illustrado redactor do codigo chamou simples *pretexto* á allegação da ignorancia e desuso da lei.

Se o artigo fosse entendido, como pretende o sr. Bruschy, seria completamente illudida a sua disposição.

No entretanto força é confessar que a interpretação grammatical se presta ao referido argumento *á contrario sensu*, o que é devido á tentação de substituir a linguagem classica da jurisprudencia pelo *estylismo* moderno. A redacção, tão consagrada no nosso direito, *a ignorancia da lei a ninguem aproveita*, não dava logar a similhantes argumentos, e era por todos bem entendida. Ou então era melhor ter traduzido litteralmente os dois citados artigos do projecto de codigo civil hespanhol, que dizem assim:

Art. 2.º *La ignorancia de las leyes no sirve de escusa.*

Art. 5.º *Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó prática en contrario, por antiguas y universales que sean.*

A traducção fiel d'estes artigos excluia toda e qualquer duvida sobre o pensamento do codigo.

Art. 10.º Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja prohibitiva, quer preceptiva, envolvem nulli-

dade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrario.

§ unico. Esta nullidade póde, comtudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem publica.

Na nossa legislação foi sempre reconhecido com mais ou menos modificações o principio de que os actos juridicos subsistiam, ainda que lhes faltasse alguma solemnidade ordenada na lei, se a solemnidade não era substancial ou a lei não fulminava expressamente contra essa falta a pena de nullidade. Era corrente que as formalidades estabelecidas no intuito de authenticar os actos juridicos, não deviam exigir-se com o rigor sacramental do direito romano, onde a falta de um gesto fazia perder uma questão.

A nossa ordenação já estabelecia differença entre nullidades sanaveis e insanaveis, mandando julgar pela verdade sabida, sem embargo dos erros do processo: e varias leis extravagantes continuaram a sancção do mesmo principio.

A reforma judicial, a lei de 19 de dezembro de 1843, e ainda ultimamente a lei de 18 de julho de 1855 reconheciam aquella doutrina; a jurisprudencia do nosso fôro inclinava-se uniformemente para respeitar todos os actos juridicos, em que tinham sido preenchidas as formulas necessarias para satisfazer ao seu fim: e na praxe lamentava-se ainda que as nullidades insanaveis não podessem ser determinadas *taxativamente* para evitar as frequentes annullações de processos nos tribunaes.

Apenas uma vez se lembrou o legislador de sanccionar doutrina igual á d'este artigo, prohibindo no assento de 17 de agosto de 1811, sob pena de nullidade, que se antepozessem, pospozessem, ou substituissem por equipolencia as fórmas prescriptas pela ordenação relativamente aos instrumentos de approvação dos testamentos cerrados.

Esta doutrina, para nos servirmos das expressões de Correia Telles referindo-se a Almeida, originou mais demandas do que o assento tinha de letras, e foram taes as reclamações, que pelo assento de 10 de junho de 1817 se fixaram os requisitos *essenciaes* nos autos de approvação dos testamentos.

Eis o estado da nossa jurisprudencia, quando se promulga o codigo civil, que resuscita a doutrina do assento de 17 de agosto de 1811, applicando-a a todo o direito civil!

Mas vejâmos bem antes de tudo qual é a significação do artigo que analysâmos, contra o qual se levantaram desde logo jurisconsultos distinctos e com larga experiencia do fôro, tornando-se mais notaveis os srs. Moraes Carvalho e dr. Joaquim José Paes da Silva, lente de direito em Coimbra.

O melhor commentario ao pensamento do artigo encontra-se na polemica sustentada entre os srs. Seabra e dr. Moraes Carvalho, da qual transcreveremos os trechos indispensaveis ao nosso proposito.

Dizia o sr. Moraes Carvalho: «... o artigo 123.º (124.º do codigo) do projecto que, quando o reconhecimento do filho natural for feito pelo pae ou mãe em separado, não poderão revelar no acto da perfilhação, o nome da pessoa de quem houveram o filho reconhecido. Imaginemos que esta prohibição é transgredida: será isso motivo para a nullidade do perfilhamento? Isto seria repellido pela rasão e pelo bom senso».

Dizia o sr. Seabra: «Respondemos que nem a *rasão nem o bom senso*

podem assim discorrer. O bom senso e a rasão exigem que o que se faz contra lei, não seja reconhecido pela lei: a rasão e o bom senso dizem que, tendo a lei prevenido por uma prescripção terminante os paes perfilhantes, de que a perfilhação só póde ser feita de certo modo, de ninguem, senão de si mesmos, se poderão queixar aquelles que não se conformarem com a lei».

Observava mais o sr. Moraes Carvalho: «O artigo 238.º do projecto (234.º do codigo) determina que não possam ser vogaes do conselho de familia os que tiverem algum dos defeitos ahi mencionados: que entre outros são prohibidos de ser nomeados os removidos de outra tutela por falta de cumprimento das suas obrigações: imaginemos porém que um individuo n'estas circumstancias é nomeado membro do conselho de familia, e que n'essa qualidade funcciona: serão nullas todas as deliberações d'esse conselho? Serão nullos conseguintemente os actos praticados pelo tutor em virtude de taes deliberações? Serão nullos os contratos effectuados, que ellas auctorisaram? Reflicta-se maduramente em todas as consequencias d'este principio.»

Replicava o sr. Seabra: «Respondemos que, sem duvida, o conselho assim formado é nullo, e a nullidade do conselho trará a nullidade de todos os seus actos (!). E isto mesmo tem logar na jurisprudencia franceza. *Medite-se*, diz o douto censor, *nas consequencias d'este principio;* e nós diremos ao douto censor: que medite tambem nas consequencias do principio opposto, e veja quaes serão mais perniciosas; não ha duvida que esta illegalidade póde importar graves prejuizos; mas a responsabilidade recairá sobre quem lhe der causa, e isso fará que raramente se verifique, quando, pelo contrario, admittido o principio da não nullidade, não servirá senão de auctorisar o desprezo e o relaxamento da lei, que não será mais que *letra morta,* e mais um conselho que um preceito».

Concluiremos esta serie de citações com outra observação do sr. Moraes Carvalho, e competente resposta do sr. Seabra.

Dizia o sr. Moraes Carvalho: «No artigo 60.º (58.º do codigo) se ordena que o curador nomeado aos bens do ausente os receba por inventario, e preste fiança ou caução; e se contra o disposto não prestar segurança alguma, será nulla a curadoria? Serão annullados os actos em resultado d'ella praticados?»

Responde o sr. Seabra: «Sem duvida. E toda a responsabilidade pesará sobre quem tiver dado causa á infracção. De outro modo, quem poderá responder pela execução da lei? Toda a ordem publica consiste em que se entenda, que as leis são feitas para serem *irremissivelmente* executadas.»

Por estas conclusões, que o proprio auctor do projecto aceita e legitima, se póde avaliar o estado a que fica reduzida a jurisprudencia portugueza.

E que rasão haveria para alterar assim a nossa jurisprudencia de seculos? Seria alguma rasão de conveniencia publica, as opiniões dos nossos praxistas, ou o desejo de imitar alguma lei estrangeira?

Nada d'isso.

N'esta parte o legislador deixou-se levar de uma rasão metaphysica, de um argumento puramente especulativo.

E para prova vamos produzir as rasões justificativas do artigo taes quaes as escreveu o seu illustrado auctor.

Diz o sr. Seabra n'uma das suas apostillas: «A lei, ou decrete uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, importa sempre a mesma necessidade de sujeição e obediencia. Se a lei não importasse essa necessidade, não seria lei, ou seria apenas permissiva, de que não

temos de occupar-nos aqui. A lei não póde pois legitimar os actos praticados em seu menoscabo ou contravenção, e serão radicalmente nullos, salvo se a mesma lei decretar, que de algum modo possam subsistir ou sanar-se. Posto este principio, *todas as difficuldades desapparecem, acabam as hesitações da doutrina, porque as consequencias logicas são sempre faceis*, o que não acontece, quando se pretende o *impossivel* de conciliar principios oppostos ou contradictorios.»

Aqui ficam transcriptas as rasões, que determinaram tão perigosa innovação no direito, rasões que já de antemão combatemos; e vamos fortificar a nossa opinião com o *procedimento* do illustrado redactor do codigo, e da illustre commissão revisora.

Sustentaram o artigo com *rasões*, e fulminaram-no com o exemplo.

Em primeiro logar declara mui terminantemente o sr. Seabra nas suas apostillas, e confirmou o secretario da commissão revisora no seio da commissão de legislação da camara dos deputados, que a doutrina do artigo 10.º se applica só á esphera do direito civil tal qual foi definido no artigo 3.º, e que não é applicavel nem ao direito publico, nem ao codigo de commercio, nem ao codigo de processo, nem ao codigo penal.

Nas leis de processo, diz o sr. Seabra *somos inteiramente da opinião* do nosso illustre revisor. (Referia-se ao sr. Joaquim José Paes da Silva, que combatia o artigo sustentando, como preferivel a legislação anterior.)

Mas vejamos como foi logo em seguida mortalmente ferido o principio determinativo do artigo 10.º

Pois um principio, *posto o qual todas as difficuldades desapparecem, e acabam as hesitações da doutrina*, não ha de ser applicavel a todos os ramos de direito?

Para que havemos de conceder tamanho beneficio ao direito civil, e nega-lo aos outros ramos do direito positivo?

Pois não será igualmente applicavel a todos os ramos do direito aquella brilhante theoria especulativa: *A lei, ou decrete uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, importa sempre a mesma necessidade de sujeição e obediencia?*

Visto isso no direito publico, penal, commercial e de processo torna-se possivel o *impossivel* de conciliar principios oppostos?

Pelo que vemos n'estes ramos do direito a lei póde ser *letra morta* e *mais um conselho que um preceito!*

A força da doutrina póde mais, que as theorias puramente especulativas, na direcção dos casos praticos. O illustrado redactor do codigo, e a illustre commissão revisora não poderam sustentar um momento a sua doutrina.

No mesmo artigo em que levantaram similhante principio, o condemnaram francamente. Como é que se estabelece a modificação no § unico ao principio do artigo, *se a lei, ou decrete uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, importa sempre a mesma necessidade, aliás não seria lei?*

Não será isto destruir com uma das mãos o que se fez com a outra?

Prescindimos de expor as difficuldades de extremar bem os actos de ordem publica dos de interesse particular, alem da inutilidade da modificação para a maior parte dos casos, em que, se a uma das partes convem a validade do acto, por isso mesmo convem á outra a nullidade.

Não concluiremos porém esta analyse sem produzir novos argumentos, preparados pelos proprios redactores do codigo contra o artigo.

A que proposito se estabelece nos artigos 950.º e 954.º a *pena de nullidade*, para o caso de não cumprimento do que ahi se dispõe? Pois não está decretado no artigo 10.º que qualquer falta de cumprimento de lei é nullidade insanavel, não declarando a mesma lei o contrario?

Porque se dispõe nos artigos 1919.º, 1925.º e 1960.º que *fica sem effeito* o testamento a que faltar alguma das formalidades ali estabelecidas?

Pois não bastaria a sancção do artigo 10.º?

Crêmos que os redactores do codigo foram os primeiros a suspeitar de que os tribunaes não cumpririam o disposto no artigo 10.º

O illustrado jurisconsulto, o sr. Seabra, reconhecendo alfim os perigos da sua doutrina, applicada ás solemnidades dos documentos, e tendo consignado no codigo muitas disposições formularias, concordava em que se acrescentasse ao artigo a seguinte disposição: *a lei formularia não importará comtudo nullidade, não sendo esta expressamente irrogada.*

A commissão revisora porém, conservando bastantes d'essas disposições formularias, não aceitou o additamento proposto pelo sr. Seabra!

Deu portanto o codigo arbitrio aos tribunaes para julgarem a nullidade de um acto juridico só pela falta de uma rubrica exigida na lei, ou por outra qualquer falta insignificante. Cremos porém que os tribunaes não usarão d'esse arbitrio na latitude que lhes é concedida por este artigo do codigo.

No projecto do codigo do processo, livro 1.º, capitulo 5.º, estabelece-se doutrina sobre nullidades, *afastando-se completamente da regra geral do artigo 10.º do codigo civil*, segundo declara o seu illustre auctor nos motivos a pagina 7. Porém o referido capitulo 5.º, alem de carecer em geral de outra redacção e desenvolvimento, não abrange as disposições formularias do codigo civil sem referencia expressa, o que é necessario fazer-se.

Das leis permissivas fallaremos em a nota ao artigo 672.º

Art. 11.º A lei, que faz excepção ás regras geraes, não póde ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei.

O artigo consigna um principio verdadeiro, mas proprio de um livro elementar destinado ao ensino do direito, inteiramente escusado no livro das leis.

O projecto primitivo applicava a doutrina do artigo só ás leis de excepção, que restringiam o livre exercicio dos direitos do cidadão. Porém a commissão revisora com rasão fixou o principio geral e absoluto de que as leis de excepção, qualquer que seja o seu objecto, não podem ser applicadas a outros casos alem dos especificados nas mesmas leis.

Por exemplo o artigo 1565.º, pelo facto de prohibir que paes ou avós vendam aos filhos ou netos fóra das condições ali estabelecidas, não prohibe que os filhos ou netos vendam aos paes ou avós, nem annulla as remissões dos bens dos paes ou avós, feitas pelos filhos ou netos nos termos do artigo 602.º da reforma judicial.

Art. 12.º Toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio.

(Vid. os artigos 486.º, 2354.º, 2356.º, 2367.º, 2370.º, 2535.º, 2536.º e 2537.º) O artigo, que como preceito theorico é inutil, poderia conduzir a consequencias perigosas pela sua má redacção, se não encontrasse o devido correctivo nos outros artigos, que conjunctamente analysâmos.

Nem todos os meios *indispensaveis* para o exercicio do direito, mas simplesmente os justos, podem ser admittidos e reconhecidos pela lei civil.

E o artigo 2356.º diz expressamente que a restituição e indemnisação pela violação ou usurpação dos direitos terá logar nos termos do codigo civil e de processo. Os meios para haver essa restituição e indemnisação são determinados na lei, como dispõe o artigo 2536.º

A lesão para o effeito da reparação póde ser *futura* ou *preterita*. A lei estabelece os meios de *assegurar* ao ameaçado os seus direitos contra a lesão *futura;* e, como pela lesão *preterita* se podem *usurpar* ou *violar* os nossos direitos, a lei estabelece tambem os meios pelos quaes aos lesados hão de ser *restituidos* os direitos *usurpados,* e pelos quaes se ha de fazer a *indemnisação* dos direitos *violados.*

Os meios que a lei estabelece e reconhece, como indispensaveis para a garantia dos direitos, são os juizos e as acções, artigo 2537.º Quem exigir o cumprimento de uma obrigação civil ha de dirigir-se aos tribunaes, e por meio da acção respectiva, ordinaria, summaria, etc., segundo competir nos termos da lei de processo.

São os tribunaes que restituem o lesado ao estado anterior á lesão, artigo 2535.º N'uma sociedade devidamente organisada ninguem póde ser admittido a administrar-se justiça por suas mãos, salvo os casos excepcionaes em que a lei expressamente o permitte, como consequencia do direito de defeza, artigo 367.º

Em tres casos póde o lesado defender-se por auctoridade propria, os quaes vem especificados nos artigos 486.º, 2354.º e 2367.º com a unica differença de que nos dois primeiros casos é inteiramente livre ao lesado o defender-se por si, ou recorrer aos tribunaes, e no ultimo caso só lhe é permittido o desaggravo pessoal, não tendo tempo de recorrer á auctoridade publica.

O codigo usa das expressões *auctoridade propria,* para significar a concessão do direito de cada um se fazer justiça por suas mãos. Examinemos separadamente cada um dos tres casos, em que o codigo permitte o desforço pessoal sem prejuizo todavia do recurso á auctoridade publica.

O primeiro é regulado no artigo 486.º, em que se garante ao possuidor o manter-se na sua posse por meio da força, independentemente da intervenção da justiça. O disposto n'este artigo é a consequencia directa do artigo 367.º, que garante o direito de defeza, em virtude do qual o sujeito do direito tem a faculdade de se oppor á violação dos direitos naturaes ou adquiridos.

Para o individuo porém se fazer justiça pelas suas proprias mãos é indispensavel que empregue a força em acto consecutivo á perturbação ou esbulho; porque, se o fizer depois, já não pratica um acto de verdadeira defeza, que se refere á lesão presente, mas de vingança, que a lei não póde permittir sem auctorisar a guerra de individuo contra individuo.

A lei, ao mesmo tempo que prohibiu ao verdadeiro dono o administrar-se justiça por suas mãos, attendeu por outro lado á impossibilidade de conter os impulsos naturaes de colera e indignação, que nascem em quem se vê acommettido na sua propriedade.

Para que não incorra em responsabilidade quem exerce este direito, é preciso que o damno seja positivo e certo, e que concorram todas as circumstancias moraes que legitimam a defeza. É a doutrina do direito romano: *Vim vi repellere licet, et ablatam possessionem in continenti repetere.*

Mesmo o possuidor injusto gosa d'este direito; porque, se a lei admittisse excepções, daria logar a aggressões violentas, cuja culpabilidade seria difficil de provar, porque o aggressor teria quasi sempre o meio de demonstrar a persuasão em que estava, de que o possuidor, a quem aggredia, carecia de titulos para possuir.

O projecto primitivo, no artigo 578.º, que corresponde ao artigo 486.º do codigo, não permittia o emprego da força para conservar a posse, senão dando-se conjunctamente duas circumstancias: 1.ª, não ser possivel recorrer á justiça; 2.ª, ser o damno irreparavel.

No seio da commissão revisora, discutindo-se este objecto em sessão de 14 de janeiro de 1861, apresentaram-se propostas no mesmo sentido, e outras com relação só aos moveis, e outros para que a manutenção ou restituição por auctoridade propria fosse judicialmente ratificada.

Depois de longa discussão, a commissão revisora votou os seguintes quesitos: 1.º, que no caso de perturbação da posse o possuidor podia manter-se pela propria força e auctoridade; 2.º, que não teria logar esta manutenção só quando o possuidor não tivesse tempo de recorrer á justiça; 3.º, que não teria logar só quando houvesse damno irreparavel; 4.º, que não teria logar só no caso de não haver conflicto; 5.º, que no caso de se ter consummado o esbulho, o possuidor teria o direito de se desforçar por sua propria força e auctoridade, fazendo-o em acto consecutivo ao esbulho; 6.º, que em todos os casos, em que o possuidor podesse manter-se ou desforçar-se por sua propria auctoridade, poderia tambem recorrer á justiça.

O artigo 486.º é o corollario dos quesitos votados.

No artigo 2354.º, a hypothese não é de perturbação ou esbulho de posse, mas de violação de propriedade, e dá-se ao proprietario a mesma faculdade, que o artigo 486.º confere ao possuidor, de defender o seu direito pela força.

O codigo não exige para o desforço, no caso de violação de propriedade, como no caso de perturbação ou esbulho de posse, que o lesado, para se desaggravar por auctoridade propria, o faça em acto consecutivo ao facto da lesão. No entretanto deve subentender-se esta circumstancia como condição do desforço. É justo e conveniente que se permitta ao individuo atacado na sua propriedade o repellir pela força as invasões do aggressor; mas se este chegar a consummar o delicto por meio da violação ou do roubo, deve o lesado recorrer aos tribunaes para obter a reparação civil e criminal.

Auctorisar o lesado a restituir-se por auctoridade propria ao exercicio dos seus direitos violados, seria sanccionar o principio da desordem e da guerra individual, dispensando a acção dos tribunaes. As palavras do artigo 2354.º, *repellindo a força pela força,* indicam bem claramente que este direito de desforço só é permittido em presença da lesão, e não com relação aos damnos preteritos; e do artigo 2370.º se infere que o direito de defeza pessoal só é garantido *a fim de evitar o damno presente, ou prevenir o damno imminente.*

Porém o codigo, nos artigos 2367.º e 2370.º, vem desfazer até certo ponto o determinado nos artigos 486.º e 2354.º

Depois de ter preceituado n'estes dois artigos, que ficava inteiramente *ao arbitrio* do possuidor e do proprietario o recorrer ao auxilio dos tribunaes ou defender pela força a posse ou a propriedade

contra a lesão presente ou imminente, declara nos artigos 2367.º e 2370.º que o aggredido, sempre que lhe for possivel recorrer á força publica, não póde defender-se por auctoridade propria das violencias que possam lesar os seus direitos primitivos, *ou esbulha-lo do goso de seus direitos adquiridos, ou perturba-lo por qualquer fórma n'esse goso.*

O artigo 2367.º não comprehende só as offensas pessoaes ou lesões nos direitos primitivos, mas tambem a perturbação e o esbulho da posse, e talvez da propriedade, especies já reguladas nos artigos 486.º e 2354.º

D onde provirá esta contradição? De descuido por parte da commissão revisora. O projecto primitivo, tanto no artigo 578.º, correspondente ao artigo 486.º do codigo, como no artigo 2561.º, correspondente ao artigo 2354.º, sustentava a mesma doutrina que nos artigos 2641.º e 2644.º, correspondentes aos artigos 2367.º e 2370.º, de que ao aggredido na posse ou na propriedade, em caso nenhum era licito empregar o meio da força, podendo recorrer á auctoridade publica.

No projecto primitivo pois havia coherencia e harmonia nas disposições a este respeito.

Que fez a commissão revisora? Emendou a doutrina dos artigos 578.º e 2561.º, nos termos em que hoje se encontra nos artigos 486.º e 2354.º, e conservou fielmente nos artigos 2367.º e 2370.º o disposto nos artigos 2641.º e 2644.º, deixando assim a destoar estas differentes disposições.

E note-se que a commissão revisora no primeiro trabalho apenas alterou a doutrina do projecto primitivo na parte relativa á posse, conservando-a tal qual no que dizia respeito á defeza da propriedade.

Na edição de 1863, em a nota ao artigo 566.º, correspondente ao artigo 578.º do projecto primitivo e ao artigo 486.º do codigo, lê-se o seguinte: «A materia d'este artigo foi votada por quesitos, e a actual redacção feita em conformidade com o vencido. *Cumpre porém notar que o artigo 2561.º do projecto foi approvado*».

A contradição, que se notou á commissão revisora, de ter modificado a doutrina do artigo 578.º do projecto nos termos em que hoje se encontra no codigo, e de ter conservado tal qual a doutrina do artigo 2561.º, obrigou-a a pôr em harmonia a doutrina dos dois artigos, e já na edição de 1864, artigo 2393.º, apparece modificada a redacção do artigo 2561.º do projecto, nos termos em que hoje se acha no artigo 2354.º do codigo.

O preceito pois do artigo 2561.º do projecto primitivo foi modificado na segunda revisão em harmonia com a alteração, feita na primeira, ao disposto no artigo 578.º Porém não se alterou igualmente a determinação dos artigos 2641.º e 2644.º, que passou intacta para os artigos 2367.º e 2370.º do codigo, e assim ficou subsistindo a desharmonia entre os differentes artigos.

Em vista d'esta antinomia de provisões qual deve prevalecer, sobre a defeza da posse e da propriedade, o disposto nos artigos 486.º e 2354.º, ou o disposto nos artigos 2367.º e 2370?

Deve prevalecer o disposto nos artigos 486.º e 2354.º, não só porque são esses os logares onde se trata *ex professo* do desforço nas questões de posse e de propriedade, mas porque em virtude das alterações a esse respeito feitas pela commissão revisora se mostra que ella não quiz admittir a doutrina do projecto primitivo, que não permittia o desforço pessoal contra as lesões na posse e na propriedade, quando fosse possivel ao aggredido recorrer á auctoridade publica.

Resolvida por esta fórma a antinomia que existe entre os artigos 486.º e 2354.º e os artigos 2367.º e 2370.º, ainda subsiste uma incoherencia de doutrina, que não tem outra desculpa senão o descuido da commissão revisora em harmonisar estas disposições; e vem a ser que para a defeza da *propriedade* ou da *posse* tem o lesado inteira liberdade de empregar a força ou de recorrer á auctoridade publica, e quando se trata da defeza da pessoa contra violencias que possam lesar os seus direitos primitivos, não póde repellir a força pela força senão quando lhe seja impossivel recorrer ás auctoridades competentes, vindo assim a ser mais favorecido o direito de posse e de propriedade do que o de liberdade e de personalidade.

Aceite a doutrina dos artigos 2367.º e 2370.º, o individuo que, podendo *fugir* a outro que pretende aggredi-lo com violencias pessoaes e ir queixar-se á auctoridade competente, resistir defendendo-se e repellindo a força pela força, é responsavel mesmo dentro dos limites da justa defeza pela reparação civil.

Felizmente que este preceito, tão contrario a todos os principios do direito penal como incompativel com as condições da organisação da natureza humana, só poderá ser applicavel nos raros casos de offensas pessoaes, em que não intervem a acção publica.

Nos factos criminosos em que a acção publica deve intervir, a indemnisação civil não póde ser judicialmente exigida, sem que o facto criminoso tenha sido verificado pelos meios competentes, artigo 2373.º, e o codigo penal, que o codigo civil não revogou em materia penal senão nos termos indicados em a nota ao artigo 3.º, não considera crimes os factos praticados em defeza propria, ainda que o aggredido podesse dispensar o uso da força e invocar o auxilio das auctoridades.

Art. 13.º Quem, em conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio.

É a velha regra de direito romano, e reconhecida na philosophia do direito *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

O individuo que, levantando as suas casas, tira a vista ás do visinho, não responde pelo prejuizo, se deixou o interstício marcado no artigo 2327.º do codigo.

Só ha lesão quando se violam *direitos*, e não quando se offendem *interesses.*

O artigo era escusado n'um livro de leis.

Art. 14.º Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses, deve, em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos.

Não sabemos a applicação que possa ter este artigo. Raras hypotheses apparecerão de direitos, que procurem interesses e que tendam a evitar prejuizos, em que se dê collisão sem haver providencia especial.

Alem de que no desenvolvimento actual da sciencia economica ha de ser difficil na maxima parte dos casos o extremar os direitos que tendem a procurar interesses dos que tendem a evitar prejuizos.

Art. 15.º Em concurso de direitos iguaes ou da mesma especie, devem os interessados ceder reciprocamente o ne-

cessario, para que esses direitos produzam o seu effeito, sem maior detrimento de uma que de outra parte.

É inutil o artigo, mas verdadeira a doutrina. Assim os crédores privilegiados, cujos creditos estão comprehendidos em o n.º 1.º do artigo 880.º, se não podérem ser pagos integralmente dos seus creditos, hão de sujeitar-se a rateio nos termos do artigo 1010.º, porque o seu direito é igual e da mesma especie.

Convem ainda assim observar que as expressões *direitos iguaes* ou *da mesma especie* só podem empregar-se com relação ao direito positivo.

Em direito philosophico são iguaes e da mesma especie todos os direitos, como filhos da mesma fonte, a rasão e a natureza humana.

Em direito positivo porém ha direitos de differentes especies, segundo o seu *objecto* merece mais ou menos favor. Assim os creditos mencionados em os differentes numeros do artigo 880.º não são iguaes, e pelo contrario são favorecidos segundo a ordem da sua numeração, artigo 1009.º

Art. 16.º Se as questões sobre direitos e obrigações não podérem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso.

Já a reforma judicial com rasão dispunha no artigo 1243.º que o silencio, obscuridade, ou falta de lei, não eram fundamentos para o juiz se recusar a julgar alguma causa.

Se os tribunaes, a pretexto de falta ou de obscuridade da lei, podessem subtrahir-se ao julgamento das questões, a cada passo seria interrompida a administração da justiça por meio de consultas de demorada solução especialmente n'um governo representativo, alem do inconveniente de deferir ao poder legislativo o julgamento das questões pendentes nos tribunaes.

As leis não podem prever todos os casos, nem seria conveniente redigir um artigo especial para cada hypothese. Se se consignasse um texto claro e preciso para applicar a cada especie, a legislação seria um cahos, e o resultado seria a iniquidade na maior parte das sentenças, e talvez a impossibilidade de administrar justiça.

Por isso na falta de lei positiva o juiz deve interrogar, como o codigo lhe recommenda, a lei natural, que é universal, e abrange todas as hypotheses e todos os casos.

O pensamento fundamental do artigo é condemnar o appêllo ao direito estrangeiro nos casos omissos da nossa legislação, evitando assim a desordem creada pelo direito anterior, que mandava recorrer ao direito romano, quando fosse conforme á boa rasão, e determinava para thermometro da boa rasão o estarem adoptadas as disposições d'aquelle direito nos codigos das nações cultas.

No projecto primitivo dizia-se expressamente, que era prohibido recorrer a qualquer legislação estrangeira, a não ser como em testemunho da equidade, que por aquelle projecto era o meio subsidiario em vez do direito natural.

É mais logico porém recorrer, nos casos omissos, ao direito natural, do que á equidade, que tem mais applicação no direito administrativo e commercial, do que na esphera do direito civil, onde os juizos são *stricti juris*.

No entretanto em qualquer dos casos ficámos, como não podia deixar de ser, dependentes do arbitrio dos juizes.

Approvámos o systema do codigo repellir o recurso, nos casos subsidiarios, á lei estrangeira, cujas disposições boas deviam aproveitar-se na codificação.

O codigo novo, que appella para outra collecção de leis, como subsidiaria, dá n'isso mesmo testemunho da sua imperfeição. O codificador não tem desculpa por deixar de consignar na sua obra as disposições já escriptas em livros conhecidos.

A intelligencia humana não póde alcançar e prever todas as hypotheses da vida social, que estão submettidas á acção juridica, mas póde e deve alcançar as provisões escriptas e conhecidas.

Não discutiremos a má redacção do artigo, com cuja essencia concordámos. Limitar-nos-hemos a averiguar o que significam as palavras *outras leis*.

Que *leis* são estas? São a nossa legislação anterior?

A duvida, se o artigo se referia ou não ás leis anteriores, e que era a maior, cortou-a no seu artigo 5.º a lei de 1 de julho de 1867, revogando toda a legislação anterior, que recaisse nas materias do codigo, quer essa legislação fosse geral, quer especial.

É ainda de notar que pelo artigo 6.º da referida lei toda a modificação, que se fizer sobre a materia contida no codigo civil, será considerada como fazendo parte d'elle, e inserida no logar proprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela suppressão de artigos inuteis ou pelo addicionamento dos que forem necessarios.

As palavras *outras leis* parecem designar quaesquer outras leis em vigor, alem das leis civis. Nas leis administrativas, fiscaes, commerciaes, etc., podem estar prevenidos casos analogos ao que é omisso na lei civil; e, como é obrigação do interprete respeitar a vontade do legislador, se este guardou silencio sobre uma hypothese na lei civil, vae procurar-se a manifestação d'essa vontade e do seu pensamento n'outra ordem de leis.

E o emprego das palavras *casos analogos* nos leva á conclusão de que o codigo na denominação *outras leis* se refere ás leis estranhas ao direito civil. Refere-se aos casos analogos e não ás leis, porque leis sobre direito civil só as póde haver na legislação civil; e as leis de outro genero não resolvem as especies de direito civil, mas resolvem casos, que podem ter analogia com hypotheses que se déem no direito civil.

Porém os casos analogos, previstos n'um capitulo de direito civil, servem tambem para reger especies omissas n'outro capitulo.

Assim o comproprietario de cousa indivisivel, que quizer vender a sua parte, deve regular-se no que respeita ao aviso ao consorte, que é obrigado a preferir nos termos do artigo 1566.º, pelo disposto no artigo 1678.º quanto á venda dos direitos emphyteuticos.

Talvez porém que os casos analogos previstos nas leis civis se achem implicitamente comprehendidos nas palavras *texto da lei, e espirito da lei*, e que as palavras *outras leis* se refiram exclusivamente ás leis estranhas ao direito civil.

Porém, ou as palavras *outras leis* abranjam, alem das leis estranhas á legislação civil, as disposições da mesma legislação que não regulam *directamente* a hypothese, ou nas palavras *texto e espirito da lei* haja referencia virtual aos casos analogos comprehendidos na mesma lei civil, o certo é que nos casos omissos sobre qualquer especie, que não

possam resolver-se nem pelo texto nem pelo espirito da lei, hão de consultar-se os casos analogos, previstos na legislação civil em materia onde se não regule *expressamente* a especie, e, na falta d'estes, os casos analogos, prevenidos n'outra lei, penal, commercial, administrativa, etc.; e no decurso do nosso trabalho apresentaremos muitos exemplos praticos de especies resolvidas por casos analogos, prevenidos no codigo e prevenidos em leis estranhas ao codigo.

E parece ser este tambem o pensamento do artigo 15.º do codigo de Sardenha, fonte do nosso, que diz assim: «Si une question ne peut être résolue ni par le texte, ni par l'esprit de la loi, on aura égard *aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à des lois analogues;* si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit en prenant en considération toutes les circonstances du fait».

A doutrina do artigo do nosso codigo, entendida em harmonia com a sua fonte, e com os bons principios juridicos, deve limitar-se, quanto aos casos analogos previstos em outras leis, aos casos previstos em outras leis *analogas;* porque um caso analogo previsto, por exemplo, n'uma lei commercial, poderá e deverá n'algumas circumstancias ser resolvido ás avessas da resolução, que teria em materia civil. É portanto mister averiguar, não só se o caso é analogo, mas se a lei que o regula, ou os principios que servem de fundamento a essa lei, são analogos aos que devem reger o caso omisso.

Os meios subsidiarios estabelecidos no artigo para a decisão das hypotheses em que não haja disposição de lei, constituem obrigação tão impreterivel, como a disposição expressa da lei. Se os juizes não respeitarem o espirito da lei, ou os casos analogos, ou os principios de direito natural, ha recurso para o supremo tribunal de justiça nos termos do artigo 1.º da lei de 19 de dezembro de 1843, como se fôra violada lei expressa, que não é mais obrigatoria do que as outras regras, prescriptas no artigo.

Art. 17.º Só os cidadãos portuguezes podem gosar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura.

Vid. os artigos 26.º, 30.º, e 1966.º, n.º 1.º Quando dizemos que os estrangeiros não gosam da plenitude dos direitos que a lei civil reconhece e assegura, referimo-nos aos estrangeiros não naturalisados, porque os naturalisados gosam de todos os direitos civis, como os cidadãos portuguezes de origem, e mesmo dos politicos, salvo o direito de serem deputados, ministros ou conselheiros d'estado.

O goso dos direitos civis é independente da qualidade de cidadão, a qual só se adquire e conserva em conformidade da lei constitucional: póde gosar-se dos direitos civis, sem ter os direitos politicos.

O hespanhol ou francez viajando ou residente em Portugal não gosa de direitos politicos, isto é, de certas vantagens com relação ao estado que permittem tomar parte nos negocios da governação, como votar e ser votado para os cargos publicos, porque é estranho á nossa sociedade politica.

Gosa porém dos direitos civis, como do direito do patrio poder, e do poder marital, de todos os direitos de familia, do direito de dispor de seus bens, e de adquirir por disposição de ultima vontade, ou por acto entre vivos; porque estes direitos dependem da qualidade de homem e não da de cidadão.

Os direitos civis provém exclusivamente da natureza humana, devendo por esse simples facto ser protegidos pela lei civil.

Os direitos politicos dependem já do facto de ser membro da sociedade politica. Pela nossa lei os estrangeiros, que aliás podem ser testemunhas em processo de qualquer ordem e natureza, artigo 2509.º, apenas são privados de serem testemunhas instrumentarias em actos entre vivos, ou por morte, artigo 1966.º, n.º 1.º e 2492.º, salvo nos testamentos feitos em conformidade da lei portugueza pelos nossos consules ou vice-consules, nos termos do disposto no artigo 1962.º, vistoque, n'este caso, difficil seria aos agentes consulares o reunir o numero de testemunhas nacionaes necessario para a legalidade do testamento.

Portanto os estrangeiros gosam entre nós de todos os direitos civis, como os cidadãos portuguezes, sem outra restricção alem da exclusão do direito de serem testemunhas instrumentarias.

O legislador quiz ser escrupuloso na escolha das testemunhas que deviam legalisar os actos instrumentarios, e por isso excluiu as mulheres e os estrangeiros.

O codigo reproduz a doutrina do artigo 17.º no artigo 26.º, que é o seu verdadeiro commentario, e que bem dispensava a provisão contida n'aquelle artigo.

O certo é que os estrangeiros gosam em Portugal dos mesmos direitos civis, que os cidadãos portuguezes, *excepto nos casos em que a lei expressamente determina o contrario;* e caso de restricção não vemos outro senão na disposição que os exclue de testemunhas instrumentarias. *Se existir tratado ou convenção especial, que determine e regule de outra fórma os seus direitos civis,* artigo 26.º, *e meios de os realisar,* artigo 30.º, ha de respeitar-se essa convenção, que não póde ser revogada senão por accordo de ambas as partes.

TITULO II

DE COMO SE ADQUIRE A QUALIDADE DE CIDADÃO PORTUGUEZ

Art. 18.º São cidadãos portuguezes:

1.º Os que nascem no reino, de pae e mãe portuguezes, ou só de mãe portugueza sendo filhos illegitimos;

2.º Os que nascem no reino, de pae estrangeiro, comtanto que não resida por serviço da sua nação, salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portuguezes;

3.º Os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, ou os filhos illegitimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no reino, ou declararem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguezes;

4.º Os que nascem no reino, de paes incognitos, ou de nacionalidade desconhecida;

5.º Os estrangeiros naturalisados, seja qual for a sua religião;

6.º A mulher estrangeira, que casa com cidadão portuguez.

§ 1.º A declaração exigida no n.º 2.º será feita perante a municipalidade do logar em que o declarante tiver residido; e a exigida no n.º 3.º, perante os respectivos agentes consulares portuguezes, ou perante a competente auctoridade estrangeira.

§ 2.º O menor, chegando á maioridade ou sendo emancipado, poderá, por meio de nova declaração, feita perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio, reclamar a declaração que, durante a sua menoridade, houver sido feita por seu pae ou tutor, nos termos do n.º 2.º

(Vid. artigo 23.º) Não discutimos a constitucionalidade d'este e de alguns artigos que se seguem, que modificaram o disposto no titulo 2.º da Carta, que é isso alheio ao nosso intuito, nem julgâmos constitucional a materia relativa á acquisição da qualidade de cidadão.

A qualidade de cidadão portuguez adquire-se: 1.º, pelo *nascimento* em territorio portuguez; 2.º, pela relação de *sangue*; 3.º, por um acto legal.

Pelo *nascimento* em territorio portuguez são cidadãos portuguezes todos os que nascem no reino, n.ºs 1.º, 2.º e 4.º, qualquer que seja a nacionalidade do pae, com a unica differença de que os filhos de pae estrangeiro podem recusar a qualidade que a lei portugueza lhes dá em virtude do nascimento.

A carta constitucional não reconhecia esta modificação. O nascimento no reino dava a qualidade de cidadão portuguez, sem que ao filho de estrangeiro se reconhecesse o direito de declarar que não queria ser cidadão portuguez, o que deu logar a graves complicações, quando se verificava a hypothese de o individuo ser ao mesmo tempo cidadão de dois paizes, como succedia com o filho de francez, nascido em territorio portuguez, poisque o codigo civil de França no artigo 10.º declara francez o filho de francez, nascido em territorio estrangeiro. E a doutrina da carta a este respeito nunca foi fielmente observada, como se mostra do decreto de 5 de abril de 1848, convenção com o Brazil de 4 de abril de 1863, e portarias de 20 de fevereiro de 1862 e 14 de julho de 1866, sem embargo do declarado na portaria de 24 de março de 1847.

Não é verdadeiramente excepção a esta regra o considerarem-se estrangeiros os nascidos em territorio portuguez de pae estrangeiro, que reside aqui ao serviço da sua nação, porque uma ficção juridica, reconhecida em direito das gentes, faz presumir sempre em *territorio* da nação, que representam, os empregados em territorio estrangeiro ao serviço do seu paiz: gosam do direito de *exterritorialidade*. No numero 2.º do artigo comprehendem-se os illegitimos, nascidos em Portugal de mãe estrangeira.

Pelo *sangue* adquirem a qualidade de cidadão portuguez os nascidos no estrangeiro, de pae portuguez, e os illegitimos de mãe portugueza; mas esta acquisição é dependente de uma de duas condições, ou de virem estabelecer domicilio no reino, ou de declararem que uerem ser cidadãos portuguezes.

A carta constitucional declara portuguezes os filhos de pae portuguez, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do reino, embora não viessem estabelecer domicilio no paiz. Porém o artigo não comprehende esta modificação, que aliás se achava no projecto primitivo do sr. Seabra.

No entretanto julgâmos que continua em vigor a doutrina da carta, não só porque a omissão da lei posterior não importa a revogação de disposição expressa da lei anterior, mas por analogia até certo ponto com o disposto em o n.º 2.º com relação ao que nasce no reino de pae estrangeiro, que reside aqui por serviço da sua nação, e finalmente porque, segundo os principios de direito internacional, os representantes de um governo, que exercem as suas funcções em territorio estrangeiro, gosam ahi do direito de exterritorialidade.

Portanto os que adquirem a qualidade de cidadão portuguez pelo facto do *nascimento* carecem de uma declaração para *deixarem* de o ser; são cidadãos portuguezes *ipso facto*: os que adquirem essa qualidade pelo *sangue* carecem de uma declaração ou de um facto para o *serem*; ficam dependentes de uma condição.

O projecto da commissão revisora, apresentado pelo governo ás côrtes, como proposta de lei, consignava a doutrina exactamente opposta, extrahida do projecto do codigo civil hespanhol, artigo 23.º

Partindo do principio, reconhecido por alguns escriptores, de que o filho deve seguir a condição do pae, estabelecia que o filho de estrangeiro, nascido em Portugal, era estrangeiro emquanto não declarasse o contrario, e que o filho de portuguez, nascido no estrangeiro, era portuguez, emquanto não declarasse o contrario.

Por este systema predominava o elemento das relações do sangue sobre as condições do nascimento, ao passo que pelo systema do codigo, introduzido pela commissão de legislação da camara dos deputados, prevalece o logar do nascimento sobre as relações de paternidade. A commissão de legislação da camara dos deputados alterou assim o systema da commissão revisora por lhe parecer que elle contrariava abertamente a doutrina da carta.

Os filhos de pae portuguez, nascidos no estrangeiro, ainda que o pae tivesse perdido a qualidade de cidadão portuguez pela sua expulsão do reino nos termos do n.º 3.º do artigo 22.º d'este codigo, do artigo 36.º do codigo penal, e do artigo 8.º e § 3.º da carta constitucional, gosam dos direitos que teriam se o pae não tivesse perdido a qualidade de cidadão.

Esta doutrina é rasoavel, e auctorisada com o exemplo de outros codigos. Se nós considerâmos como cidadão portuguez o filho de estrangeiro nascido no nosso territorio, não deviamos tratar com menos favor o filho de portuguez nascido em paiz estrangeiro, ainda que o pae tivesse perdido a qualidade de cidadão portuguez. O sangue portuguez circula nas suas veias; não deve ser completamente victima dos crimes ou dos erros do pae, antes deve ser admittido a repara-los.

A carta constitucional não concedia os fóros de cidadão portuguez aos filhos de pae portuguez banido por sentença, que nascessem em territorio estrangeiro, e o projecto primitivo era omisso a este respeito.

Quanto aos filhos illegitimos de mãe portugueza, ou nascidos em territorio estrangeiro, ou nos nossos dominios, deve entender-se o artigo do codigo nos seus n.ºs 1.º e 3.º só para a hypothese de não haverem sido perfilhados pelo pae.

Se nasceram em territorio estrangeiro, e foram perfilhados por pae estrangeiro, são estrangeiros, visto terem-se verificado conjunctamente

os dois requisitos de terem nascido de pae estrangeiro, e em territorio estrangeiro.

Pela mesma rasão por que são cidadãos portuguezes nos termos do n.º 3.º do artigo os filhos de pae portuguez nascidos em territorio estrangeiro, ou sejam legitimos, legitimados, ou perfilhados (porque o codigo não distingue, e o projecto primitivo comprehendia expressamente as tres especies), hão de ser considerados estrangeiros os filhos perfilhados de pae estrangeiro, nascidos em territorio estrangeiro, ainda que a mãe seja portugueza.

Se porém os illegitimos de mãe portugueza, nascidos em territorio portuguez, forem perfilhados por estrangeiro, são cidadãos portuguezes, mas nos termos do n.º 2.º, e não nos termos do n.º 1.º do artigo, isto é, podem eximir-se das respectivas obrigações impostas pela lei portugueza, renunciando á qualidade de cidadão portuguez.

E esta doutrina procede ainda que a perfilhação não seja espontanea, mas judicialmente decretada, e que portanto o estrangeiro fique privado do patrio poder sobre o filho perfilhado nos termos dos artigos 166.º e 167.º, porque o direito do patrio poder nada tem com as condições da acquisição da qualidade de cidadão.

Os illegitimos de mãe portugueza nascidos em territorio estrangeiro só são considerados cidadãos portuguezes, tendo obtido a perfilhação nos termos dos artigos 122.º a 133.º do codigo. A maternidade não é legalmente reconhecida, senão nos termos ali prescriptos, sem se distinguir se as condições exigidas para a procedencia da acção de maternidade nos artigos 130.º a 133.º têem logar só para os effeitos civis, ou tambem para os effeitos politicos, isto é, para o fim de adquirir a qualidade de cidadão portuguez.

No entretanto seria para desejar que no regulamento do artigo 18.º do codigo se declarasse que, para os effeitos politicos, a acção de investigação de maternidade não estava sujeita ás rigorosas condições para a mesma acção prescriptas nos artigos 130.º a 133.º do codigo, até para se não ir de encontro ao § 2.º do artigo 7.º da carta constitucional, promulgada n'uma epocha, em que o direito de provar a maternidade illegitima era amplissimo.

E que differença ha entre os direitos dos cidadãos portuguezes, comprehendidos em o n.º 1.º do artigo, e os dos comprehendidos em o n.º 2.º? É que os primeiros não podem renunciar á qualidade de cidadãos portuguezes, nem sequer sairem do reino, sem guardarem os regulamentos administrativos, e salvo prejuizo de terceiro, carta constitucional, artigo 145.º n.º 5.

Assim a nenhum mancebo, desde a idade de quatorze a vinte e um annos completos, se dará passaporte para paiz estrangeiro sem que dê fiança de como, sendo chamado ao serviço militar, se apresentará ou se fará substituir, artigo 11.º da lei de 4 de junho de 1859.

Os segundos podem sair livremente, sem sujeição ao estatuto pessoal do nosso paiz, declarando expressamente a sua renuncia á qualidade de cidadão portuguez.

E que differença ha entre os comprehendidos em o n.º 3.º e os comprehendidos em o n.º 5.º? A mesma que entre a *declaração de naturalidade* e a *carta de naturalisação*. A declaração de naturalidade ou o estabelecimento do domicilio em Portugal nos termos do n.º 3.º não confere verdadeiramente a qualidade de cidadão, a qual já era preexistente, e que apenas dependia d'aquella condição para ser legalmente reconhecida, de modo que os direitos tanto civis como politicos dos cidadãos portuguezes nos termos do n.º 3.º ficam sendo, desde o adimplemento da condição, inteiramente iguaes aos dos comprehendidos em o n.º 1.º

N'este caso contenta-se o codigo com a declaração do individuo de que quer ser cidadão portuguez, expressa, ou tacita, deduzida do facto de vir estabelecer domicilio no reino. Esta declaração não está sujeita a restricção alguma, nem póde ser embargada por nenhum dos poderes do estado.

A carta de naturalisação não póde obter-se sem se preencherem as condições prescriptas nos artigos 19.º e 20.º, e ainda assim fica dependente a sua concessão do arbitrio do poder executivo; *confere* a qualidade de cidadão; não produz effeitos, senão desde o registo legal, artigo 21.º; e os cidadãos portuguezes por naturalisação nunca ficam inteiramente igualados aos cidadãos por nascimento ou declaração de naturalidade, porque não podem ser deputados, ministros, nem conselheiros d'estado, carta constitucional, artigos 68.º § 2.º, 106.º e 108.º

A *declaração* de rehabilitação nos termos do n.º 1.º do artigo 22.º, e a *carta* de rehabilitação nos termos do n.º 2.º do mesmo artigo assimelham-se á declaração de naturalidade, emquanto conferem ao rehabilitado todos os direitos civis e politicos, sem distincção alguma, que competem aos cidadãos de origem, e assimelham-se ás cartas de naturalisação, emquanto que só produzem os seus effeitos desde o dia da rehabilitação, artigo 23.º

E a declaração de naturalidade nos termos do n.º 3.º do artigo 18.º produz os seus effeitos só desde que é legalmente reconhecida, ou retrotrahem-se os seus effeitos á epocha do nascimento?

Como n'este caso o goso das vantagens de cidadão portuguez depende do facto da declaração do interessado, não podem os effeitos da declaração começar antes de se ter verificado a condição, e deve a este respeito observar-se o disposto para casos analogos nos artigos 21.º e 23.º

Por um *acto legal* adquirem a qualidade de cidadãos portuguezes: 1.º, os estrangeiros naturalisados depois de obtida a carta de naturalisação, nos termos dos artigos 19.º a 21.º; 2.º, a mulher estrangeira, que casa com portuguez, pela regra de que a mulher segue a condição do marido.

A commissão revisora com pouca rasão introduziu em o n.º 5.º sobre proposta do sr. Marreca, as palavras «seja qual for a sua religião», que se não encontravam no projecto primitivo, porque hoje, e especialmente com o systema da ultima revisão do projecto, ninguem duvida de que a religião nada influe na acquisição dos direitos de cidadão portuguez.

Os §§ 1.º e 2.º carecem de regulamento.

É indispensavel determinar nos regulamentos, como determina a lei franceza, o praso dentro do qual, a contar da maioridade ou da emancipação, se deve fazer a declaração marcada em os n.ºs 2.º e 3.º

Do contrario podem os cidadãos comprehendidos em o n.º 2.º aproveitar-se de todas as vantagens, que a lei portugueza lhes confere n'esta qualidade, e declararem que não querem ser cidadãos portuguezes, só quando forem chamados aos encargos mais onerosos do estado.

Do mesmo modo os comprehendidos em o n.º 3.º podem reservar-se para fazer aquella declaração só quando lhes seja absolutamente necessario recolherem-se a territorio portuguez, e até quando pelos seus actos se tenham tornado pouco dignos de pertencerem á nossa sociedade politica.

E a idade exigida para a emancipação ou maioridade n'estes casos ha de ser a determinada na lei portugueza? O codigo com relação á carta de naturalisação providenciou no artigo 19.º, mas a res-

peito da declaração de naturalidade é omisso. Lê-se porém o seguinte na acta das sessões da commissão revisora de 17 de outubro de 1864: «Resolveu a commissão revisora consignar no codigo a legislação, pela qual ha de ser regulada a maioridade ou emancipação dos declarantes, decidindo que essa legislação fosse a do paiz do declarante».

Porém esta deliberação, alem de não ser inserta no codigo, não resolveu a duvida, que ainda subsistia a respeito de qual é o paiz do declarante nos casos dos n.os 2.º e 3.º do artigo.

Na omissão do codigo pois devemos regular-nos pelo caso analogo, decidido no artigo 19.º, exigindo assim a condição de serem maiores ou havidos por maiores os declarantes, em conformidade da lei portugueza, e da do paiz onde nasceram, ou d'onde era natural o pae, ou a mãe do illegitimo não perfilhado por pae portuguez.

É muito rasoavel permittir ao interessado a reclamação da declaração feita pelo pae ou tutor, porque a questão de ser cidadão de um ou de outro paiz é negocio de affeição pessoal, que só póde ser perfeitamente decidido pelo proprio interessado.

O codigo não regula a hypothese do nascimento no mar, que não pertence a nenhum paiz, porque segundo o direito internacional regula n'este caso a nacionalidade da bandeira.

Art. 19.º Podem ser naturalisados os estrangeiros, que forem maiores ou havidos por maiores, em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza:

1.º Tendo capacidade para grangearem salario pelo seu trabalho, ou outros recursos para subsistirem;

2.º Tendo residido um anno, pelo menos, em territorio portuguez.

§ unico. Podem comtudo ser naturalisados, sem dependencia da clausula do n.º 2.º, os estrangeiros descendentes de sangue portuguez por linha masculina ou feminina, que vierem domiciliar-se no reino.

Art. 20.º O governo póde dispensar todo ou parte do tempo de residencia, exigida no n.º 2.º do artigo antecedente, ao estrangeiro casado com mulher portugueza, e áquelle que tenha feito, ou seja chamado para fazer á nação, algum serviço relevante.

Art. 21.º As cartas de naturalisação só produzirão o seu effeito, depois que forem registadas no archivo da camara municipal do concelho, onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio.

O codigo com rasão exige, como primeira condição para a naturalisação, a maioridade, vistoque o naturalisado pratica um facto da maxima importancia, qual é desligar-se das suas relações naturaes com a mãe patria, para entrar em novas relações juridicas.

O projecto primitivo exigia apenas a maioridade nos termos da lei portugueza; mas a commissão revisora com rasão acrescentou o preceito de que fosse tambem havido por maior nos termos das leis do seu paiz, vistoque a capacidade juridica é sempre regida pelas leis da nacionalidade do individuo.

O projecto primitivo exigia alem d'isso os requisitos seguintes: 1.º, *meios de subsistencia;* 2.º, *residencia* de dois annos.

A commissão revisora, sob proposta do sr. Marreca, modificou a dureza d'aquelles artigos nos termos em que elles se acham redigidos no codigo.

Porém a nós nem a doutrina da commissão nos agrada.

Dispensariamos ambos estes requisitos. Desde que o estrangeiro, maior nos termos das leis do seu paiz, entrasse em territorio portuguez, e revelasse o seu desejo de ser portuguez, julgariamos satisfeitas todas as condições necessarias para a naturalisação.

É injustificavel exigir meios de subsistencia, ou capacidade de os adquirir, ao estrangeiro que aspira a ser cidadão portuguez, para o investir d'esse direito.

Antigamente carecia o estrangeiro de dar provas de amor pelo paiz, onde queria naturalisar-se, para evitar o perigo das conspirações. Essas rasões cessaram.

Alem d'isso as restricções do projecto só prejudicam o nosso paiz. Os estrangeiros, como estrangeiros, gosam de todos os direitos civis, salva a excepção mencionada em a nota ao artigo 17.º, sem participarem dos grandes encargos que pesam sobre os cidadãos portuguezes; e a naturalisação, que não é precisa para o exercicio dos direitos civis, ao passo que os habilita para gosarem dos direitos politicos, sujeita-os tambem aos encargos, que oneram os naturaes.

O estrangeiro não naturalisado póde casar-se e entrar em qualquer especie de contrato, e tem a testamentifacção activa e passiva, mas não é sujeito ao onus de jurado, de cabo de policia ou de regedor, etc., sem se naturalisar.

O § unico do artigo 19.º foi dictado principalmente pelo estado das nossas relações com o Brazil, que foi colonia portugueza, habitado por individuos que têem a mesma origem, religião, costumes e idioma, que os residentes na mãe patria; e têem por fim facilitar aos irmãos pelo sangue o ingresso no seio da patria originaria, para ahi gosarem dos mesmos direitos e considerações civis.

A auctoridade competente para conceder as cartas de naturalisação é o governo, pela secretaria d'estado dos negocios do reino, doutrina esta que se achava no projecto primitivo, e que a commissão revisora supprimiu, talvez por ser regulamentar.

Pelo decreto de 22 de outubro de 1836, o estrangeiro que obtinha a carta de naturalisação devia prestar perante a respectiva municipalidade juramento de fidelidade ao rei e á lei fundamental do estado. No projecto primitivo conservava o sr. Seabra a mesma disposição, que a commissão revisora eliminou provavelmente por ser materia de regulamento. Porém aquelle decreto continua em vigor na parte que não se oppozer ás disposições do codigo.

TITULO III

DE COMO SE PERDE A QUALIDADE DE CIDADÃO PORTUGUEZ

Art. 22.º Perde a qualidade de cidadão portuguez:

1.º O que se naturalisa em paiz estrangeiro; póde porém recuperar essa qualidade, regressando ao reino com animo de domiciliar-se n'elle, e declarando-o assim perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio;

2.º O que sem licença do governo aceita funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro; póde comtudo rehabilitar-se por graça especial do governo;

3.º O expulso por sentença, emquanto durarem os effeitos d'esta;

4.º A mulher portugueza que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalisada pela lei do paiz de seu marido. Dissolvido porém o matrimonio, póde recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º d'este artigo.

§ 1.º A naturalisação em paiz estrangeiro, de portuguez casado com portugueza, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez, em relação á mulher, salvo se ella declarar, que quer seguir a nacionalidade de seu marido.

§ 2.º Da mesma fórma, a naturalisação, em paiz estrangeiro, de portuguez, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalisação; salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação, declararem, que querem seguir a nacionalidade de seu pae.

Tanto os naturaes como os naturalisados podem perder a qualidade de cidadãos portuguezes: 1.º, pela renuncia *expressa;* 2.º, pela renuncia *tacita;* 3.º pela *disposição da lei.* Pela renuncia *expressa* perde os direitos de cidadão o que se naturalisar em paiz estrangeiro. Ninguem póde ter duas patrias, nem estar sujeito a dois governos.

O codigo concede porém a rehabilitação, que a carta não permittia, e amplia o favor a ponto de a não deixar dependente do arbitrio de auctoridade alguma, mas simplesmente do regresso ao reino com intenção de domiciliar-se n'elle, e da declaração respectiva, feita perante a municipalidade do logar que o individuo escolhe para seu domicilio.

Este additamento do codigo á doutrina da carta é liberal e justo.

E se o cidadão portuguez se naturalisar estrangeiro para escapar ao serviço militar, vistoque o artigo 7.º da lei de 27 de julho de 1855 exclue d'elle os estrangeiros?

Não deve nem póde ser chamado ao exercito, mas é obrigado a pagar o preço da remissão a titulo de indemnisação, vistoque não podia sair do paiz, e muito menos deixar de fazer parte da nossa sociedade politica, senão guardados os regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro, carta constitucional, artigo 145.º n.º 5.º Para haver porém esta indemnisação é indispensavel seguir os meios ordinarios, vistoque o processo especial fundado nas leis do recrutamento é baseado na autuação feita aos refractarios, a qual não póde existir n'este caso, e não póde haver execução sem sentença, ou documento de igual força.

Pela renuncia *tacita* perde a qualidade de cidadão o que, sem licença do governo do seu paiz, aceita funcções publicas, pensão ou graça de governo estrangeiro.

N'este caso o codigo permitte a rehabilitação, que a carta não garantia, mas deixa-a dependente de graça especial do governo. O codigo acrescenta a palavra *graça,* que na carta se não encontra, e que se poderia julgar comprehendida nas palavras *pensão* ou *condecoração.* No projecto primitivo comprehendia-se, entre estas causas, a aceitação de *serviço,* o que foi bem eliminado pela commissão revisora, porque podia dar logar á duvida se tambem carecia de licença do governo, para não perder os direitos de cidadão, o individuo que aceitasse serviço particular, o engenheiro por exemplo, que aceitasse de governo estrangeiro o serviço da construcção d'um caminho de ferro, da abertura d'um canal, etc.

Assim fica o individuo inhibido de aceitar de governo estrangeiro, sem licença, actos de distincção nacional, mas não de contratar emprezas ou serviços particulares.

Tanto a naturalisação em paiz estrangeiro como a acceitação de graça ou emprego de governo estrangeiro, sem licença do governo do respectivo paiz, fazem perder a qualidade de cidadão, porque repugna com a natureza das cousas o estar sujeito omnimoda e simultaneamente a dois governos, e em ambos os casos se contrahem com outro governo empenhos e obrigações incompativeis com a subordinação e fidelidade devidas ao do respectivo paiz.

Porém estes inconvenientes cessam com relação á acceitação de emprego ou graça, se se obteve licença do governo, porque no facto da auctorisação se reconhece a sua soberania, e se aceitam as consequencias da revogação.

O codigo, em harmonia com os bons principios, não considera tão grave o facto da naturalisação em paiz estrangeiro, como a acceitação de emprego ou graça de governo estrangeiro sem licença do seu. No primeiro caso póde haver unicamente intuitos ou motivos inoffensivos de interesse particular, como um estabelecimento commercial ou industrial; e no segundo vae incluido o proposito claro e directo de servir o novo governo contra qualquer outro, inclusive contra o da sua antiga patria.

Por isso no primeiro caso se exige simplesmente o regresso com animo de domicilio, e declaração de que se pretende rehaver a qualidade de cidadão; quando no segundo é indispensavel graça especial do governo para a rehabilitação.

Ainda assim ha mais rigor com o que, tendo-se naturalisado em paiz estrangeiro, pretende recuperar a qualidade de cidadão portuquez, do que com os filhos de pae portuguez, bem que expulso do reino, e com os illegitimos de mãe portugueza, que querem ser cidadãos portuguezes.

Estes, para terem os fóros de cidadão portuguez, basta que satisfaçam a uma de duas condições; ou que venham domiciliar-se no reino, ou que declarem a sua vontade de serem portuguezes, ainda que continuem a viver em paiz estrangeiro, artigo 18.º n.º 3.º

Porém os que depois de se naturalisarem em paiz estrangeiro pretendem recuperar essa qualidade, hão de satisfazer, para rehave-la, áquellas duas condições simultaneamente.

A distincção é justa. O individuo que renunciou á sua qualidade de cidadão, portuguez, para demandar nova patria, por mais inoffensivos e justos que fossem os motivos, não deveria ser admittido ao goso dos antigos fóros e prerogativas, sem manifestar o seu amor ou adhesão ao paiz, por palavras e por obras. O simples regresso sem a declaração de pretender recuperar a qualidade de cidadão portuguez, não importava a reclamação da nova patria, que em termos expressos tinha trocado por outra.

A simples declaração de querer rehaver a qualidade de cidadão portuguez, sem o regresso com animo de domicilio depois da referida naturalisação, poderia significar apenas o desejo de se habilitar a gosar das vantagens que a nossa lei concede ao cidadão portuguez, subtrahindo-se todavia aos respectivos encargos pela continuação da residencia em paiz estrangeiro.

Pela *disposição da lei* perde a qualidade de cidadão portuguez o que foi *expulso* por sentença emquanto durarem os seus effeitos, isto é, emquanto não cumpre a pena, se ella é temporaria, codigo penal artigo 36.º, ou não é perdoado nos termos do artigo 121.º do mesmo codigo.

É logica a perda da qualidade de cidadão n'este caso, vistoque o condemnado é obrigado a sair do reino com inhibição de n'elle tornar a entrar, perde os direitos politicos, e os seus bens são regidos como os dos ausentes, codigo penal, artigos 36.º e 55.º

A nossa legislação penal reconhece tambem as penas de degredo e de desterro, mas ambas essas são cumpridas em territorio portuguez, citado codigo, artigos 35.º e 39.º

A carta constitucional fallava dos *banidos* por sentença, disposição que o projecto primitivo do codigo ainda reproduzia, e que com rasão foi substituida pela commissão revisora, porque hoje não ha *banidos* nos termos da ordenação livro 5.º, tit. 126.º, que ainda estava em vigor ao tempo da promulgação da carta.

A commissão revisora, entre os casos que fazem perder a qualidade de cidadão portuguez, introduziu o seguinte: «O que, estando com licença do governo ao serviço de potencia estrangeira, continua n'elle depois d'esta potencia ter declarado guerra a Portugal ou aos seus alliados».

E n'este caso não permittia a rehabilitação.

Na commissão de legislação da camara dos deputados supprimiu-se esta disposição, vistoque, nos termos do artigo 147.º do codigo penal, é condemnado a *expulsão perpetua* o portuguez que, estando antes da declaração da guerra ao serviço da nação inimiga, com auctorisação, ou *sem auctorisação* do governo, continuar a servir a mesma nação, depois de declarada a guerra. Alem de que esta hypothese podia julgar-se comprehendida em o n.º 2.º E seria de uma *deroção* de alliança injustificavel o ampliar a pena ao caso da nação estrangeira declarar a guerra, não a Portugal mas aos seus alliados.

Pela *disposição da lei* perde tambem a qualidade de cidadão portuguez a mulher que casa com estrangeiro, pela regra de que a mulher segue a condição do marido, salva a hypothese de não ser naturalisada pela lei do paiz do seu marido, porque então não ha de ficar, para assim dizer, *sem patria*.

Dissolvido o matrimonio, ou pela morte ou pela annullação ou por separação judicial de pessoas, cessa a causa, e por isso deve cessar o effeito; a mulher recupera então a qualidade de cidadão portuguez, satisfazendo ao disposto em o n.º 1.º do artigo.

A doutrina dos dois §§, que se não achava no projecto primitivo, que foi introduzida pela commissão revisora, e a que se deu a redacção actual na commissão de legislação da camara dos deputados, é eminentemente rasoavel.

A perda da qualidade de cidadão portuguez não deve abranger a mulher e filhos pelo simples facto do marido e do pae. Seria levar muito longe a posição do pae de familia; e assim como o pae por simples facto seu não póde tirar á mulher e filhos os direitos de familia, não deve poder tirar-lhes tambem os direitos de cidadão.

Art. 23.º As pessoas, que recuperarem a qualidade de cidadãos portuguezes, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se d'este direito desde o dia da sua rehabilitação.

(Vide nota ao artigo 18.º)

TITULO IV

DOS CIDADÃOS PORTUGUEZES EM PAIZ ESTRANGEIRO

Art. 24.º Os portuguezes, que viajam ou residem em paiz estrangeiro, conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado e á sua propriedade immobiliaria situada no reino, emquanto aos actos que houverem de produzir n'elle os seus effeitos: a fórma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do paiz, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

(Vid. artigos 27.º, 964.º, 1066.º, 1106.º, 1107.º, 1202.º, 1961.º, 1962.º, 1965.º, 2430.º e 2479.º) É necessario analysar conjunctamente os artigos a que se faz referencia n'este logar para deduzir e estabelecer com methodo os principios geraes que resultam das suas disposições.

O direito deve ser estudado nos tres elementos que o compõem: *pessoas, cousas* e *actos* juridicos.

Nas pessoas ha que considerar o *estado* e a *capacidade civil* (artigo 27.º). O *estado* é a posição juridica dos cidadãos na sociedade; é a qualidade a que são inherentes certos direitos, e de que resulta tambem a capacidade, como o estado de legitimado, de perfilhado, de maior, de menor, etc. A *capacidade civil* é o poder de praticar certos actos, como a faculdade de testar, etc.

Chamam-se *pessoaes* as leis que regulam o estado e a capacidade civil, porque seguem e acompanham a pessoa por toda a parte. É a doutrina consignada n'este e nos artigos 27.º, 1065.º, 1066.º e outros, seguida pelos tratadistas de direito civil e pelos escriptores de direito internacional; e é rasoavel.

O desenvolvimento do individuo não se opéra com a mesma rapidez em toda a parte. Está elle sujeito a muitas condições, especialmente ás do clima, e ás do systema de educação popular e politica de cada paiz.

Por isso só o governo da nação respectiva póde regular convenientemente a epocha e as condições da capacidade civil, e determinar o estado do individuo em harmonia com a constituição politica do territorio.

Por isso o individuo que em Portugal é maior pelo casamento aos dezoito annos, sendo varão, e aos dezeseis sendo femea, considera-se, casando antes d'esta idade, no *estado* de menor em qualquer nação estrangeira, onde o simples facto do casamento, qualquer que seja a idade, emancipa ou torna maior, se essa nação tiver nas suas leis o preceito estabelecido no artigo 27.º do nosso codigo.

Do mesmo modo o estrangeiro que, nos termos da lei do seu paiz, se reputa maior pelo casamento em qualquer idade, é considerado em Portugal como maior, ainda que não tenha dezoito annos, sendo

varão, ou dezeseis sendo femea. O mesmo dizemos a respeito da capacidade civil. O portuguez póde testar de quatorze annos, artigo 1764.º n.º 3.º, e testando d'esta idade, vale o seu testamento ainda a respeito de bens sitos em territorio estrangeiro, onde a faculdade de testar só seja permittida aos dezoito annos, por exemplo.

Pela mesma rasão o estrangeiro que só tem faculdade de testar aos dezoito annos, não dispõe validamente de bens, ainda sitos em territorio portuguez, se fez o seu testamento antes de completa esta idade.

É corollario dos principios expostos o disposto nos artigos 1065.º e 1066.º É nullo o casamento feito em paiz estrangeiro entre portuguezes ou entre portuguezes e estrangeiros, se não foram observadas, com relação ao conjuge portuguez, as disposições da lei portugueza, quanto á idade, ao matrimonio anterior subsistente, ao consentimento dos seus superiores, aos impedimentos, etc. Todas estas disposições são leis *pessoaes*, que seguem o portuguez em paiz estrangeiro, e que não respeitam em caso algum á pessoa com quem elle contrahe o matrimonio. Porém isto não significa que em Portugal se julgue valido o casamento em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeiro, pelo simples facto de se terem observado as leis portuguezas com relação ao conjuge portuguez, se não se observaram quanto *ao acto* as do paiz onde elle foi celebrado, e quanto ao outro conjuge as do paiz da sua nacionalidade. Assim é valido em Portugal o casamento em paiz estrangeiro entre portugueza e estrangeiro menor de quatorze annos e maior de doze, se pela lei do paiz do marido os varões podiam casar aos doze annos, mas não será valido se elle tiver menos d'esta idade.

Em Portugal póde casar o estrangeiro n'uma idade em que não é permittido o casamento pela lei portugueza, se o for pela lei do seu paiz? De certo, porque o estatuto pessoal acompanha o individuo por toda a parte.

O portuguez que contrahir matrimonio em paiz estrangeiro *deve publica-lo no reino*, segundo determina o artigo 1202.º em conformidade da lei, que é o artigo 2479.º, cuja fonte é o artigo 171.º do codigo civil francez. A publicação consiste em fazer lançar, dentro de tres mezes, desde que venha ao reino, o assento do seu casamento no registo civil do logar onde se domiciliar ou estiver domiciliado, apresentando ao official do registo documento *authentico*, pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado.

Se o acto do casamento não estiver sujeito a registo authentico e regular no paiz onde foi celebrado, póde provar-se *por qualquer meio de prova*, diz o artigo 1085.º, mas não póde lançar-se no registo civil do domicilio do casado, nem *publicar-se* no reino, segundo a phrase do artigo 1202.º, senão em vista de documento *authentico*, em harmonia com o disposto no artigo 2479.º

Por isso o casado, não podendo provar o casamento por acto authentico para o fazer lançar no registo civil, terá que proceder a justificação judicial, cujo instrumento é documento authentico para conseguir o registo pelo official competente.

E qual é a pena imposta aos conjuges que casaram em paiz estrangeiro, e que não publicaram o casamento no reino, nos termos do artigo 2479.º? Cremos que unicamente a de não poderem reclamar um contra os actos do outro por falta de auctorisação, nos casos em que é necessario o accordo de ambos, segundo as disposições que regem a sociedade matrimonial para a validade dos actos juridicos. De resto, é valido o casamento, quanto á legitimidade da prole, ao patrio poder, aos direitos conjugaes, etc. Só não é considerado valido

com relação a terceiros, que têem, pela omissão da publicação, fundada rasão para ignorarem a existencia do casamento.

Postoque o artigo 2479.º pareça referir-se unicamente ao casamento de *portuguez* em paiz estrangeiro, é certo que estão sujeitos á mesma obrigação os estrangeiros casados no estrangeiro, e que vem depois domiciliar-se em Portugal, não só porque o artigo 1202.º não faz distincção alguma, referindo-se a todos os casamentos celebrados no estrangeiro, sem distinguir se são feitos entre portuguezes ou entre portuguez e estrangeiro, ou entre estrangeiros sómente; mas tambem porque a rasão é a mesma, e onde ha a mesma rasão deve haver a mesma disposição. E tanto mais que o artigo 2479.º foi introduzido de novo pela commissão revisora, que de certo se esqueceu de o harmonisar com o artigo 1202.º, correspondente ao artigo 1250.º do projecto primitivo.

Notem-se porém as palavras dos artigos 24.º e 26.º: *emquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino.*

Nenhum estado póde legislar senão para os actos que hão de ter execução no seu territorio. O direito internacional tem acceitado certos principios reconhecidos pelos povos, em virtude dos quaes todas as leis pessoaes acompanham os cidadãos de um paiz ainda em territorio estrangeiro. As leis dos povos cultos não reconhecem effeitos civis, por exemplo, ao casamento de estrangeiro feito no seu territorio, se elle não tem a capacidade de casar em harmonia com as leis da respectiva nacionalidade.

Mas se n'um paiz estrangeiro for reconhecido como maior, contra o artigo 306.º do nosso codigo, o portuguez que casa antes dos dezoito annos, nada tem com isso a lei portugueza. Em Portugal é que se lhe não reconhece essa qualidade. Para os actos que elle praticar, e que houverem de ser executados em Portugal, como venda de bens, etc., ha de ser considerado nos termos do artigo 306.º

A lei não se importa com os actos que hão de ter execução n'outro paiz, que seria isso contra o direito de soberania, e apenas legisla com relação áquelles que hão de ser executados debaixo da sua protecção, no territorio da respectiva jurisdicção.

Convem igualmente observar que a sujeição do portuguez, que reside ou viaja em paiz estrangeiro, ás leis portuguezas, no que respeita ao seu estado, capacidade e propriedade immobiliaria, sita no reino, o não dispensa da observancia das leis do paiz onde viaja ou reside.

O estrangeiro é obrigado a respeitar em qualquer paiz todas as leis de policia e de segurança, pelas quaes é tambem protegido.

O artigo 24.º legisla apenas para *os actos* que houverem de produzir os seus effeitos no reino, que não podem ter aqui execução, se, quanto ao estado e capacidade civil do portuguez e á sua propriedade immobiliaria situada no reino, não estiverem de accordo com a legislação nacional. A propriedade immobiliaria situada n'outro paiz será regida pela lei d'esse paiz. O estado e capacidade civil são em toda a parte regulados, pela lei portugueza, para os actos que houverem de produzir os seus effeitos em Portugal.

As *cousas* ou *bens* immobiliarios porém, qualquer que seja a nacionalidade do dono, estão sujeitos á lei do territorio *rei sitae*, isto é, á lei do paiz onde são situados. O direito da soberania nacional não vae alem dos limites do territorio da nação, mas chega até ahi.

A soberania é indivisivel, e deixaria de o ser se porções do mesmo territorio podessem ser regidas por leis emanadas de governos differentes.

Assim as servidões, as hypothecas, as prescripções, etc. são reguladas pela lei do paiz onde se acham as propriedades. A respeito das hypothecas é expresso o artigo 964.º, que não lhes dá valor sem serem registadas na conservatoria respectiva; e do registo depende o serem causa de preferencia, artigo 1006.º

Nos termos do codigo, os bens moveis estão sujeitos á lei do territorio, como os immoveis?

O artigo 24.º declara sujeitos á lei portugueza os portuguezes no estrangeiro, quanto á propriedade *immobiliaria* sita no reino, mas é omisso quanto á *mobiliaria*.

O codigo civil francez, no artigo 3.º, diz: «Os *immoveis*, ainda possuidos por estrangeiros, são regidos pela lei franceza», e nada dispõe tambem com relação aos moveis.

E Rogron, commentando este artigo, diz o seguinte: «Declarando o artigo sujeitos ás leis francezas só os *immoveis* possuidos por estrangeiros, é consequente que as disposições de um estrangeiro a respeito dos seus *moveis* devem ser regidas pela lei do paiz onde elle tem o seu domicilio, e a rasão é porque os moveis, não tendo assento fixo, não podem ser regidos senão pelas leis que governam a pessoa do proprietario».

O projecto de codigo civil hespanhol, no artigo 9.º, determina que os direitos e obrigações relativos a bens moveis são regidos pelas leis do paiz onde está domiciliado o proprietario.

E diz Goyena, annotando este artigo, que a maior parte dos codigos guardam silencio a respeito dos moveis, por não julgarem necessario providenciar ácerca d'elles, depois de se ter determinado que os immoveis são sempre regidos pela lei da situação, porque assim resalta naturalmente o argumento *a contrario sensu*, de que os moveis são regidos pelo estatuto pessoal do proprietario.

Em vista da redacção do nosso codigo, tendo em attenção as suas fontes e as legislações conhecidas, seguimos igualmente a opinião de que os moveis são regidos, não pela lei da situação dos bens, mas pelo estatuto pessoal do proprietario.

Não se compadece muito com os principios de direito internacional ácerca da soberania, que a legislação de um paiz abranja os bens sitos em territorio estrangeiro, aindaque sejam moveis.

No entretanto está recebido por commum accordo entre as nações que os bens moveis, onde quer que existam, sejam regidos pela lei pessoal do proprietario.

Rogron e Goyena, segundo parece, confundem a lei do domicilio com a da nacionalidade do proprietario, o que é muito differente. Residindo um portuguez em Inglaterra, e tendo bens moveis em Hespanha, se a lei a reger for a do seu domicilio, serão regidos pela lei ingleza, e se for a pessoal, serão regidos pela lei portugueza.

Nós entendemos que a lei reguladora n'este caso é a lei portugueza, que é o estatuto pessoal. A lei ingleza não significa o estatuto real, porque os bens são situados em Hespanha, nem o estatuto pessoal, porque a lei que rege a capacidade e estado do portuguez, ainda residente em paiz estrangeiro, é a portugueza.

Porém que significa o principio de que os moveis existentes em territorio portuguez, não são regidos pela lei portugueza, mas pelo estatuto pessoal do proprietario?

Significa porventura que esses bens escapam á lei portugueza sobre prescripções, sobre impostos, sobre processo, etc.? De certo que não.

Se um estrangeiro tiver alguma cousa movel em Portugal, a prescripção a que o movel está sujeito é indubitavelmente a marcada nos

artigos 532.º a 534.º e 564.º a 566.º do codigo, e não a estabelecida na lei do paiz a que pertence o estrangeiro.

A lei de 30 de junho de 1860 sujeita no artigo 4.º á contribuição de registo todos os actos que operem transmissão *de propriedade, situada ou existente em territorio portuguez*, tanto do continente como do ultramar, ou a transmissão se verifique entre subditos portuguezes, ou entre subditos estrangeiros, ou entre portuguezes e estrangeiros.

Assim é sujeita á lei portugueza para um effeito importante, como o da contribuição de registo, toda a propriedade, sem distincção alguma, isto é, tanto a immovel como movel, situada ou existente em territorio portuguez.

Portanto a final a nossa lei civil é applicavel a toda e qualquer propriedade, sem distincção de movel ou immovel, existente em territorio portuguez.

Verdadeiramente os bens moveis sitos em territorio portuguez só são sujeitos á lei pessoal do proprietario estrangeiro, para o effeito da successão testamentaria ou *ab intestado*. É tambem a opinião de Huc nas suas observações ao moderno codigo italiano.

O codigo italiano diz assim no artigo 7.º: «Os bens moveis estão sujeitos á lei da nação do seu proprietario, salva disposição em contrario da lei do paiz da situação. Os immoveis estão sujeitos á lei vigente no paiz da sua situação».

Huc, commentando este artigo, sustenta que não entrou na mente dos redactores do codigo o sujeitarem á lei estrangeira as questões de execução, de privilegios e de prescripções, relativas aos bens moveis, e que a disposição do referido artigo 7.º deve reduzir-se ao seguinte: «Os moveis, individualmente considerados, devem estar sujeitos á lei do paiz da situação, mas a transmissão d'elles por successão ou por testamento deve ser regida pela lei pessoal do proprietario».

De modo que o interesse de saber a qual das duas leis estão sujeitos os moveis, se á pessoal se á real, é só para os effeitos da successão, porque debaixo de todos os outros aspectos rege o estatuto real.

Em vista d'estes principios, o estrangeiro que possue propriedade mobiliaria em Portugal, póde dispor d'ella a favor de quem quizer, sem embargo de deixar descendentes e ascendentes, se no seu paiz se não acham garantidas as legitimas. E o portuguez que possue fortuna mobiliaria em paiz estrangeiro, onde não é reconhecido o direito ás legitimas, não póde dispor d'ella com prejuizo dos herdeiros legitimarios.

A lei portugueza rege a propriedade immobiliaria sita no reino, artigo 1107.º

As convenções ante-nupciaes feitas em paiz estrangeiro entre portuguezes regulam-se pelas disposições do codigo, artigo 1106.º, porque, ou estejam sujeitas ao estatuto real ou ao pessoal, rege sempre a lei portugueza; e ainda porque se presume que os portuguezes que casaram em paiz estrangeiro têem animo de voltar e de se sujeitarem ás leis portuguezas, presumpção que não cede senão diante de prova em contrario.

Se o casamento for contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, prevalece o direito do paiz do conjuge varão, na falta de declaração, artigo 1107.º Assim, se no paiz do estrangeiro o systema legal era o da incommunicabilidade, os bens da mulher portugueza, que depois do casamento se tornou estrangeira nos termos do artigo 18.º n.º 4.º, são incommunicaveis.

Os bens prediaes ficam em todo o caso sujeitos á lei portugueza. Assim, ainda que pela legislação do paiz do conjuge varão produza effeitos juridicos a hypotheca de bens de raiz, independentemente de

registo, não é valida em Portugal sobre bens sitos em territorio portuguez antes de se proceder ao registo.

Qual é porém o direito que rege com relação á successão dos bens immobiliarios, o do reino ou o do paiz do possuidor dos bens?

O codigo civil italiano, depois de providenciar ácerca das leis que regem os bens moveis e immoveis, determina no artigo 8.º o seguinte: « Ás successões legitimas o testamentarias, tanto pelo que respeita á ordem da successão, como á quota do direito successorio e á validade intrinseca das disposições, são regidas pela lei pessoal do auctor da herança, qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz onde se acham ».

Esta hypothese carecia de ser regulada no nosso codigo. É de difficil solução no meio do silencio da lei. Já Coelho da Rocha notava a difficuldade de classificar nas leis pessoaes ou nas reaes as materias relativas ás successões.

Sem embargo porém da necessidade de resolver a duvida, o projecto primitivo nem uma palavra continha a este respeito, e a commissão revisora, introduzindo de novo a disposição contida no artigo 1965.º, refere-se unicamente ás formalidades externas e não ás disposições intrinsecas do testamento.

Cremos todavia, em virtude do principio estabelecido no artigo 27.º, que o estrangeiro possuidor de bens immobiliarios em Portugal póde excluir a seu arbitrio os descendentes e ascendentes da successão d'elles, se no paiz da sua naturalidade não for reconhecido o direito ás legitimas.

Ou o testamento seja feito em territorio portuguez ou estrangeiro, ou a successão seja deferida *ab intestado*, procede sempre o mesmo principio do estatuto pessoal consignado no artigo 27.º

A ordem da successão e a quota legitimaria, como materia relativa á capacidade civil, pertencem ás leis pessoaes. A commissão revisora, estabelecendo o preceito consignado no artigo 1965.º, não só prestou homenagem ao principio de que o direito de dispor pertence á capacidade civil, sendo conseguintemente regulado pela lei do paiz do auctor da herança, mas quiz principalmente completar a disposição do artigo 1961.º, dando validade aos testamentos feitos por estrangeiros no estrangeiro, em conformidade com a lei do respectivo paiz, mesmo quanto aos bens existentes em Portugal. Portanto os bens moveis, que se acham em territorio portuguez, e pertencem a estrangeiro, estão sujeitos á lei portugueza, e á do proprietario, exactamente como os immoveis.

Pelo que respeita aos *actos juridicos*, isto é, ás suas solemnidades externas, segue-se a regra *locus regit actum*.

É a disposição do nosso codigo civil, e é, segundo Rogron, a doutrina da lei franceza. Nem outra cousa podia estabelecer-se, porque, como nos actos juridicos tem que intervir os officiaes publicos, não poderiam estes prestar-se a similhante intervenção, senão em harmonia com as leis do seu paiz.

O codigo repete escusadamente em varios artigos o principio consignado na segunda parte do artigo 24.º Reproduz o mesmo principio no artigo 2430.º; e applica-o nomeadamente aos testamentos, celebrados em paiz estrangeiro, ou sejam feitos por portuguezes, artigo 1961.º, ou por estrangeiros, artigo 1965.º; ás convenções ante-nupciaes, artigo 1106.º; e ao casamento em paiz estrangeiro, artigo 1065.º

Todavia para o documento authentico passado em paiz estrangeiro fazer prova no reino é preciso que o seu objecto seja permittido pelas leis portuguezas, isto é, que *o seu objecto não seja defezo no reino*, como dizia o projecto primitivo no artigo 2800.º, correspondente ao artigo 2430.º do codigo, que só admitte esses documentos a fazerem prova no reino, *como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos n'elle*. Assim em Portugal não se daria execução ao pedido de uma divida de jogo contrahida no estrangeiro, visto o artigo 1542.º, ainda que o titulo de divida viesse revestido de todas as formalidades externas exigidas pela lei do paiz onde tinha sido expedido.

A lei portugueza, para garantir a execução no reino de documentos passados em paiz estrangeiro, exige apenas que o objecto seja conforme ao nosso direito, dispensando as formalidades externas, se o documento estiver conforme á lei do paiz onde o acto foi exarado.

O codigo garante no artigo 1962.º aos portuguezes a faculdade de testarem em paiz estrangeiro segundo a lei portugueza, comtantoque o façam perante os nossos agentes consulares. Se porém testarem perante os officiaes publicos d'esse paiz como lhes é tambem permittido, hão de conformar-se com as leis do mesmo paiz. A excepção ao principio *locus regit actum* expressa no artigo 1962.º já se achava comprehendida nas palavras finaes do artigo 24.º: *salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario*.

Os consules e vice-consules são considerados como tabelliães para o effeito de poderem fazer testamento publico, ou auto de approvação de testamento cerrado, aos subditos portuguezes, conformando-se com a lei portugueza, que só póde ser dispensada com relação á nacionalidade das testemunhas, que n'este caso podem ser estrangeiras. Não podem todavia ser mulheres, nem as outras pessoas inhibidas de o serem pelo artigo 1966.º No caso do artigo 1962.º só é dispensado o n.º 1.º do artigo 1966.º, isto é, a *nacionalidade* da testemunha e não os outros requisitos, sendo por isso incapazes de serem testemunhas todas as outras pessoas designadas em os n.ºs 2.º a 7.º do artigo 1966.º, ainda que possam ser testemunhas pela lei do paiz onde o testamento é feito.

A dispensa da nacionalidade nas testemunhas é rasoavel, porque com custo poderia reunir-se sempre o numero de testemunhas portuguezas nas condições legaes necessario para a validade do testamento; e até o projecto primitivo terminava o artigo 2114.º, correspondente ao artigo 1962.º do codigo, com as seguintes palavras, que a commissão revisora com rasão eliminou: « não havendo no logar portuguezes que possam intervir no acto ».

O regulamento de 26 de novembro de 1851 considera os agentes consulares como tabelliães, não só para lavrarem testamentos publicos e autos de approvação de testamentos cerrados, mas para lavrarem escripturas de contratos, como qualquer tabellião, e encarrega-os tambem do registo civil dos portuguezes.

Ora os empregados consulares, para que estes actos juridicos entre portuguezes, ou entre portuguezes e estrangeiros, tenham execução em Portugal, devem conformar-se na pratica d'elles, não com a legislação estrangeira, mas com as disposições do referido regulamento e modelos annexos, e com a legislação portugueza posteriormente publicada. Só no caso de serem exarados por empregados portuguezes os actos celebrados em paiz estrangeiro, é que se verifica a excepção de não ser regida a fórma externa pela lei d'esse paiz.

Art. 25.º Os portuguezes, que contrahem obrigações em paiz estrangeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se n'elle tiverem domicilio.

(Vid. artigos 28.º, 29.º e 30.º) Ha aqui duas hypotheses muito distinctas a considerar: ou as obrigações foram contrahidas fóra do reino, artigos 25.º e 28.º, ou no reino, artigo 29.º

A primeira hypothese abrange os dois casos de serem contrahidas as obrigações entre portuguezes e portuguezes, ou entre portuguezes e estrangeiros, e a segunda o caso de serem contrahidas entre estrangeiros e estrangeiros.

Na primeira hypothese ainda ha que distinguir se os réus, isto é, os demandados, são portuguezes, artigo 25.º, ou estrangeiros, artigo 28.º

O codigo firma a competencia dos tribunaes portuguezes para conhecerem das obrigações contrahidas em territorio estrangeiro entre portuguezes e portuguezes, ou entre portuguezes e estrangeiros; mas deixa essa competencia ainda dependente da circumstancia de ter o réu, se é portuguez, *domicilio* em Portugal, e se é estrangeiro, de ser cá *encontrado*.

É notavel a differença que marca o codigo n'este assumpto, conforme o réu é portuguez ou estrangeiro. Se é estrangeiro, basta ser *encontrado* no reino para poder ser demandado: se é portuguez, ainda que seja *encontrado* no paiz, não póde ser demandado, sem ahi ter *domicilio*, artigo 25.º

As palavras finaes do artigo 25.º, *se n'elle tiverem domicilio*, foram introduzidas pela commissão de legislação da camara dos deputados. Não vinham no projecto primitivo do sr. Seabra, nem foram acrescentadas pela commissão revisora, apesar da desharmonia que já se notava entre os dois artigos 25.º e 28.º, toda resultante da nacionalidade do réu.

O estrangeiro era mais favorecido do que o portuguez, porque o estrangeiro não podia ser demandado sem ser *encontrado* no reino, artigo 28.º, e o portuguez sim, artigo 25.º

A commissão de legislação da camara dos deputados, destruindo aquella desharmonia, que ainda tinha rasão de ser nos principios de direito, introduziu outra em sentido inteiramente opposto.

Agora é o réu mais favorecido, sendo portuguez, do que sendo estrangeiro, porque sendo estrangeiro basta ser *encontrado* no reino para ser demandado, e sendo portuguez é essencial que tenha no reino o seu domicilio.

É má lei, mas é lei.

Na segunda hypothese, a jurisdicção e competencia dos tribunaes portuguezes não é determinada pela *qualidade dos contratantes*, isto é, porque um ou ambos os contratantes são portuguezes, mas pelo *logar do acto*, isto é, porque o acto juridico foi praticado em territorio portuguez.

Vê-se bem que as palavras finaes do artigo 25.º *se n'elle tiverem domicilio* foram introduzidas por mão estranha, porque destôam completamente do disposto nos artigos 28.º e 29.º, onde se exige apenas o ser *encontrado o réu* no reino, e não o ter cá domicilio. E se as obrigações forem contrahidas no reino entre portuguezes e estrangeiros?

O codigo não regula esta hypothese.

No entretanto, argumentando por analogia do que se acha disposto n'estes artigos, parece que o estrangeiro só póde ser demandado perante as justiças portuguezas, sendo encontrado no reino, porque nas hypotheses prevenidas no codigo, ou se obrigasse no reino, artigo 29.º, ou fóra do reino, artigo 28.º, só póde ser demandado sendo cá *encontrado;* e que o portuguez póde ser demandado em Portugal, ainda que não tenha cá domicilio, poisque o domicilio d'elle no reino só é exigido, como condição para ser aqui demandado, quando o acto constitutivo da obrigação foi praticado no estrangeiro.

Pelos artigos 14.º e 15.º do codigo francez o estrangeiro, ainda não se encontrando em França, póde ser demandado perante os tribunaes francezes pelas obrigações por elle contrahidas com francez ou em França ou no estrangeiro, e o francez independentemente de ser encontrado no reino póde ser demandado perante os tribunaes francezes pelas obrigações por elle contrahidas em paiz estrangeiro, ainda com estrangeiro.

O projecto de codigo civil hespanhol dispõe que o hespanhol póde ser demandado em Hespanha pelas obrigações contrahidas fóra do reino com nacional ou estrangeiro; e que o estrangeiro póde ser demandado perante os tribunaes de Hespanha pelas obrigações contrahidas com hespanhol dentro ou fóra do reino.

E diz Goyena que se concede ao hespanhol o direito de demandar em Hespanha o estrangeiro pelas obrigações contrahidas, ainda fóra do reino, porque achando-se consignado igual favor no codigo de uma nação vizinha (que é a França), com quem são tão frequentes as relações commerciaes de Hespanha, convinha conceder o mesmo favor aos naturaes d'este reino.

Deixou portanto o nosso codigo de considerar varias hypotheses de competencia, regidas pelo direito internacional privado, a respeito das quaes é tambem inteiramente omisso o projecto de codigo de processo.

No codigo acha-se regulada virtualmente a hypothese de nem o estrangeiro, nem o portuguez, terem saido do seu paiz, e de terem tratado o negocio por procurador em Portugal. Se o estrangeiro deu procuração para a compra em Portugal de bens de raiz, ou para o casamento com pessoa aqui residente, ou para obter carta de privilegio de novos inventos e de seus melhoramentos, ou para outro qualquer acto, tem que conformar-se com as leis portuguezas, e de ficar sujeito aos tribunaes portuguezes, competentes para resolver as questões occorrentes, como se tivesse vindo pessoalmente praticar o acto.

Se o adagio *locus regit actum* é um principio de direito internacional privado, hoje universalmente aceito; em materia de mandato não é menos respeitado o principio—*quod quis per alium facit per se facere videtur*, e portanto o estrangeiro reputa-se presente no acto que em seu nome e sob procuração sua se fizer em Portugal.

Por isso com rasão a commissão revisora eliminou da epigraphe do titulo a palavra *residentes*, que ali se achava no projecto primitivo.

O codigo nada providenciou para o caso de ao tempo da demanda se não acharem os estrangeiros em Portugal, d'onde todavia se não conclue que não possam ser demandados, achando-se ausentes, e residentes no seu ou n'outro paiz, com residencia conhecida. O codigo determina apenas que não podem ser demandados em Portugal se cá não forem encontrados.

TITULO V

DOS ESTRANGEIROS EM PORTUGAL

Art. 26.º Os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, têem os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, emquanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos n'este reino; excepto nos casos em que a lei expres-

samente determine o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial, que determine e regule de outra fórma os seus direitos.

(Vid. nota ao artigo 17.º)

Art. 27.º O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz.

(Vid. nota ao artigo 24.º)

Art. 28.º Os estrangeiros sendo encontrados n'este reino, podem ser demandados perante as justiças portuguezas, pelas obrigações contrahidas com portuguezes em paiz estrangeiro.

Art. 29.º Os estrangeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas, por obrigações contrahidas no reino, se n'elle forem encontrados.

(Vid. nota ao artigo 25.º)

Art. 30.º O disposto nos dois artigos precedentes deve entender-se sem prejuizo do que fica ordenado na ultima parte do artigo 26.º

(Vid. nota aos artigos 17.º e 25.º)

Art. 31.º As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portuguezes, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no codigo do processo.

Notou-se que a provisão do artigo era mais propria do codigo de processo, do que do codigo civil.

Porém como o codigo civil não regula, nem o modo, nem o logar, nem o tempo para a execução das sentenças, e apenas estabelece o principio fundamental de que são admissiveis á execução no reino as sentenças proferidas em paiz estrangeiro, não achâmos justificada a arguição.

A reforma judicial no artigo 567.º regula a execução das sentenças extrahidas de processos julgados por tribunaes estrangeiros, sem limitação alguma, qualquer que seja a nacionalidade das partes, que n'elles figurem.

Porém o codigo consigna n'este artigo uma limitação injustificavel, referindo-se unicamente á execução das sentenças proferidas em paiz estrangeiro entre portuguezes e estrangeiros.

Ora supponhâmos que a sentença foi proferida entre partes, estrangeiros e estrangeiros, ou portuguezes e portuguezes, *quid juris?*

Não poderia dizer-se manifestamente injusta a decisão dos tribunaes portuguezes, que lhe negasse a execução. A verdade é que o artigo, olhando só á sua redacção, e comparando-a com a dos artigos 1055.º, 1066.º, 1106.º, 1107.º e outros, abrange unicamente as sentenças proferidas entre partes, portuguezes de um lado e estrangeiros do outro.

Seria porém absurdo negar execução no reino á sentença proferida no estrangeiro entre dois estrangeiros ou entre dois portuguezes que possuissem bens no nosso paiz.

A lei portugueza dá protecção ás pessoas e bens existentes em territorio portuguez, e o movimento e transmissão da propriedade, a que póde dar logar a execução da sentença, é sempre de proveito para o thesouro publico, e muitas vezes tambem para a massa da riqueza social.

Por isso em nosso entender a provisão contida nos artigos 53.º n.º 7.º, e 567.º da reforma judicial não está revogada pelo codigo civil. Em primeiro logar só por argumento *á contrario sensu* póde deduzir-se que o artigo nega execução ás sentenças proferidas em tribunaes estrangeiros entre portuguezes e portuguezes ou entre estrangeiros e estrangeiros, admittindo-a unicamente quando as partes são portuguezes de um lado e estrangeiros do outro; e demais a lei anterior não se presume revogada pela lei posterior sempre que as disposições de uma e de outra podem harmonisar-se e combinar-se.

Ora bem póde subsistir o disposto na reforma judicial com a doutrina do codigo que permitte a execução das sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis entre portuguezes e estrangeiros sem a negar expressamente ás proferidas entre outras partes.

E mais nos convencemos de que não entrou na mente dos redactores do codigo o prejudicar com este artigo os preceitos da reforma judicial, em vista das actas da commissão revisora, das quaes consta que em sessão de 17 de outubro de 1864 propozera o sr. Mártens Ferrão a suppressão do artigo, *por inutil*, o que prova que pelo menos este distincto vogal da commissão considerava que o artigo não prejudicava a execução de sentença proferida no estrangeiro entre partes, que não fossem portuguezes de um lado e estrangeiros do outro, aliás a suppressão do artigo teria por si quaesquer outras rasões, menos a *inutilidade*.

E o projecto primitivo comquanto no artigo 33.º correspondente ao artigo 31.º do codigo, contivesse a mesma doutrina e com a mesma redacção, dizia no artigo 2971.º, comprehendido na parte do processo, que a commissão revisora eliminou, o seguinte: «As sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros não poderão surtir effeito algum no reino, senão tornando-se executorias pela fórma declarada no codigo do processo». Era a reproducção da doutrina consignada na reforma judicial que em nosso entender continua ainda em vigor.

O projecto de codigo de processo regula no artigo 313.º a execução de sentença proferida em tribunaes estrangeiros, *nos termos do artigo 31.º do codigo civil*, ficando assim sem resolução a difficuldade, se a respectiva commissão não providenciar a este respeito.

O ministerio publico intervém sempre não só na revisão e confirmação das sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros, como determina a reforma judiciaria nos artigos 53.º n.º 7 e 567.º, mas tambem na execução de simples rogatorias, logoque haja embargos, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 27 de novembro de 1868, publicado no *Diario de Lisboa* do mesmo anno n.º 298, tomando tambem por fundamento n'esta hypothese os citados artigos 53.º n.º 7.º e 567.º da novissima reforma judicial.

A commissão revisora eliminou a final, nos trabalhos da ultima revisão, um artigo que se seguia a este no projecto primitivo e que ella conservou até á edição de 1864, em virtude do qual eram obrigados a prestar fiança idonea ao julgado os estrangeiros que intentassem algum pleito perante as justiças portuguezas. Portanto os estrangeiros, que litigarem em Portugal, não são obrigados a segurar o juizo.

TITULO VI

DAS PESSOAS MORAES

Art. 32.º Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporarias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade juridica.

Art. 33.º Nenhuma associação ou corporação póde representar esta individualidade juridica, não se achando legalmente auctorisada.

Art. 34.º As associações ou corporações, que gosam de individualidade juridica, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses legitimos do seu instituto.

(Vid. artigos 39.º, 365.º e 1240.º) O codigo reconhece expressamente o direito de associação, artigos 359.º n.º 3.º e 365.º, que é o unico meio poderoso de multiplicar as forças individuaes, e de se conseguirem todos os fins moraes e materiaes da vida humana. A associação legalmente formada torna os associados, pelo que respeita aos interesses da associação, uma só pessoa *juridica*.

A *pessoa juridica* não existe sem a reunião de dois ou mais individuos: e como dois individuos, em face das leis naturaes, não podem constituir uma só pessoa, por isso só no campo do direito ou da moral se chamam *pessoa*.

Aqui a pessoa é constituida pelos individuos, que compõem a sociedade, e principalmente pela *unidade* do fim que se propõem, a qual faz com que os associados, no que toca aos interesses da sociedade, representem com relação a terceiros uma e a mesma pessoa.

Esta *unidade* de fim e de laço juridico é a base da *unidade pessoal*.

A phrase *pessoa juridica* pois envolve sempre a idéa de reunião de individuos com fim commum, ou essa sociedade tenha fim permanente ou temporario, ou a sua duração seja limitada ou illimitada, ou o seu objecto seja meramente particular ou publico.

São diversos porém os principios que regem estas associações segundo o seu fim e objecto. Assim as sociedades de interesse particular são regidas pelos principios do contrato de sociedade, e as de interesse publico estão sujeitas ás disposições prescriptas no presente titulo.

As associações, a que se refere o artigo 39.º são as sociedades ordinarias civis de que se trata nos artigos 1240.º e seguintes.

As associações, a que se refere o artigo 32.º e todos os d'este titulo, são corporações de utilidade publica, como as municipalidades, as misericordias, etc.

Para haver associação de interesse particular sujeita ás regras do contrato de sociedade nos termos do artigo 39.º é indispensavel que se verifiquem os requisitos marcados no artigo 1240.º E estas sociedades, como os contratos ordinarios, não carecem da intervenção dos poderes publicos para a sua constituição ou extincção, nem estão sujeitas á fiscalisação e inspecção da auctoridade nos negocios da sua administração.

Mas é indispensavel n'esta sociedade que os socios contribuam com bens ou industria, ou com uma e outra cousa, porque se algum for dispensado de contribuir com capital, ou com trabalho, e tiver no entanto direito a lucros, a sociedade representará para elle uma doação, doação nulla por ser de bens futuros, artigo 1453.º E é tambem necessario que a sociedade resulte de accordo prévio, para não se confundir com a proveniente de indivisão de cousa deixada a mais de uma pessoa.

Em vista do codigo não podemos usar da denominação *pessoas moraes* senão para significar as corporações de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente. Por isso nós empregâmos a phrase *pessoa juridica* para designar as associações em geral, tanto as que são regidas pelo disposto no presente titulo, como as que estão sujeitas ás regras do contrato da sociedade; e a phrase *pessoa moral* para designar só as associações, a que se refere o presente titulo.

A materia relativa ás pessoas moraes cáe na esphera do direito civil unicamente quanto aos direitos de que estas pessoas *gosam*, mas não quanto ao modo de exercel-os. Assim o codigo determina apenas os direitos das corporações quanto á acquisição de bens a titulo gratuito ou oneroso, e estabelece o principio de que ellas não têem privilegio algum quanto á sua *propriedade*, artigo 382.º, nem quanto á *prescripção*, artigo 516.º

Mas pelo que respeita ao *exercicio* d'esses direitos em juizo e fóra d'elle ha de reger a legislação do processo e a administrativa quanto ás pessoas moraes existentes. Se alguma outra for erigida de futuro com auctorisação legal, o diploma da auctorisação designará os seus direitos e capacidade juridica.

As pessoas moraes, emquanto ao goso de direitos, admittem subdivisões, algumas das quaes resultam da propria definição, consignada no artigo 32.º A primeira divisão é em temporarias ou perpetuas, cujos effeitos juridicos se revelam logo no artigo 35.º, onde ás perpetuas se restringe o direito de adquirir, e mesmo o de conservar certa especie de bens, e se determina o que são corporações perpetuas para os effeitos do artigo. Dividem-se tambem em corporações de mera utilidade publica e de utilidade publica e particular conjunctamente, sendo mais favorecidas aquellas, do que estas, porque a prohibição das substituições fideicommissarias, por exemplo, não abrange as prestações a favor d'aquellas, artigo 1872.º

E a disposição do artigo 1872.º refere-se unicamente ás corporações de utilidade publica, e não ás de utilidade publica e particular conjunctamente; porque a commissão revisora, no intuito de certo de tirar todas as duvidas, acrescentou na ultima revisão a palavra *mera*, que não vinha no projecto primitivo, nem nas edições posteriores até 1864.

Dividem-se tambem em corporações de instituição ecclesiastica e não ecclesiastica, sendo aquellas as mais desfavorecidas, porque não podem receber, nem a titulo de legado, nem a titulo de herança, mais do que o terço da terça do testador, artigo 1781.º

A sociedade particular é uma reunião de diversas pessoas, cada uma das quaes conserva a sua personalidade distincta, emquanto que a corporação é uma abstracção personalisada, e representada por pessoas individuaes indeterminadas.

Nas sociedades cada membro tem parte nos bens, nos direitos e obrigações d'ellas, conserva a sua individualidade independente, e não póde ser constrangido a submetter-se ás decisões dos outros, senão nos termos em que se sujeitou a alguma restricção da sua independencia.

Nas corporações pelo contrario pertencem os bens a estas, sem que os seus membros tenham n'elles parte alguma, devendo as decisões ser tomadas na fórma dos respectivos estatutos.

Alem d'isso nas corporações os bens não pertencem, nem áquelles que representam essas instituições e administram esses bens, de que aliás devem dar contas, nem aos que se aproveitam dos serviços prestados por essas instituições, e em cujo favor ellas foram creadas.

Finalmente as sociedades podem extinguir-se, ou pelo accordo de todos os socios, ou pela simples retirada de um d'elles e nos termos do artigo 1276.º, independentemente da intervenção dos poderes publicos; emquanto que as corporações subsistem, ainda que o seu pessoal se substitua por outro, ou inteiramente se extinga, sendo a auctorisação do estado tão precisa para a sua extincção, como para a sua creação.

Póde no entretanto haver instituições com especialidades pelas quaes se assimilhem, ora ás corporações de utilidade publica, ora ás sociedades de interesse particular. E como o codigo não estabeleceu regras mais precisas a este respeito, muito difficil será n'alguns casos o extremar as associações sujeitas ás regras estabelecidas no presente titulo das sociedades propriamente de interesse particular.

Alem d'isso o codigo dá uma nova definição de *pessoas moraes*. Até aqui a caracteristica das pessoas moraes era a *unidade do fim* n'uma reunião de individuos, e pelo codigo a caracteristica que as distingue, é o serem corporações fundadas por algum *motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente*.

A auctorisação legal para a existencia d'estas corporações é indispensavel, porque a personalidade, que as representa, não existindo pela natureza, só póde ser creada artificialmente pela lei.

Considerações as mais elevadas de politica e de administração concorrem para que se não deixe ao arbitrio individual a creação d'estas corporações, que podem contrariar no todo ou em parte o fim do estado, e os outros fins sociaes, que elle protege, e accumular em seu poder grande massa de bens desviados da circulação, com prejuizo da riqueza social.

A necessidade de auctorisar a existencia d'estas instituições é um principio de direito constitucional, reconhecido em todos os povos cultos. A fórma da auctorisação não pertence á esphera do direito civil, é da competencia da legislação administrativa.

O mais difficil é perceber a significação de algumas palavras empregadas n'estes artigos.

Que quererão dizer as palavras *individualidade juridica?*

Nos livros de philosophia allemã adivinha-se pouco mais ou menos o sentido d'esta phrase, ainda que se não perceba em todo o seu alcance e extensão. Mas nos livros onde as palavras se pesam como os diamantes, segundo a elegante expressão de Bentham, é mister conhecer com exactidão todo o pensamento do legislador.

Que quererão dizer tambem as palavras: *Podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto?*

Deduzir-se-ha d'aqui que as corporações, depois de legalmente auctorisada a sua instituição, podem exercer os respectivos direitos civis tão ampla e francamente como os individuos, sem sujeição á superintendencia de auctoridade alguma?

Assim o indica a redacção.

Esta mesma phraseologia sybillina foi adoptada na lei, chamada da desamortisação, de 4 de abril de 1861, sendo para ahi extrahida em parte já do projecto do codigo.

Dizia a citada lei no artigo 4.º: «As igrejas e corporações religiosas gosam de individualidade juridica, e poderão exercer, nos termos da lei commum, todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto».

Qual foi o resultado d'esta disposição?

Algumas corporações religiosas começaram de fazer per si sós contratos, que as leis anteriores não permittiam sem a approvação da auctoridade publica.

Agentes do ministerio publico reclamaram contra estes actos; mas foram julgados pessoas incompetentes para tentarem, como partes principaes, estas questões, vistoque as corporações religiosas gosavam de *individualidade juridica!*

Foi o que rendeu o emprego da tal *individualidade juridica.*

Para remediar este mal foi necessario inserir na ultima lei da desamortisação, de 22 de junho de 1866, um artigo claro e terminante, reconhecendo nos agentes do ministerio publico a competencia para reclamarem, como partes principaes, contra todos os contratos feitos pelas corporações, a que a lei se refere, e que pela legislação anterior careciam da approvação da auctoridade publica para sua inteira validade.

Dará o codigo os mesmos resultados, que a lei de 4 de abril de 1861, com a celebre *individualidade juridica?*

O codigo teria feito melhor, determinando, não na linguagem da sciencia especulativa, mas na da jurisprudencia portugueza, os direitos das corporações, e as restricções a que ficava sujeito o exercicio d'esses mesmos direitos. No entretanto a nossa opinião é que o codigo não revogou a legislação administrativa e de processo, relativa ás pessoas moraes, quanto ao *exercicio* dos seus direitos: e que ellas carecem hoje para a pratica de certos actos juridicos da mesma auctorisação que era necessaria pelas leis antes da promulgação do codigo.

Art. 35.º As associações ou corporações perpetuas não podem, porém, adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios, excepto sendo fundos consolidados; e os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão, salvas as disposições de leis especiaes, convertidos n'ella dentro de um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.

§ 1.º O que fica disposto na segunda parte d'este artigo, não abrange os bens immoveis, que forem indispensaveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.

§ 2.º São havidas, para os effeitos declarados n'este artigo, como perpetuas:

1.º As associações ou corporações por tempo illimitado;

2.º As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interesses materiaes.

(Vid. artigos 1477.º, 1554.º n.º 3.º, 1561.º, 1604.º, 1669.º n.º 1.º, 1679.º, 1775.º, 1781.º e 1836.º) N'este artigo e nos parallelos regula-se o direito, que têem as corporações perpetuas, de adquirir tanto por titulo oneroso, como por titulo gratuito, e n'este caso tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Por titulo *oneroso* não podem adquirir bens immobiliarios, salvo fundos consolidados, ainda mesmo que lhes sejam indispensaveis para o desempenho dos seus deveres. Em virtude d'esta disposição um hospital ou asylo de beneficencia não póde haver por compra nem por troca qualquer casa proxima, que lhe seja precisa; só a póde adquirir por titulo gratuito.

Por isso que as corporações perpetuas não podem adquirir bens immoveis por titulo oneroso, não podem have-los de emprazamento, artigo 1669.º n.º 1.º Tambem não gosam do direito de preferencia, artigo 1679.º, para evitar a reunião de direitos prediaes, devendo apenas n'este caso ser-lhes noticiada a transmissão.

De bens immobiliarios só podem adquirir a titulo oneroso fundos consolidados, isto é, titulos de divida publica fundada, devendo essa acquisição ser feita em conformidade da lei, como dispõe o artigo 1561.º Ora a subrogação dos bens de raiz por titulos de divida fundada acha-se determinada na ultima lei de desamortisação de 28 de agosto de 1869, artigo 5.º, e nas respectivas instrucções para a sua execução de 25 de setembro do mesmo anno, podendo esses titulos ser fornecidos directamente ás corporações pelo governo, a cujo cargo está a venda das propriedades, ou indo ellas compra-los ao mercado.

Os titulos de divida publica fundada são considerados bens immobiliarios nos termos do artigo 375.º n.º 3.º

A inversão de bens moveis em titulos de divida publica faz-se pela compra das inscripções no mercado.

A titulo gratuito podem adquirir bens prediaes, com a unica condição de os inverterem no praso legal. A obrigação de alienar dentro de um anno não abrange só os bens immoveis, mas todos os direitos prediaes.

Até o usufructo, deixado á corporação nos termos do artigo 2244.º do codigo, deve ser alienado, como se deduz da doutrina do artigo 35.º, e expressamente decidiu a commissão revisora, sob proposta do sr. Marreca, em sessão de 24 de janeiro de 1863, por occasião de analysar o artigo 2408.º do projecto, correspondente ao referido artigo 2244.º do codigo.

Dos immoveis adquiridos só são dispensados de inversão os necessarios para o desempenho das funcções das corporações, como edificios, cércas, etc.

É da competencia do governo o designar os casos e as condições em que os immoveis podem ser dispensados da inversão. A commissão revisora, rejeitando em sessão de 17 de outubro de 1864 uma proposta que deferia ao governo o direito de designar os immoveis, que não deviam ser alienados, não teve de certo em vista negar aquella faculdade ao poder executivo, mas sim deixar em vigor a legislação administrativa, relativa a este assumpto, a que a lei civil deve ser estranha.

Pela legislação anterior discutia-se tambem se era precisa licença do governo para as corporações *adquirirem* bens de raiz, ou se só era precisa para a *retenção* alem de anno e dia.

Em presença do codigo essa questão acabou. Nem ás corporações é precisa licença do governo para a *acquisição* dos bens de raiz, vista a disposição da lei; nem o governo póde releva-las da pena de perdimento dos bens em que incorrem, se os não inverterem dentro de um anno.

Basta que requeiram a inversão dentro de um anno, porque a avaliação e formalidades preparatorias da venda podem levar mais tempo.

Quanto á inversão do producto dos direitos prediaes dispunha o ultimo projecto da commissão revisora, apresentado pelo governo ás côrtes, que se fizesse em fundos consolidados ou em acções de companhias.

Porém deu-se ao artigo a redacção que tem no codigo, salvando-se a disposição *de leis especiaes*, para manter o disposto na lei de 22 de junho de 1866, artigo 7.º § 1.º, que permittia aos hospitaes e misericordias o inverter o producto dos bens desamortisados em inscripções ou obrigações da companhia de credito predial. Mas este favor concedido áquelles estabelecimentos acabou em virtude da ultima lei de desamortisação de 28 de agosto de 1869, que determina a inversão forçada do producto de todos os bens desamortisados em titulos de divida publica fundada.

Por titulo gratuito podem adquirir sem limitação alguma, tanto bens immobiliarios, como mobiliarios, salvo as corporações de instituição ecclesiastica, que *mortis causa* não podem receber, a titulo de herdeiras ou de legatarias, mais de um terço da terça do testador, artigo 1781.º

Deve notar-se que a prohibição ás corporações perpetuas de adquirirem por titulo oneroso bens immobiliarios abrange até a adjudicação em praça em virtude de execução por ellas promovida. O artigo refere-se tanto ás acquisições voluntarias, como ás acquisições em hasta publica por decreto da auctoridade judicial.

Já antes das modernas leis de desamortisação era pratica seguida o não adjudicar bens immobiliarios a corporações, ás quaes era prohibida a acquisição voluntaria por titulo oneroso.

Assim como a lei restringe a estas corporações o direito de adquirirem bens, especialmente immobiliarios, tambem a venda e arrendamento dos seus estão sujeitos a leis especiaes, artigos 1554.º n.º 3.º e 1604.º

Mas o que são corporações de *instituição ecclesiastica* nos termos do artigo 1781.º?

Lá torna o codigo a pôr de pé uma questão, que durou tanto tempo, e que afinal se achava resolvida, pelo menos quanto ás misericordias e hospitaes, pelo § unico do artigo 11.º da já citada lei de 22 de junho de 1866.

Sem remontarmos mais longe, a lei de 9 de setembro de 1769 prohibia a instituição de alma por herdeira. Entrou logo em duvida o que devia entender-se por *instituição de alma por herdeira*, porque casos havia em que pela natureza da corporação beneficiada não era liquido se os bens deixados se destinavam para a subsistencia dos vivos, se para o serviço dos mortos.

Vieram diversos assentos e alvarás interpretar e modificar o disposto na lei de 9 de setembro de 1769, e ultimamente a jurisprudencia do supremo tribunal de justiça, aindaque pela maioria só de um ou de dois votos, reconhecia nos hospitaes e misericordias a capacidade de serem instituidos herdeiros com o fundamento de que os seus rendimentos eram empregados mais em utilidade dos vivos, do que no serviço dos mortos.

Por outro lado a moderna legislação ia destacando, para os effeitos juridicos, as corporações religiosas das de beneficencia e de instrucção. Assim a lei de 30 de junho de 1860 dispensava do pagamento da contribuição de registro as misericordias, hospitaes, casas de expostos, asylos de mendicidade, e os de primeira infancia desvalida, casas de educação gratuita, e todos os outros estabelecimentos de beneficencia auctorisados pelo governo, comtantoque fossem gratuitos: beneficio este, que só agora perderam em virtude do n.º 4.º artigo 2.º da lei de 31 de agosto de 1869.

Quanto a corporações ecclesiasticas, como igrejas, cabidos, collegiadas, irmandades, confrarias, etc., era corrente que a sua instituição importava a instituição de alma por herdeira.

Mas tambem é certo, que se estão publicando successivamente providencias pelo ministerio do reino, que consideram as irmandades, e confrarias mais como corporações administrativas do que como corporações ecclesiasticas. Qual é pois a situação d'estas associações com relação á faculdade de adquirir por titulo gratuito *causa mortis*?

São as irmandades, confrarias, misericordias e hospitaes, corporações de *instituição ecclesiastica* nos termos do codigo?

Examinemos detidamente este ponto, que é importante e gravissimo.

O artigo, que no projecto primitivo do sr. Seabra correspondia ao artigo 1781.º do codigo, achava-se redigido nos seguintes termos: «As igrejas, cabidos, confrarias e quaesquer estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrucção publica, não podem adquirir por testamento senão a titulo de legado particular.—§ unico. Os bens de raiz, que lhes forem deixados, serão alienados dentro de anno e dia, sob pena de os perderem em proveito da fazenda nacional».

Este artigo entrou em discussão em sessão da commissão revisora de 2 de junho de 1862. O secretario da commissão, o sr. José Julio de Oliveira Pinto, propoz a seguinte substituição: «As associações e corporações perpetuas, que tiverem por fim objectos meramente religiosos, só poderão adquirir por testamento até á terça da terça dos bens do testador. As que constituirem estabelecimentos ou fundações de caridade, beneficencia e instrucção publica, poderão ser instituidas herdeiras ou legatarias, salvas as restricções que a esta faculdade houverem sido estabelecidas em seus estatutos.—§ unico. Entende-se que têem por fim objectos meramente religiosos aquellas associações ou corporações que em suffragios ou actos de culto consomem a totalidade ou pelo menos mais de ametade dos seus rendimentos».

A commissão, depois d'alguma discussão, addiou a decisão do assumpto.

Em sessão de 10 de dezembro do mesmo anno, presidida pelo sr. Seabra, e em que estiveram presentes os srs. Marreca, Ferreira Lima, Silva Ferrão, Antonio Gil, Herculano, e José Julio, entrou de novo em discussão o artigo acima referido do projecto primitivo, e a seguinte substituição apresentada pelo sr. Ferreira Lima: «As igrejas, cabidos, confrarias e quaesquer estabelecimentos que não tenham por fim principal a instrucção publica ou actos de beneficencia e caridade, não podem ser instituidos em parte superior á terça da herança do testador».

«Tiveram a palavra os srs. Herculano e Antonio Gil, depois do que se propozeram os seguintes quesitos, que foram todos votados affirmativamente:

«1.º Em geral as pessoas moraes podem succeder por testamento?

«2.º E podem succeder tanto a titulo de herdeiros como de legatarios?

«3.º Deve haver alguma excepção a este principio, com relação a algumas pessoas moraes?

«4.º A excepção deve resultar da natureza das pessoas moraes?

«5.º A excepção deve limitar-se ás corporações de instituição ecclesiastica?

«6.º Esta excepção deve consistir em estas corporações não poderem ser instituidas herdeiras ou legatarias em mais do terço da terça do testador?

«Resolveu-se que o artigo fosse organisado em harmonia com os quesitos votados, e em seguida o sr. Ferreira Lima retirou o additamento que havia proposto.»

De proposito transcrevemos das actas todos os factos que podessem encaminhar á verdadeira intelligencia do artigo, porque, tendo em conta só os termos do texto, não é facil alcançar todo o seu pensamento, pelo vago da palavra *instituição*.

Em vista d'aquellas resoluções as corporações a que se refere o § unico do artigo 1781.º, são os estabelecimentos com *fim* ecclesiastico ou os estabelecimentos *fundados* pela igreja?

A palavra *instituição* presta-se a qualquer das duas significações.

Na commissão porém triumpharam de certo as opiniões consignadas nas propostas dos srs. José Julio e Ferreira Lima, e a prova é que o sr. Ferreira Lima retirou a sua proposta depois da votação, e que o sr. José Julio nem sequer tomou a palavra n'esta sessão. Provavelmente os srs. Herculano e Antonio Gil, que fallaram, sustentaram as doutrinas exaradas nas propostas.

Parece pois que a commissão sanccionou a jurisprudencia ultimamente seguida, que restringia a faculdade de receber *mortis causa* unicamente ás corporações cujo fim principal era tratar do serviço dos mortos.

E que este foi o pensamento da commissão, mostra-o ainda o artigo 1775.º do codigo, que foi introduzido de novo.

A redacção dos dois artigos 1775.º e 1781.º está em completa harmonia. Hão de entender-se um pelo outro.

É de notar que o artigo 1775.º foi introduzido pela commissão revisora, sob proposta do sr. Seabra, na mesma sessão de 2 de junho acima referida, em que entrou em discussão o artigo, que foi substituido pelo artigo 1781.º, mas antes da discussão d'elle.

A inserção da doutrina do artigo 1775.º mostra que o pensamento do legislador foi obstar a que o testador destinasse mais que o terço da terça dos bens para suffragios, ao que não obstava só o § unico do artigo 1781.º, se não fôra o complemento do artigo 1775.º; porque poderia o testador destinar todos os seus bens para serviço dos mortos, dispondo d'elles a favor de diversas corporações de instituição ecclesiastica, comtantoque não deixasse a cada uma mais de um nono da sua herança.

Mas da disposição combinada dos artigos 1775.º e 1781.º resulta que o testador não póde dispor em beneficio de corporações de instituição ecclesiastica ou de uma ou de muitas senão até ao terço da terça dos seus bens.

Sendo deixado mais do terço da terça a favor de mais de uma corporação de instituição ecclesiastica, devem reduzir-se as deixas por meio de rateio *a simili* do disposto no artigo 1494.º, quanto á reducção dos legados, que não podem ser satisfeitos pela quota disponivel do testador; e reverterá o excesso a favor dos herdeiros legitimos, ou instituidos, nos termos dos artigos 1852.º e 1853.º

Por analogia do disposto nos artigos 1775.º e 1781.º não póde o testador deixar tambem mais do terço da terça dos seus bens para se consumir em suffragios por alma de outrem.

O que se destina para *obras pias* entende-se feito para obras de caridade, artigo 1836.º, e não para se consumir em suffragios. Por isso o testador, nas deixas para obras pias, não está sujeito a restricção alguma, salvas as legitimas. O codigo fez bem em determinar a significação precisa das palavras *obras pias*, que são de frequente uso nos testamentos, e cuja interpretação poderia dar logar a grandes duvidas.

Por outro lado fica tambem averiguado que as deixas para suffragios, ou para obras de beneficencia e caridade, têem applicações inteiramente distinctas.

Portanto, em vista de todos os elementos que deixâmos expostos, poderão definir-se corporações ecclesiasticas aquellas cujos fins principaes são religiosos, ou que se empregam principalmente no serviço espiritual ou em suffragar as almas.

E é a definição que resulta das duas propostas apresentadas pelos srs. José Julio d'Oliveira Pinto e Ferreira Lima, que são o melhor commentario para a intelligencia das palavras *instituição ecclesiastica*.

Algumas corporações ecclesiasticas ha que, alem das funcções espirituaes, praticam actos de caridade e beneficencia.

Mas estas circumstancias especiaes não destroem o caracter fundamental e a *natureza* propria d'essas corporações, e um dos quesitos votados pela commissão revisora, foi que a excepção que forma hoje o § unico do artigo 1781.º, devia resultar da *natureza* das pessoas moraes.

Portanto, as corporações de *natureza* ecclesiastica, se assim nos podemos exprimir, ou cujo fim é ecclesiastico, não podem ser instituidas em mais do terço da terça do testador.

Se porém a deixa tiver applicação especial a obras de beneficencia a cargo da corporação ecclesiastica, como para um hospital, sustentado por uma irmandade, é valida a deixa qualquer que seja o seu valor.

Mas qual será a rasão da excepção contra as corporações cujo instituto é ecclesiastico?

Esta excepção tem por fim obviar a que as corporações ecclesiasticas accumulem grandes riquezas, destinadas a serem consumidas especialmente no serviço dos mortos, quando o fim racional do emprego dos bens da terra é o serviço dos vivos.

O fim das corporações ecclesiasticas, como igrejas e mosteiros, é restricto e limitado, e por isso em regra não precisam do augmento crescente das riquezas, quando as despezas de uma municipalidade, de um asylo, etc., augmentam todos os dias, e tantos mais serviços podem prestar á humanidade estes estabelecimentos, quanto mais avultados são os seus recursos.

Eis-aqui as rasões mais fundamentaes da differença com que são tratadas as corporações, quanto ás acquisições de riquezas, segundo o seu instituto é temporal ou religioso.

Porém as corporações ecclesiasticas, que não podem receber em testamento mais do terço da terça do testador, poderão ser contempladas com doações, alem do terço da terça do doador, como qualquer particular? A restricção que se lhes impõe á acquisição por titulo gratuito *mortis causa* estender-se-ha tambem á acquisição por titulo gratuito *inter vivos*? De certo não.

Nos termos do artigo 12.º, a lei que faz excepção ás regras geraes não póde ser applicada a nenhuns casos que não estejam *especificados* na mesma lei. As corporações ecclesiasticas pois são habeis para adquirir por titulo gratuito *inter vivos* sem outra restricção que não seja a obrigação de alienar dentro de um anno os bens immobiliarios que não forem fundos consolidados.

O nosso codigo, em vez de determinar, como o projecto de codigo hespanhol no artigo 944.º, que todas as pessoas capazes de receber por testamento são capazes de receber por doação, nos mesmos termos e com as mesmas limitações, dispõe que podem aceitar doações

todos os que não são *especialmente* inhibidos d'isso por disposição da lei, artigo 1477.º

Já o projecto primitivo, d'onde foi conservado intacto o artigo 1477.º que n'elle tinha o numero 1535.º, não feria da mesma incapacidade para receber por doação que para receber por testamento.

E a commissão revisora foi ainda mais longe, porque eliminou do projecto os artigos 1539.º e 1540.º, que se seguiam ao artigo correspondente ao artigo 1479.º do codigo, e que prohibiam a doação a favor dos ecclesiasticos e facultativos que houvessem assistido e tratado o enfermo na sua ultima molestia, quando aliás conservou no artigo 1769.º a disposição do artigo 1902.º do projecto primitivo, que os inhibia de receber por testamento.

Ora o principio de não restringir ás corporações ecclesiasticas o direito de receber por doação tinha rasão de ser no systema do projecto primitivo, como vamos ver da discussão havida entre o sr. Paes e o sr. Seabra, a respeito do artigo 1911.º d'aquelle projecto, que acima deixâmos transcripto, correspondente ao artigo 1781.º do codigo.

Ponderava o sr. Paes que devia ser permittido ás misericordias e hospitaes a acquisição de bens de raiz, mesmo a titulo de *herança*, vistoque a applicação dos rendimentos d'estes bens era em beneficio da humanidade pobre e enferma.

Respondia o sr. Seabra:

«Pensa igualmente o nosso illustre revisor, que se deve permittir que as misericordias e hospitaes adquiram, não só por legado mas tambem por herança, por isso que n'este caso não temos instituição da alma por herdeira, e não convem diminuir os recursos de estabelecimentos tão uteis.

«A rasão que nos moveu a assentar o principio de que as corporações não podessem adquirir por herança, mas sómente por legado, não foi o receio de similhantes instituições. Esse têmpo passou, e difficilmente voltará. O nosso fim foi outro, a saber: *acautelar os extravios de administração de heranças, evitar as difficuldades de liquidações, aceitações, repudios, e facilitar as alienações dos immoveis em tempo competente.* Nem esta disposição póde offender ou diminuir os recursos dos estabelecimentos publicos: pelo contrario, é ella favoravel, assim porque nada obsta a que se deixe por legado o que se deseja deixar por herança, como porque se desvia de cima dos estabelecimentos a grande responsabilidade inherente á qualidade de herdeiro.»

Vê-se pois que o sr. Seabra não se preoccupou com a idéa de restringir ás corporações o direito de receber a titulo gratuito pelo receio da instituição da alma por herdeira.

Pelo systema do sr. Seabra, o testador podia deixar todos os seus bens a quaesquer corporações, comtantoque fosse a titulo de legado. O que o sr. Seabra exigia era que os bens deixados fossem *determinados*, para evitar o inconveniente das liquidações e a responsabilidade de herdeiro.

Por isso prohibia as deixas a titulo de herança, mas dava ampla faculdade de dispor a titulo de legado, onde os bens são determinados; e não restringia o direito de dispor por doação, que tambem não abrange senão bens determinados, porque a doação de bens futuros era já nulla pelo projecto primitivo, artigo 1513.º, correspondente ao artigo 1453.º do codigo.

Porém desde que se prohibiu o dispor *mortis causa* alem do terço da terça, para suffragios, ou a favor de corporações ecclesiasticas, devia ampliar-se a prohibição ás disposições *inter vivos*. No entretanto

a commissão revisora conservou a este respeito sem modificação o systema do projecto.

Portanto é amplissimo o direito de doar para suffragios, ou a favor de corporações ecclesiasticas, ao passo que o direito de testar com o mesmo destino e applicação não póde abranger alem do terço da terça do testador.

O que vale é que effectivamente já passou o tempo em que podia haver grandes receios da instituição d'alma por herdeira, e que os beneficios para suffragios ou a favor de corporações ecclesiasticas só costumam ser deixados em actos *mortis causa*, e não em actos *inter vivos*.

Art. 36.º 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 lei especial lhes não tenha dado outra applicação.

O estado succede pelo direito que lhe compete de haver todos os bens vagos. O codigo salva com rasão a disposição de lei anterior, que tenha dado outra applicação aos bens das corporações. Assim, em virtude da lei de 4 de abril de 1861, os bens pertencentes ás corporações religiosas, a que a mesma lei se refere, pela extincção d'estas são destinados para a manutenção de outros estabelecimentos de piedade ou instrucção, e á sustentação do culto e clero.

O codigo não resolve expressamente, como fez a referida lei de 4 de abril de 1861, tambem a hypothese dos fundadores ou doadores terem feito alguma reserva dos bens, ou de lhes terem dado destino e applicação no caso da corporação se extinguir.

Ha muitos exemplos de se terem contemplado tanto entre vivos, como *mortis causa*, estas corporações com donativos, ou por occasião da sua fundação ou posteriormente, e de se determinar no proprio acto da doação o destino que hão de ter os bens, no caso de se desviarem da applicação para que foram dados.

Ora é de direito que se respeite a vontade dos doadores; portanto, ainda que o codigo não previna expressamente esta hypothese no texto da lei, devia julgar-se comprehendida no espirito da mesma lei, como consequencia do direito de dispor *inter vivos* e *mortis causa*, ou a doação tivesse sido feita antes ou depois da publicação do codigo, e por acto entre vivos ou *causa mortis*.

No entretanto, prohibidas como estão as substituições, mal poderia sustentar-se a clausula que désse, passados annos, e talvez seculos, pela extincção da corporação, outro senhor aos bens; e na pratica do fôro mesmo por direito antigo não têem sido respeitadas aquellas clausulas de reversão, como nós julgâmos que o não devem ser hoje, como incompativeis com os principios que determinam a prohibição das substituições.

Ainda assim a jurisprudencia do supremo tribunal de justiça parece ser latitudinaria quanto ao respeito devido ás clausulas e condições impostas pelos testadores nas instituições, em vista da doutrina do accordão de 21 de novembro de 1869, publicado no *Diario do Governo*, n.º 20 de 1870, que diz assim:

«Accordam os do conselho no supremo tribunal de justiça:

«Que vistos os autos, mostra-se que o dr. João Diogo Juzarte de Sequeira Sameiro, proprietario da villa de Castello de Vide, deixou no seu testamento feito em 7 de junho 1865, e aberto em 7 de agosto de

do mesmo anno, para patrimonio do asylo que em 20 de junho de 1863 ali havia creado debaixo da invocação de Nossa Senhora da Esperança, em beneficio dos pobres, todos os seus bens de raiz, á excepção d'aquelles de que já antes tivesse disposto em propriedade; e bem assim todo o dinheiro que lhe fosse encontrado, ou por qualquer titulo devido, e o producto da venda de seus gados; debaixo porém da condição de conservarem perpetuamente os bens de raiz na mesma especie em que eram deixados, aforando-se aquelles que ainda não estivessem aforados e reduzindo-se a capitaes os dinheiros, e que no caso d'isso se não poder conseguir por encontrar alguma medida legislativa, seriam vendidos esses bens pelo primeiro recorrente que tinha nomeado para administrador do asylo no tempo e na fórma que elle quizesse, sem obrigação de dar contas a auctoridade alguma, e reduzido o seu producto a capitaes em moeda forte para se conservar perpetuamente na mesma especie, sem se lhe poder dar outro destino e applicação que não fosse o do custeamento das despezas d'aquelle estabelecimento de beneficencia; e quando o governo (acrescenta o testador) lh'a queira dar directa ou indirectamente em todo ou em parte, cessará desde logo a instituição d'elle; e poderão ser reclamados pelos auctores e réus, ou seus descendentes legitimos, os preditos bens, provando-se o facto do desvio que o mesmo governo, ou qualquer poder publico, tentasse dar-lhes, ou de substitui-los por outra qualquer especie que não seja a metallica e moeda forte, porque com estas clausulas é que havia instituido e dotado o asylo de que se trata, na intenção de que não encontraria a disposição da lei vigente, mas encontrando-a que ficaria de nenhum effeito para se devolverem para os seus parentes indicados no testamento os bens que constituiam o seu patrimonio;

«Mostra-se que os auctores, como uns d'esses parentes chamados á successão, intentaram a presente acção contra os réus, pedindo se julgue ter caducado a referida instituição, por estarem as clausulas d'ella em manifesta opposição com a lei de 22 de junho de 1866, e que o primeiro recorrente seja condemnado a fazer inventario e dar partilha dos bens e valores que constituiam o patrimonio do asylo, entre os interessados, na conformidade das disposições do fallecido instituidor; cuja acção foi contrariada por negação pelos réus, e a final julgada extemporanea e improcedente pelo juiz de direito da 1.ª instancia, por nem se provar que o governo tenha pretendido desviar os bens do asylo do fim para que foram destinados pelo doador, nem que quizera converter os fundos metallicos em outra qualquer especie, deprehendendo-se o contrario d'isso pela approvação dos estatutos já depois da publicação da lei de 22 de junho de 1866, sem offensa da qual podia bem ser cumprida a vontade do mesmo testador;

«Mostra-se que appellando os auctores da sentença não obtiveram melhoramento por ser ella confirmada pelo accordão, de que vem interposto o recurso de revista, por entenderem os juizes signatarios do mesmo accordão que a lei citada não operava a caducidade do asylo;

«Considerando porém que a decisão tomada é repugnante com a disposição da mesma lei; porquanto se em cumprimento d'ella os bens dos asylos têem de ser vendidos em hasta publica e comprados com o seu producto titulos de divida consolidada, para serem entregues depois de registados aos estabelecimentos a quem pertenciam aquelles bens, certo é que os do asylo de que se trata não podiam ser conservados perpetuamente na mesma especie no patrimonio d'elle, como queria o seu instituidor: e não sendo assim possivel executar-se a instituição nos termos em que fôra ordenada, por lhe resistir a lei vi-

gente, não podia deixar de julgar-se a caducidade d'ella para os devidos effeitos. Não póde salval-a a auctorisação do mesmo instituidor, para em ultimo caso poder o administrador do asylo vender no tempo e na fórma que quizer os bens de raiz que lhe tinha deixado e capitalisar o producto da venda para pelo seu rendimento ser elle sustentado; porquanto tal disposição, encontrando a disposição da lei que prescreve outra fórma de venda para os bens dos estabelecimentos pios, não podia ser cumprida:

«Nem tão pouco póde aproveitar ao asylo, para continuar na fórma da sua instituição, a carta regia de 20 de novembro que approvou os seus estatutos, nas disposições que não fossem de encontro á legislação vigente, porque uma tal approvação não importa dispensa da lei geral em favor do asylo de que se trata, que um governo constitucional até não poderia conceder dentro dos limites de suas attribuições;

«Attendendo pois que nos termos expostos o accordão de que vem o recurso deixou de se conformar na sua decisão com a disposição da lei de 22 de junho de 1866, não julgando, para os devidos effeitos, a caducidade da instituição do asylo de que se trata, de que o primeiro réu é administrador, como elle reconhece, dos bens d'elle desde a morte do instituidor:»

A regra geral é que as clausulas e condições impostas pelos testadores ou doadores que fazem qualquer donativo devem respeitar-se, salvo sendo contrarias ás leis ou aos bons costumes.

Art. 37.º O estado, a igreja, as camaras municipaes, as juntas de parochia e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrucção publica, são havidos, emquanto ao exercicio dos direitos civis respectivos, por pessoas moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario.

Aqui está um artigo que, sem esclarecer cousa alguma, serve apenas para confundir.

Pois quaes são as outras pessoas moraes de que tratam os artigos antecedentes, que não sejam o estado, a igreja, as camaras municipaes, as juntas de parochia e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrucção publica?

O artigo do projecto primitivo do sr. Seabra, que foi substituido por este, era rasoavel, porque dizia: «O estado, as camaras municipaes e juntas de parochia são consideradas, emquanto ao exercicio dos direitos civis, como pessoas moraes, salvo na parte em que outra cousa se ache regulada por lei especial.»

A disposição d'este artigo do projecto explicava-se plausivelmente, porque se extremavam completamente de todas as outras as *tres* corporações de existencia necessaria, que fazem parte do estado; e por isso o projecto primitivo dizia que ellas, quanto *ao exercicio dos direitos civis*, eram sujeitas ás disposições que regulam as pessoas moraes.

Com relação ao artigo do codigo havia muito que dizer, mas nós, sob o ponto de vista de direito civil, limitar-nos-hemos a inquirir a significação das palavras *salvo na parte em que a lei ordenar o contrario.*

Que *lei* é esta, a que o artigo se refere? Será o proprio codigo n'outros artigos?

Tomando, como base de interpretação, o artigo do projecto primitivo, esta lei não é artigo algum do codigo, mas sim *lei especial*, que não póde deixar de ser a legislação administrativa,

Estará, por exemplo, ainda em vigor, depois da publicação do codigo civil, o artigo do codigo administrativo, em virtude do qual as deliberações da camara municipal, sobre a aceitação de doações e legados feitos ao municipio, carecem de ser confirmadas pelo conselho de districto? Por certo. O codigo estabeleceu o principio geral de que as corporações designadas no artigo 37.º eram pessoas moraes emquanto ao exercicio dos direitos civis, mas logo resalvou as disposições de outra lei na parte que ordenasse o contrario.

E é impossivel que não se tivesse em vista o codigo administrativo e mais leis sobre administração, assumpto sobre que o codigo civil guardou, como cumpria, completo silencio. O codigo limitou-se a reconhecer o principio geral de que todas as corporações e estabelecimentos publicos eram pessoas moraes, e a providenciar a respeito da acquisição de bens por parte d'estas pessoas, e nada mais.

Art. 38.º Nem o estado, nem quaesquer outras corporações ou estabelecimentos publicos, gosam do privilegio de restituição por inteiro.

(Vid. artigos 297.º e 298.º) Uma das grandes e proficuas innovações do codigo civil foi a abolição do privilegio da restituição *in integrum*, concedido aos menores, á fazenda e aos estabelecimentos publicos. Aquella instituição, que herdámos do direito romano, conservou-se sempre na nossa legislação; e nos livros dos praxistas e na pratica do fôro encontra-se ampliada muito alem da letra da lei.

A restituição por inteiro era remedio extraordinario, que se concedia aos menores e ás pessoas a elles equiparadas, para a rescisão de actos aliás validos, mas em que eram prejudicados, porque para os actos nullos tinham o remedio da lei commum, de que não podiam ser privadas aquellas pessoas privilegiadas, vistoque a todos era permittido usar d'elle.

E este remedio extraordinario era inaplicavel quando a essencia do acto estava affectada de nullidade, que podia ser arguida nos termos da lei geral.

Todavia as considerações juridicas e economicas são accordes em condemnar similhante privilegio.

Os contratos em que são partes os menores, ou as corporações de utidade publica, podem laborar, ou n'um vicio, que os invalide, nos termos da lei geral, ou mesmo validos podem ser nocivos aquellas pessoas, por culpa de seus representantes.

Que pede pois a logica juridica, n'estes casos? O simples bom senso o ensina. No primeiro caso prevalecem-se os menores e as corporações do remedio ordinario, reconhecido na lei commum. No segundo caso fazem effectiva a responsabilidade sobre os administradores, que não zelaram os seus negocios com a diligencia devida, isto é, pedem a esses administradores a reparação das perdas e damnos que por culpa d'elles soffreram.

Pedir porém com este fundamento a rescisão do acto juridico não ha principio que o legitime. Porque se ha de invalidar o contrato? Porque o menor soffreu prejuizo? Não. Se não houvesse outro meio de o indemnisar do damno, ainda haveria alguma rasão para aceitar o privilegio da restituição por inteiro.

Mas desde que apparece, e se sancciona outro meio mais logico, mais juridico e mais conforme aos principios economicos, não ha rasão que justifique aquella excepção aos principios geraes de direito.

Os antigos deixaram-se preoccupar unicamente pela idéa de valer aos interesses dos menores, sem encararem a questão debaixo de todos os seus aspectos, e sem contemplação com os principios da sciencia, nem com os interesses sociaes.

Os modernos procuram remediar as lesões feitas aos menores, sem com isso prejudicarem as conveniencias publicas, e respeitando sempre as considerações economicas e o rigor dos principios juridicos.

Não ha perigo algum em acabar com este privilegio, dando-se, como se dão no codigo, todas as garantias ás pessoas que d'elle gosavam, para não serem prejudicadas nos seus interesses, impondo-se aos tutores e administradores até a garantia de cauções hypothecarias, artigo 906.º n.ºs 1.º e 2.º

Portanto o menor não gosa hoje de remedio especial para a rescisão dos actos em que for prejudicado, artigo 298.º; e por analogia as corporações e estabelecimentos, que gosaram d'aquelle privilegio, perderam o direito a meio especial.

Hoje, salvo disposição de lei para caso especial, ninguem póde usar senão do remedio commum e geral, citado artigo 298.º

Art. 39.º As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contrato de sociedade.

(Vid. nota ao artigo 32.º).

TITULO VII

DO DOMICILIO

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 40.º O exercicio dos direitos, e o cumprimento das obrigações civis, são determinados, em diversos casos previstos na lei, pelo domicilio do cidadão.

O codigo omittiu a doutrina relativa á vizinhança, que teria o seu assento proprio n'este logar, pela sua ligação com as regras relativas ao domicilio.

Esta doutrina não tem hoje a importancia que teve antigamente, desde que acabaram os privilegios de que gosavam os vizinhos dos concelhos em virtude dos seus foraes, ou para serem isentos do pagamento de certos direitos reaes, ou para supportarem, na phrase da ordenação, os *encarregos* e *servidões* dos concelhos, onde eram moradores. No entretanto ainda hoje são tidas em conta na legislação administrativa as regras da vizinhança na habilitação dos moradores para gosarem dos pastos communs, na partilha de baldios, e n'outras vantagens locaes.

E no codigo civil é ainda origem de importantes direitos e obrigações, de que são exemplos as provisões contidas nos artigos 276.º, 469.º, 473.º, 1206.º § 1.º, 2482.º, 2483.º e outros.

O projecto do codigo hespanhol, d'onde o nosso tirou quasi toda a materia relativa ao domicilio, bem como o artigo 276.º e secção respectiva, chama *vizinhos*—os chefes de familia, que residem n'um povo

com casa aberta, reunindo alem d'isso alguma das seguintes circumstancias: 1.ª, estarem inscriptos no caderno da vizinhança; 2.ª, terem dois annos de residencia no povo, com o exercicio de alguma profissão ou industria, salvo com relação ao estrangeiro a quem exige outras condições: e declara que o logar, onde uma pessoa tem a sua vizinhança, é tambem o do seu domicilio.

Porém a respeito de *vizinhança* está ainda em vigor entre nós a doutrina da ordenação, porque o codigo só revogou da legislação anterior a que recaisse nas materias que elle abrangesse, e o codigo nada diz a respeito de vizinhos.

Ora pela ordenação, livro 2.º, titulo 56.º, vizinhos de um logar são: 1.º, os que ali nasceram; 2.º, os que têem emprego no logar, pelo qual ali devam viver e effectivamente vivam; 3.º, os que ahi estabelecerem residencia de quatro annos com casa mudada; 4.º, o que casar n'um logar e ahi permanecer com animo de residir; 5.º, o perfilhado no logar do perfilhante.

Porém a vizinhança não póde referir-se em todas as hypotheses exclusivamente a um povo ou logar, porque no caso do artigo 276.º, por exemplo, póde não haver n'um logar o pessoal preciso para compor o conselho de vizinhos. Cremos que a vizinhança n'este caso deve abranger outros logares proximos do da povoação do menor dentro do respectivo julgado, até onde seja indispensavel para constituir o conselho. Nos casos dos artigos 469.º e 473.º parece que a vizinhança não tem outros limites senão os do municipio ou da parochia respectiva.

É importante estabelecer as regras ácerca do *domicilio* do cidadão, que serve para determinar em muitos casos o logar em que se exercitam os direitos, e se cumprem as obrigações. O domicilio tem importantes effeitos juridicos. Serve para determinar o juizo natural do cidadão e o logar aonde este deve ser judicialmente demandado.

É no logar do domicilio, se o finado o tiver, que se abre a successão, e que corre o inventario e todas as acções relativas á herança. Se for impugnada a residencia ou o domicilio, é preciso prova-lo.

Em accordão do supremo tribunal de justiça de 13 de agosto de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 194 de 28 do referido mez, lê-se o seguinte:

«Attendendo a que a simples declaração do justificante, de que era residente em Lisboa, desacompanhada de prova, não póde constituir o seu domicilio, que nos termos do artigo 41.º do codigo civil é o logar onde o cidadão tem *a sua residencia permanente*, como era já por direito antigo, e por consequencia determinar a competencia do fôro, etc.».

Art. 41.º Domicilio é o logar, onde o cidadão tem a sua residencia permanente.

§ unico. Com relação ás corporações ou associações, a séde da sua administração substitue a residencia.

(Vid. artigo 44.º) O domicilio é no logar onde o cidadão tem a sua *residencia permanente*.

Para fixar ou *adquirir* o domicilio basta o simples facto da residencia, independentemente do *animo* de residir. Para *conservar* o domicilio basta o *animo* ou tenção de residir, emquanto por declaração expressa se não fixar n'outra parte. Para *mudar* de domicilio são necessarias duas circumstancias conjunctamente, o facto *real* da ha-

bitação e o animo de residir, devidamente comprovado. E a *prova* da intenção resulta da dupla declaração feita perante as municipalidades dos dois logares d'onde e para onde se muda, artigo 44.º

Por isso a simples morada n'outro logar sem a intenção *provada*, pela fórma acima referida, de ali residir, constitue apenas residencia. O domicilio póde ser equiparado a outro qualquer direito que, uma vez adquirido, se conserva pela simples intenção.

É sob este ponto de vista que a differença entre domicilio e residencia é cabal.

O domicilio é um *direito* que se conserva simplesmente pela intenção, independentemente do facto de residir. A residencia, pelo contrario, é simplesmente um *facto*, que se perde no mesmo instante em que se deixa de residir.

Ainda assim a *residencia* tem importantes effeitos juridicos, como no caso do artigo 1206.º A mulher separada de facto do marido póde requerer a separação judicial de pessoas na sua propria residencia, postoque seja differente da do marido. Quanto ao domicilio não tem a mulher outro senão o do marido, salvos os casos apontados em as notas aos artigos 49.º e 53.º

Porém a residencia da mulher que depende simplesmente de um facto não está sujeita á residencia do marido.

Ha duas decisões do supremo tribunal de justiça a este respeito ambas encontradas. Porém o ultimo julgado foi no sentido da nossa opinião. Em a nota ao artigo 1206.º trataremos esta questão desenvolvidamente.

A commissão revisora suppriu uma lacuna do projecto de codigo, marcando o domicilio das corporações na séde da sua administração, para evitar a duvida se poderiam ser demandadas em qualquer circumscripção, onde tivessem agencias filiaes.

A doutrina do § unico é rasoavel, porque as pessoas moraes nao podem exercer os seus direitos activa e passivamente, senão por intermedio dos seus representantes, que são os directores e administradores, que vivem na séde da administração. Deve todavia entender-se resalvado o caso de pelos seus estatutos ou por lei especial se ter determinado outra cousa.

O codigo regula o domicilio apenas quanto ao *exercicio dos direitos civis*. O domicilio politico está sujeito a outras regras, postoque não muito differentes, que se acham prescriptas em o n.º 14.º §§ 1.º e 2.º do artigo 27.º do decreto eleitoral de 30 de setembro de 1852.

Art. 42.º O domicilio póde ser voluntario ou necessario: voluntario é o que depende do arbitrio do cidadão; necessario, o que é designado pela lei.

O domicilio voluntario é a regra que nasce do principio de ser livre ao cidadão a escolha do logar onde ha de exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações. O domicilio necessario é a excepção, e determinado, não pela vontade do homem, mas pelas conveniencias publicas.

CAPITULO II

DO DOMICILIO VOLUNTARIO

Art. 43.º Se o cidadão tiver diversas residencias, onde viva alternadamente, será havido por domiciliado n'aquella onde

se achar, excepto se tiver declarado perante a respectiva camara municipal, que prefere alguma d'ellas.

(Vid. artigo 45.º) N'estes artigos estabelecem-se duas hypotheses para regular o domicilio no caso do cidadão não ter residencia *permanente*. Se tem diversas residencias temporarias, *v. g.* uma residencia no verão e outra no inverno, reputa-se domiciliado n'aquella onde se achar ao tempo em que se verificar o facto ou acção juridica, que está sujeita ás regras do domicilio, salvo se elle tiver escolhido para domicilio alguma d'essas residencias, tendo-o declarado assim perante a municipalidade respectiva. N'esta hypothese escusa de fazer a declaração perante todas as municipalidades dos logares onde são as residencias temporarias. Basta faze-la perante a municipalidade do logar que escolhe para seu domicilio.

Se não tem residencia alguma, nem permanente nem temporaria, como acontece com os vendedores ambulantes, é o domicilio do cidadão no logar onde se achar ao tempo do facto ou da acção juridica.

O artigo 45.º tem de mais a palavra *permanente*. O caso de não haver residencia permanente, mas sim temporaria, já estava prevenido no artigo 43.º Portanto o artigo 45.º seria, ou uma redundancia, ou mesmo contradicção com o artigo 43.º, se regulasse outra hypothese que não fosse a de falta *absoluta* de residencia, tanto temporaria como permanente.

Art. 44.º O cidadão póde mudar, quando lhe aprouver, o seu domicilio, manifestando o facto da transferencia perante as camaras municipaes dos concelhos, donde e para onde se muda.

§ unico. Esta communicação produzirá os seus effeitos, desde que o transferente tiver estabelecido a sua morada no concelho indicado por elle.

(Vid. nota ao artigo 41.)

Art. 45.º O cidadão, que não tiver residencia permanente, será tido por domiciliado no logar onde se achar.

(Vid. nota ao artigo 43.)

Art. 46.º Os cidadãos podem estipular domicilio particular, para o cumprimento de actos determinados, que a lei não haja sujeito a certo domicilio, fazendo-o por documento authentico ou authenticado; não podem, porém, deixar essa escolha a arbitrio de outrem.

§ unico. Fallecendo algum dos estipulantes, a convenção conserva os seus effeitos, em relação aos herdeiros, não tendo havido declaração em contrario.

As partes contratantes podem renunciar ao direito, que tem qualquer cidadão de não ser compellido ao cumprimento das suas obrigações senão no seu domicilio. A renuncia a este direito nada tem de contrario á ordem publica; e a execução rigorosa do principio do domicilio poderia contrariar muitas vezes os interesses de ambas as partes.

Os mutuarios na companhia do credito-predial portuguez por exemplo todos se obrigam a responder pela execução do contrato nos tribunaes de Lisboa, qualquer que seja o seu domicilio.

Realmente se este estabelecimento ou qualquer particular de Lisboa, que fizesse um emprestimo a um individuo de Traz os Montes, do Algarve, ou das ilhas adjacentes, não tivesse o direito de estipular que as questões sobre a execução do contrato se ventilassem em juizo estranho ao do domicilio do réu, difficultar-se-iam de certo muito as transações.

As diligencias, a que pela natureza das cousas é forçoso proceder no domicilio do réu ou na situação dos bens, satisfazem-se por deprecada. Esta doutrina foi sempre reconhecida no nosso direito.

As renuncias geraes do domicilio são nullas, ainda que o codigo o não diz, e até o sr. Seabra supprimiu no seu projecto primitivo esta disposição, que se lia na primeira parte do projecto, quando foi publicada em separado.

Pelo codigo as partes hão de estabelecer *precisamente* o juizo, onde ha de pleitear-se qualquer acção emergente do contrato: o codigo não as auctorisa a convencionar, por exemplo, que o réu seja obrigado a responder em qualquer juizo, aonde o auctor o queira demandar. A rasão é porque a liberdade de escolha não deve produzir a *incerteza* do domicilio: e por isso não póde deixar-se tambem a arbitrio de terceiro.

Os herdeiros das partes são igualmente obrigados a responder no juizo fixado no contrato, porque as obrigações civis se transmittem com a herança; as penas é que são intransmissiveis em regra, como meramente pessoaes.

Porém o arbitrio que o artigo deixa ás partes de convencionarem o domicilio particular, é restricto ás tres seguintes condições: 1.º, de serem os actos *determinados;* 2.º, de não serem sujeitos pela lei a *certo* e prefixo domicilio; 3.º, de se ajustar a condição em documento *authentico ou authenticado.*

Portanto as partes podem estipular domicilio particular para a execução e cumprimento de actos determinados, tanto judiciaes como extrajudiciaes. Assim o crédor póde estipular com o devedor a obrigação d'este lhe pagar os juros em sua casa, e de responder no seu domicilio a qualquer acção nascida do contrato, etc.

Mesmo as partes que têem domicilio necessario podem estipular este domicilio particular para certos e determinados actos. O magistrado judicial de qualquer comarca do Alemtejo por exemplo, que contrahir um emprestimo em Lisboa, póde obrigar-se a responder n'este juizo.

CAPITULO III

DO DOMICILIO NECESSARIO

Art. 47.º Os menores, não emancipados, têem por domicilio o do pae ou da mãe, a cuja auctoridade se acham sujeitos, e, na falta ou impedimento legal d'estes, o do tutor.

Art. 48.º Os maiores, sujeitos a tutela, têem por domicilio o do tutor.

(Vid. artigo 321.º) O menor não emancipado, quanto á administração da sua pessoa e bens, está sujeito á auctoridade dos paes, ou do tutor, e por isso não póde ter outro domicilio. São os paes ou o tutor que representam o menor nos seus negocios judiciaes ou extrajudiciaes. Os interdictos por demencia são equiparados aos menores não emancipados quanto á administração de sua pessoa e bens, artigo 321.º, e por isso não podem ter outro domicilio, senão o do pae ou mãe ou tutor.

Art. 49.º A mulher casada tem por domicilio o do marido, não se achando separada judicialmente de pessoa e bens, salva a disposição do § 2.º do artigo 53.º

(Vid. artigos 1184.º, n.º 2, e 1186.º) A doutrina do artigo 49.º, de que a mulher não tem outro domicilio, senão o do marido, é consequencia do disposto nos artigos 1184.º, n.º 2.º, e 1186.º, que obrigam a mulher a viver com o marido, e isto ainda mesmo, que se dê a separação de bens determinada nos artigos 1219.º e seguintes; porque só a separação judicial de pessoa e bens nos termos do artigo 1204.º e seguintes é que faz perder á mulher o domicilio do marido, vistoque em virtude d'esta separação o casamento se reputa como dissolvido, artigo 1211.º

O artigo 49.º não expressa outra excepção ao principio geral do artigo, alem da mencionada no § 2.º do artigo 53.º Mas a esta excepção é preciso acrescentar outras, como no caso de sair o marido para paiz estrangeiro, recusando-se a mulher a acompanha-lo como lhe permitte o artigo 1186.º, e as mais que havemos de indicar em a nota ao referido artigo 53.º

Art. 50.º Os maiores ou os menores emancipados, que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, têem por domicilio o da pessoa a quem servem, se com ella habitarem, salvo o que fica disposto nos dois artigos precedentes.

Dão-se aqui todas as circumstancias requeridas para constituir domicilio — a habitação real, e a prova legal da intenção, resultante do serviço ou trabalho habitual em casa da mesma pessoa. Portanto os maiores, ou havidos como taes, que forem creados de servir, e que trabalharem *habitualmente* em casa de qualquer pessoa, se com ella habitarem, ahi têem o seu domicilio.

E qual seria o domicilio da mulher, que habitasse e trabalhasse em casa differente d'aquella onde estava seu marido? Era o domicilio do marido, assim como em iguaes circumstancias o domicilio do menor ou do interdicto sujeito a tutella era o do tutor, poisque o artigo 50.º salva o disposto nos artigos 48.º e 49.º

Art. 51.º Os empregados publicos, que exercem os seus empregos em logar certo, têem n'elle domicilio necessario. O domicilio é determinado pela posse do emprego, ou pelo exercicio das respectivas attribuições.

§ unico. Não sendo o emprego exercido em logar certo, applicar-se-hão as disposições do capitulo antecedente, para determinar o domicilio do empregado.

Os empregados publicos vitalicios ou temporarios, que exercem as suas funcções em logar determinado, têem ahi domicilio necessario. Os inspectores das alfandegas e das contribuições, por exemplo, que não têem logar certo para o exercicio do seu emprego, não se comprehendem na disposição do artigo, mas na do § unico.

Tambem se não comprehendem na disposição do artigo os *pares e deputados*, que não são empregados publicos, comquanto exerçam funcções publicas.

A commissão revisora, nos trabalhos da ultima revisão, em sessão de 20 de outubro de 1864 acabou com a distincção entre empregados publicos vitalicios e temporarios, que, para os effeitos do domicilio necessario, fazia o projecto primitivo, e que se conservou até á edição de 1864, substituindo-a pela divisão entre empregados publicos, que exercem o seu emprego em logar certo, ou em logar indeterminado, devendo comprehender-se n'estes os de pura commissão. A distincção mesmo entre empregados publicos vitalicios e temporarios era quasi impraticavel, porque a maior parte d'aquelles que, para os effeitos politicos, são considerados de commissão, não tem no diploma de nomeação marcado o tempo de duração das suas funcções, como são os governadores civis, etc.

Pelo contrario devem presumir-se vitalicios, emquanto não desmerecerem pelo seu serviço.

Marcar ao empregado *o domicilio necessario* no logar do exercicio das suas funcções é conveniente a elle, porque ali se defende com menor incommodo e despezas, e conveniente á outra parte, que escusa de andar a investigar o domicilio primitivo de um antigo empregado, que póde residir a longa distancia, e estar separado desde muito tempo do seu primitivo domicilio.

O domicilio é determinado pela *posse* do emprego, ou pelo *exercicio* das funcções.

É difficil de combinar este preceito do codigo nas suas duas partes.

O exercicio das funcções não coincide sempre com a posse do emprego. Casos ha em que se toma posse por procuração, e não poucas vezes depois da posse, ainda pessoal, o empregado ausenta-se com licença sem entrar no exercicio das suas funcções.

Portanto, em vista do artigo do codigo, desde quando se julga fixado o domicilio do empregado, desde a *posse*, ou desde o exercicio?

O codigo francez diz que a *aceitação* das funcções importa a transferencia immediata do domicilio do funccionario para o logar onde deve exercer as suas funcções; e Rogron, annotando o artigo, é de opinião que o funccionario nomeado se julga *ter aceitado* desde o dia em que prestou juramento.

Logoque o empregado tomou posse, aceitou realmente, e por isso o mais rasoavel é considerar-se transferido o domicilio desde a posse; assim deve entender-se o artigo interpretado no seu verdadeiro espirito.

Se o domicilio é determinado, ou pela posse, ou pelo exercicio, parece que *verificado* qualquer dos dois factos o domicilio está transferido; e como a posse precede sempre o exercicio das funcções, é a posse que fixa real e verdadeiramente a mudança do domicilio.

Art. 52.º Os militares arregimentados têem domicilio no logar, onde o corpo a que pertencem está de guarnição. Os militares não arregimentados têem domicilio no logar onde estão de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada permanente; porque, n'esse caso, ahi será o seu domicilio.

§ unico. Os maritimos com praça na armada têem domicilio em Lisboa. Os que pertencerem á tripulação de navios de commercio, ou de barcos costeiros, têem domicilio nas povoações a que pertencem os ditos navios ou barcos, se por outra causa não tiverem domicilio differente.

Dizem-se *arregimentados* os militares que estão servindo em algum corpo estacionado em logar designado; *não arregimentados* os que prestarem serviço de inspecção, ou de commissão sem ligação a corpo e logar determinado.

Os militares, se estão arregimentados, têem domicilio no logar onde se acha estacionado o corpo a que pertencem.

Se não estão arregimentados, têem o domicilio no logar onde estão de serviço, se não tiverem algum *estabelecimento ou morada permanente.*

A commissão revisora substituiu no artigo 41.º as palavras *morada ou estabelecimento* por estas outras *residencia permanente.*

Aqui porém conservou a linguagem do projecto primitivo, e esta diversidade de linguagem implicaria duvidas sobre o pensamento, se não se conhecesse claramente que a commissão empregou aqui as palavras *morada ou estabelecimento* no mesmo sentido de residencia permanente, esquecendo-se apenas de harmonisar a redacção.

Os militares pertencentes á armada têem domicilio em Lisboa. A tripulação dos navios ou de barcos costeiros tem por domicilio o logar a que pertencem os navios, salvas as disposições dos artigos 47.º e 48.º De outro modo seria impossivel fixar o domicilio dos marinheiros, attenta a constante mobilidade a que os obriga a sua profissão.

O prescripto no § unico do artigo 52.º já se achava determinado no artigo 5.º do decreto de 25 de agosto de 1859.

O projecto primitivo dispunha que o domicilio do militar se fixava pelo seu assentamento de praça, o que a commissão revisora eliminou, provavelmente por julgar dispensavel esta determinação, depois de ter dito no artigo antecedente que o domicilio dos empregados publicos era determinado pela posse do emprego, ou pelo exercicio das respectivas funcções.

Art. 53.º Os condemnados a prisão, desterro ou degredo têem por domicilio o logar onde estão cumprindo a pena imposta; excepto no que respeita ás obrigações contrahidas antes do delicto, em relação ás quaes conservam o antigo domicilio, se porventura o tinham.

§ 1.º Os réus condemnados, emquanto não forem transferidos para o logar onde houverem de cumprir a pena, terão por domicilio o logar onde se acharem retidos.

§ 2.º A mulher e os filhos do condemnado a degredo, que não o acompanharam para o logar do cumprimento da pena, não têem por domicilio o do marido e do pae, mas o seu proprio, em conformidade das regras estabelecidas nos artigos antecedentes.

Os condemnados a desterro, degredo ou prisão têem por domicilio, quanto aos actos contrahidos depois do delicto, o logar onde estiverem cumprindo a pena, porque para os anteriores serve o antigo domicilio. Seria desarrasoado obrigar quem tivesse contratado com o delinquente antes da perpetração do delicto a ir demanda-lo pela execução do contrato nas costas de Africa, por exemplo.

O § 1.º era escusado, porque os réus, depois de condemnados definitivamente por delicto ordinario, em qualquer logar que se achem, estão já cumprindo a pena, como se estivessem no logar marcado pela sentença.

O § 2.º é que pela sua redacção dá logar a suppor-se por argumento *à contrario sensu* que reconhece doutrina inteiramente incompativel com os principios geraes de direito e com as proprias provisões do codigo.

Não é só no caso de condemnação a degredo, mas tambem no caso de condemnação a qualquer das penas maiores, salvo a da perda dos direitos politicos, que a mulher e os filhos do condemnado deixam de ter o domicilio do pae se o não acompanharem para o logar do cumprimento da pena. Se a pena é de prisão ou de trabalhos publicos e perpetua, o condemnado perde, como no caso de degredo perpetuo, até o direito á protecção de leis civis para exercer auctoridade a respeito da mulher e dos filhos, e, se é temporaria alguma d'estas tres penas, ou se a condemnação foi a expulsão do reino, perde os direitos politicos, e os seus bens são regidos durante o cumprimento da pena, como os dos incapazes e dos ausentes, artigos 54.º e 55.º do codigo penal.

Portanto é preciso ampliar a provisão do § ao caso de condemnação a qualquer das penas maiores, salvo a da perda de direitos politicos. No caso de expulsão, o condemnado fica até privado da qualidade de cidadão portuguez, emquanto duram os effeitos da sentença condemnatoria; e não póde marcar-se-lhe domicilio em territorio estrangeiro.

Nas penas perpetuas de trabalhos publicos e prisão tambem não póde ser no domicilio do condemnado o da mulher e dos filhos, que não residem no logar do cumprimento da pena, visto que o condemnado perde o direito á protecção das leis para exercer a sua auctoridade marital e paternal.

No caso de serem temporarias as penas maiores de prisão e de trabalhos publicos, em que a administração pertence á mulher nos termos do artigo 54.º do codigo penal, e 55.º do codigo civil, seria altamente inconveniente que a mulher e os filhos, se não acompanhassem o condemnado para o logar do cumprimento da pena, se considerassem domiciliados ahi.

Supponhâmos a hypothese de que o condemnado á pena de prisão ou de trabalhos publicos, a está cumprindo em Lisboa, sendo o seu ultimo domicilio em Bragança, onde a mulher se acha administrando os seus bens, ha de considerar-se domiciliada em Lisboa a mulher para o exercicio de todos os direitos, em que figure activa ou passivamente? Seria o maior dos absurdos.

Entendemos pois que o disposto no § 2.º com relação á pena de degredo, é applicavel a todas as outras penas maiores, excepto á da perda dos direitos politicos.

Art. 54.º O domicilio necessario cessa desde o momento em que cessa o facto de que depende.

Assim o maior sujeito á tutela tem domicilio proprio desde que lhe for levantada a interdicção. *Sublata causa cessat effectus.*

TITULO VIII

DA AUSENCIA

CAPITULO I

DA CURADORIA PROVISORIA DOS BENS DO AUSENTE

Art. 55.º Se qualquer pessoa desapparecer do logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'ella se saiba parte, e não houver deixado procurador, ou quem legalmente administre os seus bens, e se for necessario prover a este respeito, ser-lhe-ha dado curador pelo juiz competente.

§ 1.º É competente para esse effeito o juiz do domicilio do ausente.

§ 2.º O que fica disposto no § antecedente não obstará ás providencias conservatorias que se tornarem indispensaveis em qualquer outra parte, onde o ausente tenha bens.

(Vid. artigos 139.º, 342.º, 1117.º § unico, e 1189.º) N'este artigo temos nós já a prova de que o domicilio é origem de importantes direitos, porque é o juizo do domicilio do ausente o competente para deferir a todos os termos da curadoria, tanto provisoria, como definitiva.

O nosso direito anterior poucas providencias continha sobre a materia de ausencia, que hoje merece a maior consideração a todos os legisladores.

A navegação, o commercio, e até o amor da sciencia, têem creado uma especie de *cosmopolitismo*, fortificado ainda pela emigração para paizes estrangeiros, ou em busca de fortuna ou em simples viagem de recreio ou instrucção.

Por isso nos codigos modernos é miudamente regulado o estado de ausencia, como não podia deixar de ser, porque as leis devem acompanhar as necessidades dos povos.

Ausente, na linguagem ordinaria, é o que não está no seu domicilio ou residencia, é o *não presente*, ainda que d'elle haja noticias.

Na linguagem juridica, ou antes segundo o codigo *ausente* é o que desappareceu do seu domicilio ou residencia, sem d'elle haver noticias, e cuja existencia portanto é incerta.

O principio fundamental n'esta materia é a incerteza sobre a vida e sobre a morte do individuo. E como esta incerteza augmenta na rasão do tempo decorrido depois das ultimas noticias, o codigo considera a ausencia em tres epochas, segundo o espaço de tempo já passado.

A 1.ª epocha é a ausencia não excedente a quatro annos depois das ultimas noticias, que produz o effeito de *simples administração*, que é a curadoria provisoria, de que vamos occupar-nos n'este capitulo; a 2.ª é a ausencia excedente a quatro annos e não a vinte, que produz o effeito de adjudicar aos herdeiros presumidos a *posse* dos bens com o direito a parte dos rendimentos, que é a curadoria definitiva; a 3.ª é a ausencia por mais de vinte annos, ou a idade de noventa e cinco annos completos, que produz o effeito de metter os herdeiros presumidos na posse definitiva dos bens, com a faculdade de disporem d'elles e de fazerem seus todos os rendimentos salvo o disposto nos artigos 80.º e 94.º

Da curadoria provisoria trata-se nos artigos 55.º a 63.

A curadoria provisoria aos bens do ausente não póde ter logar sem se verificarem simultaneamente dois requisitos: 1.º, não deixar elle *procurador* ou *legal administrador* de seus bens; 2.º, ser necessario *prover* á administração dos mesmos bens.

Quanto á 1.ª condição. Quem será o *administrador legal*, a que se refere o artigo 55.º? É de certo e unicamente o conjuge presente, vistos os artigos 139.º, 1117.º § unico e 1189.º

Como a curadoria provisoria não confere outros direitos senão os *de administração*, emquanto ha administrador, ou nomeado pelo *ausente*, ou pela *lei*, não tem logar o curador dativo.

Quanto á 2.ª condição. É rasoavel não deferir a terceiro a administração dos bens do ausente, senão quando elles carecem realmente de ser administrados, como se os predios rusticos ficam sem cultura, se os predios urbanos se arruinam, etc. Se porém os capitaes do ausente são, por exemplo, inscripções, cujos rendimentos se vão accumulando, e que pódem receber-se mais tarde, ou se elle deixou apenas predios rusticos com arrendamento a praso largo, rendas adiantadas, contribuições a cargo do arrendatario, etc., e este cultiva regularmente os predios, não ha necessidade de deferir a curadoria.

Esta situação provisoria termina pela curadoria definitiva, depois de decorridos quatro ou dez annos, nos termos do artigo 64.º

Portanto um dos fundamentos indispensaveis para deferir a curadoria provisoria é a *necessidade* de administrar os bens do ausente. Se não houver essa necessidade, ou se houver alguem encarregado por elle, ou pela lei, de os administrar, não ha logar á curadoria provisoria. Se decorreram quatro annos sem se installar a curadoria provisoria, já não póde ser deferida, por ter então logar a definitiva.

Antigamente, verificado que fosse o facto da ausencia, nomeava-se logo o curador, sem se inquerir da *necessidade* de administrar os bens, o que tinha o inconveniente gravissimo de collocar escusadamente um terceiro á frente da administração de bens alheios.

O deferimento pois da curadoria provisoria ha de assentar sobre a justificação dos factos mencionados no artigo. Se para a curadoria provisoria, como acto menos importante e de natureza um pouco diversa, se dispensa a longa serie de formalidades a que é indispensavel proceder para deferir a curadoria definitiva, é todavia necessario que se provem ainda summariamente os factos que o artigo reconhece como necessarios para ella ser installada. Em caso nenhum deve deferir-se a curadoria provisoria sem a citação por editos do ausente, não com as formalidades excepcionaes marcadas no artigo 65.º para a curadoria definitiva, mas com as formalidades ordinarias requeridas na citação edital.

Quem requerer pois a curadoria provisoria, deve allegar e provar: 1.º o desapparecimento da pessoa do logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'ella se saiba parte; 2.º, o não ter deixado procurador ou quem legalmente administre os seus bens; 3.º, ou que tendo deixado procurador, este se acha impedido ou falleceu; 4.º, a necessidade de prover á administração dos bens, indicando factos comprovativos d'essa necessidade, como *abandono, deterioração,* etc.; 5.º, que o requerente, se não é o ministerio publico, tem interesse na conservação dos bens do ausente.

O projecto de codigo de processo não providenceia a respeito da curadoria provisoria.

A qualificação da urgencia fica ao prudente arbitrio do tribunal do domicilio do ausente, que se presumé o mais competente para

apreciar os motivos e as circumstancias que influem no deferimento da curadoria, e porque é o domicilio o juizo natural do cidadão. Por estas mesmas rasões a acção de interdicção por demencia, surdez-mudez e prodigalidade deve ser proposta no domicilio d'aquelle cuja interdicção se requer, artigos 317.º, 339.º e 342.º A unica differença entre o processo de ausencia e o de interdicção é que aquelle póde correr perante juiz ordinario, e este é da exclusiva attribuição do juiz de direito.

O § 1.º do artigo achava-se redigido no projecto primitivo nos seguintes termos: «É competente para este effeito o juiz do domicilio *ou residencia* do ausente, se domicilio conhecido não tiver». Proposta a eliminação das palavras *ou residencia, se domicilio conhecido não tiver* em sessão da commissão revisora de 3 de maio de 1860, depois de largo debate, ficou empatada a votação. Mas na sessão seguinte, de 6 de maio, foram eliminadas por decisão da maioria.

Em presença d'esta resolução, na falta de domicilio como residencia permanente, deve reger o disposto nos artigos 43.º e 45.º

Mas se o ausente, bem como o menor, artigo 188.º §§ 1.º e 2.º, tiver bens em julgado differente, as auctoridades respectivas podem e devem tomar todas as providencias conservatorias, emquanto o curador provisorio ou o tutor não é investido definitivamente na administração dos bens.

Mal se explica a rasão por que se não tornou applicavel expressamente ao caso de ausencia a doutrina prescripta no § 2.º do artigo 188.º com relação á menoridade, que não póde deixar de ser-lhe applicavel por analogia

Estabelecendo-se para o caso de ausencia a obrigação de o juizo estranho ao domicilio do ausente tomar providencias conservatorias com relação aos bens existentes na sua jurisdicção, tacitamente se impõe a esse juizo a obrigação de communicar essas providencias ao juizo do domicilio da ausencia.

Desde que se determinou no § 2.º d'este artigo, com relação á ausencia, o que no § 1.º do artigo 188.º se dispoz com relação á menoridade, deve presumir-se tambem virtualmente prescripto para o caso de ausencia, o que se acha expressamente estabelecido no § 2.º do artigo 188.º para o caso de menoridade.

Se o individuo se ausentar para terras longinquas, como para o Brazil, sem deixar procurador, ou quem legalmente administre seus bens, ha de nomear-se-lhe tambem curador provisorio, no caso dos bens carecerem de administração, ainda que se saibam noticias d'elle?

É hypothese que o codigo não regula, e que tambem não estava prevenida no direito anterior. Para nós é evidente que a curadoria provisoria não póde ter logar n'este caso, não só em presença da disposição expressa do artigo 55.º, mas porque, mesmo nos casos em que tem logar a curadoria provisoria, termina logoque ha *certeza da existencia* do ausente, como dispõe o artigo 63.º n.º 1.º

Portanto, se a curadoria provisoria não póde continuar logoque haja certeza da existencia do ausente, muito menos poderá installar-se quando d'elle ha noticias.

A omissão do codigo em regular a ausencia, quando *se sabe* da existencia dos ausentes, póde justificar-se.

Em primeiro logar o *estado* ingere-se na administração da fortuna do ausente, *na incerteza* da existencia d'este, para os bens não estarem em abandono, pelo direito de protecção que a sociedade deve a todos os seus membros.

Mas desde que a existencia do ausente é *certa*, não ha rasão para

o estado se encarregar da administração dos bens de um individuo que a descura voluntariamente; sendo unico remedio para este abandono a interdicção por prodigalidade, se poder ter logar.

A ingerencia do estado, em taes circumstancias, na administração de bens alheios, importaria uma tutela só justificada com relação aos menores, e aos interdictos, que são aquelles equiparados.

Em segundo logar havia de ser difficil *precisar* o verdadeiro estado da ausencia, sabendo-se da existencia do ausente.

Deveria reputar-se ausente, para este effeito, unicamente o que se tivesse retirado para paiz estrangeiro? Ou deveria tambem considerar-se ausente o que se retirasse para as possessões ultramarinas, ou para as ilhas adjacentes, ou mesmo o que saisse de um para outro extremo do territorio continental?

Que tempo deveria mediar depois da saida do seu domicilio para se presumir que elle abandonára a administração dos seus bens?

Tudo isto são difficuldades que a lei mal poderia vencer.

No entretanto casos excepcionaes haverá em que o poder judicial deverá tomar algumas providencias *conservatorias* com relação aos bens de ausentes, de cuja existencia ha noticia, por argumento do artigo 2040.º

A mulher do ausente, cuja existencia é reconhecida, será apesar d'isso a legitima administradora dos bens do casal? Ou a mulher unicamente será pessoa legitima para administrar, no caso de ausencia do marido, sem d'elle haver noticias?

O projecto primitivo dispunha, no artigo 139.º, que passou com a mesma numeração e redacção para o codigo, que a mulher fazia as vezes do marido na *ausencia* ou qualquer outro impedimento d'este, com relação á administração da pessoa e bens dos filhos.

Tambem no artigo 1158.º, correspondente ao artigo 1114.º do codigo, garantia o projecto as dividas contrahidas pela mulher na *ausencia* e impedimento do marido.

Porém nos artigos 1161.º, 1235.º e 1236.º, correspondentes ao § unico do artigo 1117.º e aos artigos 1189.º e 1190.º do codigo, só conferia a administração do casal á mulher, *na falta* e impedimento do marido.

Significaria aqui a palavra *falta* idéa diversa da contida no termo *ausencia*? Cremos que não; e essa duvida acabou desde que a commissão revisora deliberou substituir n'estes tres artigos a palavra *falta* pelo termo *ausencia*.

Verdade seja que ainda hoje se lê a palavra *falta* no artigo 1189.º, que reproduz a redacção do artigo 1235.º do projecto primitivo, mas deve attribuir-se isso a descuido, porque a commissão revisora, examinando em sessão de 30 de novembro de 1863 os artigos 1208.º e 1209.º do projecto de 1863, correspondentes aos artigos 1235.º e 1236.º do projecto primitivo, e 1189.º e 1190.º do codigo, resolveu substituir a palavra *falta*, que vinha em ambos os artigos, pela palavra *ausencia*.

Fez-se a substituição d'aquella palavra no artigo correspondente ao 1190.º do codigo, talvez por ser redigido n'aquella mesma sessão com outras emendas importantes que se lhe fizeram, e esqueceu provavelmente consignar depois na redacção do artigo correspondente ao 1189.º a emenda feita, talvez por consistir na simples mudança de uma palavra.

Em todo o caso, e em vista das considerações expostas, é preciso ligar a palavra *falta*, que se lê no artigo 1189.º, a mesma idéa que se liga á palavra *ausencia*, empregada no § unico do artigo 1117.º e no artigo 1190.º

Mas será licito á mulher administrar na ausencia do marido, ainda mesmo que d'elle se saiba parte? Cremos que sim.

Para o caso da ausencia, qualificada como tal n'este titulo, estão marcados os direitos do curador provisorio ou definitivo. Não é por isso a esta ausencia sómente que se referem os artigos 1113.º, 1114.º § 2.º e 1116.º A redacção d'estes artigos dizendo que o marido póde contrahir dividas sem outorga da mulher, ou a mulher sem outorga do marido, quando o fim para que a divida foi contrahida não permitte que se espere *pelo seu regresso*, prova que elles se referem ao caso de haver noticias de que o outro conjuge vive, e vive em logar *sabido*, porque sem estas noticias não se podia calcular se se podia ou não esperar pelo seu regresso: e a ausencia, que importa a curadoria, só tem logar quando o conjuge desapparece sem d'elle haver noticias.

Ha pois um estado sem ser o da *ausencia* para os effeitos da curadoria, em que a mulher póde contrahir dividas sem a auctorisação do marido, ou este obrigar, sem outorga d'ella, os bens communs; estado que o codigo não determina, e cuja apreciação ficará por isso a arbitrio dos tribunaes. Para se dar o caso de *ausencia* n'esta hypothese, será essencial que o outro conjuge esteja fóra do paiz? Não. Os tribunaes apreciarão o facto da ausencia em cada hypothese segundo as circumstancias. Assim é preciso contrahir uma divida para pagar os impostos que são pedidos, sob pena de execução, para fazer o funeral de uma pessoa de familia, para pagamento de uma letra, etc., tão prompta póde ser a necessidade de contrahir a divida para fazer o pagamento, que se repute ausente o marido, que está, por exemplo, no mesmo districto.

Nas palavras *cessação do impedimento*, empregadas nos já citados artigos, tambem o codigo se não refere só aos impedimentos permanentes, consequencia da interdicção. Para esses casos legisla nos artigos 326.º e 327.º; e o poder calcular-se o tempo da *cessação do impedimento* prova que os artigos 1113.º, 1114.º e 1116.º não se referem só aos impedimentos, filhos de sentença de interdicção, cuja duração ninguem póde prever. Provavelmente aquelles artigos referem-se principalmente a impedimentos cuja existencia legal não está reconhecida, como ao caso de doença grave de um dos conjuges, em que o outro tenha necessidade de contrahir dividas de prompto, sem esperar pelas melhoras do seu consorte, etc.

Não podem entender-se de outro modo as palavras *ou no seu impedimento ou ausencia*, empregadas no artigo 1117.º, logo em seguida aos artigos 1114.º e 1116.º, que servem de subsidio para a sua interpretação.

A palavra *ausencia* pois empregada nos artigos 139.º, 1114.º, 1116.º e 1117.º, e outros, refere-se mais á ausencia, de que ha noticias, sabendo-se o logar onde está o ausente, do que á ausencia, que daria logar á curadoria, se a mulher não existisse.

A administração legal da mulher é determinada no interesse do ausente, e ninguem dá garantia de melhor administração do que o conjuge que, administrando os bens do ausente, administra até certo ponto os seus.

Nem a mulher carece de se fazer auctorisar judicialmente, para entrar na administração. A curadoria provisoria é deferida pelo tribunal. Mas a administração legal é obrigatoria da mulher provém-lhe *da lei*, e de poder ella administrar por direito proprio.

De mais, a palavra *ausencia* nem em todos os artigos do codigo significa o desapparecimento do individuo, sem d'elle haver noticias, como se mostra da leitura dos artigos 551.º n.º 4.º e 1536.º n.º 3.º

Para se fazer inventario judicial no caso de *ausentes*, nos termos dos artigos 189.º e 2064.º, é que se exige tambem a falta de noticias. Esta porém não é a doutrina do projecto de codigo civil hespanhol, segundo Goyena, que na nota ao artigo 327.º declara que a palavra *ausente*, no sentido de significar aquelle cuja existencia não é reconhecida, só é empregada no estatuto dos ausentes e no artigo 898.º (que é relativo ao mesmo titulo), mas que tem a significação commum e natural no artigo 865.º e seguintes (nos quaes se trata do inventario judicial, e que correspondem ao artigo 2064.º e seguintes do nosso codigo).

Porém sem embargo das declarações de Goyena e de ser o projecto de codigo civil hespanhol fonte abundante do nosso, a palavra ausente, de que se usa nos artigos 189.º e 2064.º do nosso codigo, refere-se só áquelles cuja existencia se ignora, como dizemos em a nota ao artigo 189.º

Convem notar tambem que o codigo, quanto á curadoria provisoria, não distingue entre ausente solteiro ou casado, e entre casado que tem ou não filhos, porque n'esta curadoria não se trata de deferir a ninguem direitos de goso de bens, mas unicamente de conferir poderes de administração, que são os mesmos, qualquer que seja o *estado* do ausente, e a qualidade dos herdeiros presumptivos.

Supponhamos porém que o ausente é casado, e é o conjuge marido, e que deixou procurador legalmente constituido, quem prefere na administração dos bens, é a mulher presente, ou o procurador?

Emquanto houver noticias do ausente será o procurador, mas logo que cessem deve passar a administração para a mulher, que pelo facto da nomeação do procurador não póde ser esbulhada dos direitos que lhe conferem os artigos 139.º, 1117.º § unico, 1189.º e 1190.º

Art. 56.º São habeis para requerer a mencionada curadoria, o ministerio publico, e todos aquelles que tenham interesse na conservação dos bens do ausente.

Art. 57.º Na escolha de curador, dará o juiz preferencia aos herdeiros presumidos, e, na falta d'estes, aos que maior interesse tenham na conservação dos bens do ausente.

Para requerer a curadoria provisoria são pessoas competentes os que tiverem interesse na conservação dos bens do ausente. O interesse é a medida da acção segundo os principios geraes de direito.

Não são só os herdeiros presumidos que se podem dizer interessados na boa administração dos bens do ausente. São tambem interessados os crédores, os socios, qualquer pessoa com direito a alimentos, etc.

Os amigos e parentes sem direito de successão immediata não podem dizer-se interessados, porque as relações de affecto ou de parentesco afastado não criam direito. Podem porém instar com o ministerio publico para elle fazer a reclamação.

O codigo fez bem em mencionar como interessados os herdeiros presumidos, porque, comquanto estes em regra sejam os mais interessados na conservação dos bens do ausente, declara Goyena em a nota ao artigo 310.º do projecto do codigo civil hespanhol, que é objecto de duvida, se a disposição generica do artigo os comprehende, e sustenta a negativa com o fundamento de que elles têem apenas um direito de espectativa sobre os bens, e não um direito certo, que possa ser objecto de acção ou demanda contra o ausente.

Alem d'estes só é competente o ministerio publico, como representante da sociedade.

O juiz poderá deferir a curadoria provisoria *ex-officio*, sem lhe ser requerida? O codigo não exclue esta intervenção officiosa, e, emquanto se não publicar o novo codigo de processo, tendo a regular-nos pelas antigas disposições e praxes do fôro, parece que a intervenção officiosa do juiz é permittida.

A curadoria ha de ser deferida aos interessados segundo o seu maior ou menor interesse, porque ninguem dá mais garantias de melhor administrar os bens do ausente do que aquelles que interessam na conservação dos mesmos bens.

Dá-se sempre a preferencia aos herdeiros presumidos, não só porque em regra são elles os mais interessados na conservação dos bens, mas porque ordinariamente reunem com o estimulo do interesse o sentimento da affeição para com o ausente, que os torna mais solicitos na administração.

Por herdeiros *presumidos* devem entender-se aqui unicamente os legitimos ou tambem os instituidos em testamento publico, nos termos do artigo 64.º?

Cremos que herdeiros presumidos são uns e outros. No projecto primitivo, bem como nos projectos da commissão revisora, não se determinava quaes eram os herdeiros presumidos nem na curadoria provisoria, nem na definitiva.

Foi a commissão de legislação da camara dos deputados, que no artigo 64.º, para os effeitos da curadoria definitiva, veiu declarar herdeiros presumidos, tanto os legitimos, como os instituidos em testamento publico, e que devéra ter feito o mesmo com relação á curadoria provisoria.

No entretanto, argumentando por analogia, não podemos deixar de aceitar a conclusão de que os que são herdeiros presumidos para os effeitos do artigo 64.º, o são para os effeitos do artigo 57.º Oxalá que o codigo de processo resolva esta duvida.

Os que se julgarem instituidos em testamento cerrado podem apenas instar com o ministerio publico para requerer a curadoria provisoria, que a elles não póde ser deferida em vista do testamento, que só se abre nos termos do artigo 66.º

O curador, ou seja dado ao ausente, ao nascituro, ou ao prodigo, é sempre da nomeação do juiz, artigos 57.º, 137.º e 346.º

Art. 58.º O curador nomeado receberá por inventario os bens do ausente, e prestará caução sufficiente pela importancia dos valores mobiliarios, e do rendimento liquido de um anno dos bens immobiliarios.

§ unico. Se o curador nomeado não podér prestar a sobredicta caução, o juiz fará consignar em deposito os valores mobiliarios, que utilmente se podérem conservar, e os demais serão vendidos em leilão, e assim o seu producto como os outros capitaes serão empregados em valores productivos, que offereçam sufficiente segurança.

(Vid. artigos 69.º, 70.º, 85.º, 151.º, 186.º, 224.º n.º 21.º, 351.º, 919.º, 1825.º, 2052.º, 2221.º e 2222.º) A primeira obrigação de todo o administrador de bens alheios é proceder a inventario.

É obrigado a recebe-los por inventario o curador provisorio e definitivo dos bens do ausente, artigos 58.º e 69.º, ainda que seja o conjuge, artigo 85.º; o administrador do prodigo, artigo 351.º; o administrador da herança deixada sob condição suspensiva, artigo 1825.º; o tutor, artigos 235.º n.º 2.º e 243.º n.º 4.º; o usufructuario, e os proprios paes do menor, artigos 151.º e 2221.º n.º 1.º

Verdade seja que poderia dar logar a duvida, quanto á obrigação dos paes receberem por inventario os bens que recairem nos filhos, a modificação que soffreu na commissão de legislação da camara dos deputados o artigo 151.º, que no projecto da commissão revisora apresentado pelo governo ás côrtes ia assim redigido: «Se durante o exercicio do poder paternal, alguns bens recairem nos filhos, *o juiz do inventario* exigirá dos paes, consistindo a herança em valores mobiliarios de consideravel importancia, que os ditos paes prestem caução, sendo julgada necessaria».

Sem atinar ao certo com o motivo da modificação feita pela commissão de legislação da camara dos deputados, julgâmos todavia que o legislador, apesar de supprimir as palavras, que *expressamente* obrigavam os paes a fazer inventario, não os desobrigou d'este encargo; não só porque para apreciar se a herança consiste em valores mobiliarios de consideravel importancia é preciso fazer inventario, mas ainda porque nos termos do artigo 2221.º o pae, quanto ás duas obrigações, que pesam em geral sobre o usufructuario, só é dispensado da de prestar caução, e não da de fazer inventario.

A segunda obrigação do administrador de bens alheios é a de prestar *caução*, que pesa sobre os curadores provisorios e definitivos dos bens do ausente, artigos 58.º, 69.º e 85.º, sobre os administradores do prodigo, artigo 351.º, sobre os administradores de heranças, artigo 1825.º, sobre o usufructuario, artigo 2221.º, sobre os tutores, artigo 906.º n.º 2.º, sobre os administradores da fazenda nacional, camaras municipaes e estabelecimentos publicos, citado artigo 906.º n.º 1.º, e sobre o herdeiro beneficiario, no caso de receio de extravio, artigo 2052.º A excepção a favor do herdeiro beneficiario, que não é obrigado a caução, senão no caso de receio de extravio, não sendo d'ella dispensados em geral os outros administradores de bens, haja ou não esse receio, funda-se em que o herdeiro beneficiario não administra verdadeiramente bens alheios, mas bens que lhe pertencerão, se o activo exceder o passivo da successão. São igualmente obrigados a inventario e caução os possuidores de bens que sobrevieram eventualmente ao ausente, depois das ultimas noticias, nos termos do artigo 72.º e seu § 1.º Mas a caução n'este caso só durará dez annos.

Em regra os paes não são obrigados a prestar caução pela administração dos bens dos filhos, excepto passando a segundas nupcias, e nos termos dos artigos 148.º § unico e 162.º

Salva a hypothese de passarem a segundas nupcias, não são obrigados os paes a prestarem caução pela administração dos bens dos filhos, senão verificando-se cumulativamente os requisitos seguintes: 1.º, que os bens sejam mobiliarios: 2.º, de consideravel importancia: 3.º, que se julgue necessaria a caução, artigo 151.º E a necessidade da caução não póde ser decretada sem audiencia das partes.

A relação do Porto julgou em 18 de dezembro de 1868, que a caução exigida pelo artigo 151.º só tem logar na constancia do matrimonio, como se evidenceia da epigraphe do respectivo capitulo, *e sómente quanto a bens provindos de fóra do casal*, e que nem mesmo quando se dessem aquellas circumstancias podia ser exigida uma tal caução, *a não ser depois de julgada necessaria*, como diz o citado artigo, *e com audiencia previa das partes*. Fóra d'este caso a caução só é exigida aos paes quando estes passam a segundas nupcias, com a differença de que o pae binubo não póde ser dispensado de presta-la, artigos 148.º § unico e 2221.º § 1.º, por ser encargo inherente ao usufructo, e a mãe binuba sim, se der garantia segura de boa administração, artigo 162.º

É de notar que a caução a que se refere o artigo 151.º tem logar *durante o exercicio do poder paternal*, tanto na constancia do matrimonio, como depois da dissolução, apesar do que se declara no citado accordão, porque dissolvido o matrimonio pela morte, o patrio poder continua do mesmo modo no pae sobrevivo, salvas apenas as disposições prescriptas nos artigos 156.º e seguintes.

Não é portanto exacta a doutrina do accordão, emquanto restringe a disposição do artigo 151.º só ao caso de serem vivos ambos os paes, porque o artigo 155.º applica ao exercicio do patrio poder, depois de dissolvido o matrimonio pela morte, exactamente os mesmos principios e disposições que regem durante a constancia do matrimonio, salvas as especialidades expressamente prevenidas na secção, que começa pelo referido artigo 155.º

Pelo mesmo principio é menos exacto o julgado emquanto restringe o artigo *aos bens provindos de fóra de casal*, porque o artigo é igualmente applicavel aos bens que o menor herda do pae predefuncto, e que são administrados pelo pae sobrevivo.

A doutrina pois do artigo 2221.º § 1.º, que dispensa os paes usufructuarios dos bens dos filhos de prestarem caução, salva a hypothese de passar o pae a segundas nupcias, deve ser entendida em harmonia com o disposto no artigo 151.º, poisque mesmo sem passarem a segundas nupcias, e até na constancia do matrimonio os paes podem ser obrigados a prestarem caução pelos bens dos filhos, ou tenham ou não o usufructo, se esses bens forem mobiliarios, e de consideravel importancia.

A hypothese unica em que os paes, tenham ou não passado a segundas nupcias, são *absolutamente* dispensados de prestar caução pela administração dos bens dos filhos é no caso de administração dos bens do prodigo, artigo 351.º n.º 1.º, o que todavia não inhibe o prodigo ou o ministerio publico de requererem ao juizo todas as providencias indispensaveis para salvaguarda dos direitos havendo receio de extravio, ou de má administração.

A caução exigida aos curadores provisorios dos ausentes, ao administrador do prodigo, ao administrador de herança, aos paes, aos usufructuarios e ao herdeiro beneficiario, póde consistir indifferentemente, ou em *deposito* de valores mobiliarios, ou em *hypotheca*, ou fiança, porque o codigo não faz distincção alguma a este respeito.

Porém ao tutor, bem como aos administradores da fazenda nacional, camaras municipaes e estabelecimentos publicos, não é admissivel a fiança.

Estes hão de garantir a sua responsabilidade nos termos dos artigos 906.º n.º 1.º e 917.º do codigo, e regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 149.º, com hypotheca ou deposito, que póde ser de dinheiro, inscripções, ou de outro qualquer valor, porque o codigo não distingue.

O tutor ha de prestar a caução hypothecaria, que todavia póde ser substituida por deposito, como permittia o artigo 224.º n.º 21.º do codigo, sem que para isso seja necessaria a auctorisação do conselho de familia como exigia aquelle artigo, vista a disposição do artigo 150.º § 3.º do citado regulamento de 14 de maio de 1868.

Comquanto o regulamento se refira unicamente ao deposito em titulos de divida fundada, julgâmos fóra de duvida que o deposito poderá ser tambem em dinheiro por maioria de rasão, e que o regula-

mento se não refere expressamente a esta hypothese, por suppor que o deposito será ordinariamente em titulos de divida, e não em dinheiro.

O artigo 154.º do referido regulamento veiu fazer uma modificação importante na doutrina do codigo, permittindo ao conselho de familia o escusar absolutamente da hypotheca o tutor, curador ou administrador, o que tem dado em resultado que os conselhos de familia concedem ordinariamente essa escusa. Na escusa da hypotheca vae implicita a escusa do deposito, devendo ser tanto uma como a outra concedida, quando não houver conselho de familia, por quem suas vezes fizer.

Quanto aos administradores da fazenda nacional, camaras municipaes e mais estabelecimentos publicos, ainda se não publicaram os regulamentos para a execução dos respectivos artigos do codigo, continuando por isso em vigor a legislação a esse respeito existente ao tempo da sua promulgação.

A base para a caução, a que é obrigado o curador provisorio do ausente, o administrador do prodigo e o administrador de herança, é o valor dos bens mobiliarios, e o rendimento liquido de um anno dos bens immobiliarios, artigos 58.º, 351.º e 1825.º; e quanto ao tutor é a base da caução o valor dos moveis, e a importancia dos rendimentos que poderá arrecadar e accumular em sua mão, artigo 919.º, e regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 154.º

Offerece inconvenientes a redacção de ambos os artigos 58.º e 919.º considerados isoladamente, quanto á base para calcular o valor da caução, mas devidamente confrontados podem as suas disposições corrigir-se até certo ponto uma pela outra.

O curador presta caução pelo valor dos bens *mobiliarios*, e o tutor pelo valor dos *moveis*, o curador pela importancia dos rendimentos de um anno dos bens *immobiliarios*, e o tutor pela importancia dos rendimentos que poderá accumular em sua mão.

Pela nossa opinião estas disposições devem entender-se em termos que a obrigação de cauccionar seja a mesma onde for igual a responsabilidade.

O tutor deve prestar caução, como o curador, tendo em attenção não só a importancia dos bens moveis, mas tambem a dos mobiliarios, porque o artigo 154.º do regulamento equipara para o effeito da caução o tutor, curador, ou administrador. Porém nem o tutor nem o curador devem ser obrigados a prestar caução pela importancia de todos e quaesquer bens mobiliarios, mas sómente pela importancia dos que elles facilmente possam extraviar.

Para que ha de o curador ser obrigado a prestar caução pelo valor de acções de bancos, e de companhias com averbamento, que não podem ser transferidas, senão por meio de indosso, e com auctorisação judicial?

Comquanto a caução não abranja os titulos de divida publica que se consideram bens immobiliarios por força do disposto em o n.º 3.º do artigo 375.º, não se consideram taes as acções e obrigações ainda nominativas dos bancos e companhias, desde que no n.º 3.º artigo 375.º foram substituidas as palavras — *capitaes consolidados* — por estas — *fundos consolidados.*

Conseguintemente tanto os curadores como o tutor devem prestar caução pelos bens mobiliarios, mas só pelo valor d'aquelles que elles possam por si sós alienar, e não por aquelles, cuja transmissão dependa da auctorisação judicial; e devem igualmente prestar caução, tanto um como o outro, pelos rendimentos que possam accumular em sua mão, tanto dos bens immobiliarios como dos mobiliarios.

A equiparação que nós fazemos do tutor, curador e administrador, para o calculo da caução, alem de fundada nos bons principios, é auctorisada pelo artigo 154.º do regulamento de 14 de maio de 1868, que decreta a mesma responsabilidade para uns e outros; e, comquanto o regulamento pareça não se referir ao curador do ausente em que não ha conselho de familia, é certo que as obrigações dos curadores provisorios dos ausentes, e dos curadores dos prodigos são umas e as mesmas, artigo 351.º

A unica differença entre os curadores ou administradores e o tutor a este respeito é que, com relação aos primeiros, ha de ter-se em conta para a caução os rendimentos só de um anno, artigo 58.º, porque elles prestam as contas annualmente, artigo 59.º, e com relação ao tutor podem ter-se em conta os rendimentos até quatro annos, praso que a este póde ser dado para prestar contas, artigo 224.º n.º 20.º

Póde tambem admittir-se hypotheca inferior ao valor dos bens mobiliarios e rendimentos, a que se refere o artigo 921.º, como é expresso no citado artigo 154.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

O curador póde recusar o encargo?

O codigo não o diz; mas, por analogia, a curatela é um encargo publico, como a tutela, artigo 186.º, não podendo por isso obter-se a escusa da curatela senão nos casos em que se obtem a da tutela. A remuneração do curador na maior parte dos casos ha de ser tão insignificante, que não será motivo sufficiente para determinar a aceitação d'aquelle onus.

E que este encargo *é obrigatorio* deduz-se das seguintes palavras, que se lêem na acta da sessão da commissão revisora de 6 de maio de 1860: «O sr. ministro declarou que se estivesse presente na sessão passada teria votado contra o vencido, que dispensou de garantia os curadores *coactos*».

Referia-se ao § unico do artigo 58.º, que foi introduzido pela commissão revisora na sessão anterior de 3 de maio. O curador ha de prestar juramento antes de entrar na administração dos bens, como é obrigado a prestar o tutor, artigo 243.º n.º 4.º

Quanto ao usufructuario claro está que não presta caução pela importancia dos rendimentos, porque esses lhe pertencem. Presta porém caução pela restituição dos bens, e pelas *deteriorações*, que elles possam soffrer, artigo 2221.º n.º 2.º Porém a redacção d'este numero póde dar logar a variadas interpretações.

No projecto primitivo não vinham as palavras *ou do seu valor, sendo fungiveis*, que foram introduzidas pela commissão revisora, de modo que por aquelle projecto havia a duvida se a caução para a restituição abrangia todos os bens tanto immobiliarios e mobiliarios; e agora fica-se na duvida se abrange todos os bens, ou só os mobiliarios fungiveis.

A emenda foi introduzida logo na primeira revisão, e apparece nas edições de 1863 e de 1864 sem a virgula em seguida á palavra *bens*, o que fazia referir as palavras *sendo fungiveis* tanto á restituição dos bens, como á restituição do seu valor. Mas na edição de 1865 apresentada, como projecto de lei, pelo governo ás côrtes, apparece já a pontuação, como se lê hoje no codigo, deixando a duvida se a caução ha de abranger todos os bens tanto mobiliarios, como immobiliarios, ou só os mobiliarios fungiveis.

Seguindo os principios acima expostos, e em harmonia com a regra dos casos analogos, parece-nos que o usufructuario deve prestar caução só pelo valor dos bens mobiliarios, que elle possa alienar sem o consentimento do proprietario, sejam ou não fungiveis, e garantir

os damnos que possam soffrer os immoveis por mau uso ou por incuria, porque do artigo 2222.º se mostra que a garantia *pelas deteriorações* não respeita só aos mobiliarios. E se os obrigados a prestar caução, a não podérem prestar?

O herdeiro beneficiario é excluido da administração, artigo 2052.º Quanto aos curadores, administradores, paes, e usufructuarios, se não podérem presta-la serão depositados os valores mobiliarios, ou convertidos em outros valores, e estes empregados productivamente, artigos 58.º, 151.º e 2222.º

Os artigos 58.º e 151.º, limitando-se a dizer que os valores mobiliarios sejam collocados productivamente com *a possivel segurança*, não indicam positivamente o destino a dar-lhes, devendo n'esta parte ser completada a sua doutrina pela dos artigos 1140.º, 2222.º e 2237.º § 5.º

Assim os capitaes podem ser dados a juro, artigo 2222.º, mas *com segurança*, artigo 2237.º § 5.º, isto é, sobre fiança idonea ou penhor, ou sobre hypotheca, artigo 1140.º; ou empregados em fundos publicos, artigo 2222.º, mas de assentamento, artigo 1140.º, porque os titulos ao portador são os valores mais sujeitos a extravio, ou collocados em acções de companhias que dêem segurança, artigo 2222.º, isto é, que estejam solidamente estabelecidas, artigo 2237.º § 5.º

A omissão do codigo quanto a *obrigações* de companhias não exclue o emprego d'aquelles valores em obrigações da companhia de credito predial, tão consideradas pela sua segurança, que a lei de 22 de junho de 1866 permittiu por especial favor ás misericordias e hospitaes que estes estabelecimentos invertessem n'aquelles titulos o producto dos bens desamortisados; nem exclue o seu emprego em acções de bancos, que nós julgámos comprehendidos na designação generica de companhias.

Assim como o proprietario póde requerer que os immoveis sáiam da administração do usufructuario, artigo 2222.º, igual requerimento póde fazer o ministerio publico nos casos dos artigos 58.º e 151.º, se o curador ou os paes deteriorarem ou deixarem arruinar os bens immoveis. Tambem aos paes deve ser permittido o requererem a venda dos valores mobiliarios, e a sua conversão nos termos do § unico do citado artigo 151.º, sejam ou não usufructuarios dos bens, ainda que só á hypothese de serem usufructuarios os paes parece referir-se o citado § unico.

Em relação aos curadores provisorios do ausente, administrador do prodigo e administrador de herança ha no codigo uma omissão, sobre as causas de exclusão de escusa e de remoção, que deve preencher-se em harmonia com os principios geraes de direito, e com as regras sobre os casos analogos. Nós julgámos que a curatela deve reger-se em tudo, quanto lhe for applicavel, pelo disposto com relação á tutela, e é a doutrina do artigo 320.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Igualmente as disposições acima estabelecidas sobre caução devem reger em todos os casos, em que ella é necessaria, como nas especies dos artigos 64.º, § unico, 72.º, § 1.º, 1823, 1848.º, 1849.º, 2112.º, etc.

A base, que tomámos para a apreciação do valor da caução, mal póde applicar-se em todo o seu rigor aos curadores definitivos dos bens dos ausentes, aliás muitas vezes ha de acontecer o continuarem os bens em curadoria provisoria, e os interessados com direito só a ametade dos rendimentos, que teriam, se a houvessem prestado, artigo 70.º Os curadores definitivos, se o ausente ou outros herdeiros apparecerem na vespera do dia que perfaz vinte annos desde as ultimas noticias, podem ser obrigados a entregar ametade dos rendimentos de quinze annos nos termos do artigo 73.º

Portanto, podendo elles acumular em sua mão tão importante somma de rendimentos, e acrescendo a este capital o dos bens mobiliarios de facil alienação, póde subir extraordinariamente o valor da caução.

Não conhecemos disposição que auctorise n'este caso uma caução sobre outras bases, e nem os interessados são absolutamente privados dos rendimentos pelo facto de se lhes não deferir a curadoria definitiva, porque ficam com direito á oitava parte dos rendimentos se o ausente regressar antes de dez annos depois das ultimas noticias, e á quarta parte, se elle regressar depois dos dez e antes dos vinte. No entretanto entendemos que o juiz poderá admittir-lhes uma caução inferior á importancia dos rendimentos, que elles possam accumular em sua mão, por argumento do disposto no artigo 921.º do codigo, e artigo 154.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

A caução determinada no § 1.º do artigo 72.º não abrange a importancia dos rendimentos, porque os possuidores dos bens fazem seus os fructos, não havendo má fé; e a boa fé presume-se sempre para todos os effeitos. O conjuge, quando lhe pertencerem as funcções de curador definitivo, ainda que não possa prestar caução, tem direito a todos os fructos e rendimentos, nos termos do artigo 85.º, e continua elle a administrar, vistoque não houve curadoria provisoria para continuar, nos termos do artigo 70.º, e sim a administração legal do conjuge.

Como a administração legal do conjuge suppre a curadoria provisoria, continúa essa administração durante o periodo da curadoria definitiva sem caução, vistoque sem caução existiu até á epocha em que podia deferir-se a curadoria definitiva, salvo havendo receio de extravio ou de má administração. Se o ausente deixou filhos, a caução não tem logar, artigos 90.º, 92.º e 96.º, porque os bens do ausente passam logo a estes; e, ainda que o pae continue na administração dos bens, por serem menores os filhos, o poder dos paes sobre a pessoa e bens dos filhos não está sujeito a cautela alguma preventiva, artigo 141.º

É tambem de notar que o codigo manda proceder a inventario pela installação da curadoria definitiva, artigo 69.º, sem o dispensar no caso d'esta ter sido precedida da provisoria, em que se devia ter feito outro inventario, artigo 58.º, podendo até ser os mesmos os curadores definitivos e os provisorios, artigo 74.º

Para evitar a repetição escusada de novo inventario, e das despezas que lhe são inherentes, entendemos que só deve proceder-se a inventario regular chegada a epocha da curadoria definitiva, quando anteriormente se não tenha feito, por a administração estar entregue ao conjuge, ou a procurador legalmente constituido pelo ausente. Se se tiver feito com a installação da curadoria provisoria, bastará fazer as alterações provenientes do novo estado dos bens, e augmento ou diminuição de valores, aproveitando-se quanto possivel a descripção e avaliação feita no primeiro inventario.

Porém é indispensavel ou inventario inteiramente novo, ou rectificação do antigo, em que se declare o estado dos bens e o valor dos moveis, nos termos do artigo 2221.º, n.º 1.º, para os curadores definitivos pagarem depois o valor dos bens extraviados, e das deteriorações causadas por culpa sua. Só depois de terminada a curadoria definitiva, nos termos do artigo 78.º, é que os curadores definitivos não são obrigados a restitui-los no estado em que os receberam, mas sim só no estado em que se acharem, e nem são obrigados a restituir o preço do inventario quanto aos alienados, mas o preço effectivo da alienação, como tudo se mostra do artigo 80.º

Dão contas os tutores, artigo 249.º, o mandatario, artigo 1339.º, o gestor dos negocios artigo 1732.º, o testamenteiro, artigo 1905.º, e até os paes pelo que toca aos bens dos filhos, de que forem meros administradores, artigo 132.º, como na curatela do filho prodigo, cujos bens elles não usufruem, artigo 351.º

O conjuge em caso nenhum é obrigado á prestação de contas, ou administre os bens do consorte, como seu tutor, artigo 325.º, ou como curador, antes ou depois da epocha da installação da curadoria definitiva, porque lhe pertencem todos os rendimentos, artigo 85.º

Os curadores definitivos, como herdeiros presumidos, artigos 64.º e 66.º, não são obrigados a prestar contas, artigo 75.º, porque ninguem presta contas a si mesmo, salvo apparecendo o ausente ou outros herdeiros, porque então cede a presumpção diante da realidade em contrario.

Como n'este caso os curadores definitivos descem da posição de herdeiros presumidos á de simples administradores, são obrigados como qualquer outro administrador a dar contas para o effeito de restituirem os rendimentos, que lhes não pertencerem, nos termos do artigo 73.º

Os poderes do tutor e curador não são tão amplos como os do cabeça do casal, que em regra é interessado na successão, e não simples administrador ou herdeiro presumido.

Aos curadores deve ser permittido, como é ao tutor pelo artigo 243.º n.º 6.º, arrendar os immoveis do menor por tempo que não exceda a tres annos, o que aliás não deve ser permittido ao cabeça de casal, cujas funcções expiram com o julgamento de partilha que tem logar n'um processo por sua natureza summario.

Os poderes de administração não abrangem a faculdade de praticar acto algum judicial; e, se a este respeito houvesse duvida, acabava em presença do artigo 59.º, cuja redacção exclue evidentemente dos poderes de administração o direito de figurar activa ou passivamente em juizo.

No entretanto em virtude de disposição especial da lei, artigos 59.º, 243.º n.º 9.º e 2083.º, o curador, tutor e cabeça de casal podem propôr em juizo todas as acções conservatorias, que não possam retardar-se sem prejuizo do administrado, que vem a ser as acções possessorias, e as tendentes a interromper a prescripção, porque a demora na sua apresentação em juizo podia importar a perda da acção ou do direito.

Para intentar acções persecutorias porém, ou sejam civis ou criminaes, carecem de auctorisação, salvo o cabeça de casal com relação á cobrança de dividas, que póde intentar independentemente de auctorisação as acções precisas para a sua arrecadação, quando haja perigo na demora, artigo 2083.º

Porém ao passo que o tutor, curador e administrador não são competentes para representarem o administrado, como auctor, senão nas acções conservatorias, como réu representam-no em todas as acções, de qualquer natureza que sejam; quando o cabeça de casal só representa a successão como réu nas acções conservatorias, porque nas questões de propriedade ou de dividas da herança hão de ser demandados com elle todos os coherdeiros, artigo 2084.º

Não são só os crédores da herança, como parece indicar a redacção do artigo 2084.º, que podem usar dos meios conservatorios contra o cabeça de casal, mas todo e qualquer interessado nas acções possessorias contra a herança.

O ausente é representado em todas as causas pelo curador provisorio, sem necessidade de ser citado editalmente, vistoque a ausencia está julgada por sentença. Mas os menores devem ser citados conjunctamente com o tutor, se têem mais de quatorze annos sendo varões, e mais de doze annos sendo femeas (reforma judicial, artigo 201.º § 2.º); e assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 22 de fevereiro de 1870, fundando-se na ordenação, liv. III, tit. XLI, § 8.º

Os curadores definitivos, esses, podem demandar e ser demandados, como verdadeiros representantes do ausente, artigo 74.º, ou as acções sejam conservatorias ou persecutorias, pela sua qualidade de *legitimos* herdeiros do ausente.

Não podem porém transigir sem auctorisação judicial, artigo 77.º, como não podem transigir os tutores, artigo 224.º n.º 17.º A transacção é negocio gravissimo para se dispensar a intervenção judicial, a não ser feita pelo proprietario effectivo e verdadeiro, ou pelos paes em questões dos filhos.

Se se mover acção contra o ausente que não tem curador nomeado, ou porque não *foi preciso* prover á administração dos bens, ou por qualquer outro motivo, nomeia-se-lhe curador especial para o defender no pleito, depois de citado editalmente e de julgada a ausencia para este effeito. É a existencia do curador provisorio, ou do curador especial para a defeza do pleito, dispensará a nomeação de curador letrado, principalmente devendo, como deve, ser ouvido o ministerio publico?

Pela pratica actual do nosso fôro, em todos os processos relativos a menores, interdictos e ausentes, apesar da intervenção do ministerio publico, nomeiam sempre os tribunaes um curador letrado, nomeação que de ordinario recáe no advogado. Como o codigo não revoga esta disposição da nossa lei de processo, que está em uso no fôro, entendemos que a referida nomeação deve continuar a fazer-se.

Os curadores definitivos não podem aceitar herança deferida ao ausente senão a beneficio de inventario, artigo 77.º, como a não podem receber senão por esta fórma quaesquer outros curadores ou administradores, e o tutor, artigo 243.º n.º 11.º, e em geral não póde ser aceita tambem senão d'esta fórma a deixada a menores e interdictos, artigo 2025.º, ou estejam sujeitos ao patrio poder, ou á tutela, ou á curatela.

Devem notar-se as palavras do artigo 77.º: «*a que o ausente tivesse direito adquirido antes do seu desapparecimento, ou da data das ultimas noticias*», porque só as heranças deferidas ao ausente antes d'esta epocha é que passam aos curadores definitivos. As deferidas depois passam ás pessoas a quem deveriam pertencer, se o ausente fosse fallecido, artigo 72.º, sem que os curadores exerçam a respeito d'ellas outros direitos que não sejam os de requerer inventario e caução, citado artigo 72.º § 1.º

A aceitação das heranças a beneficio de inventario tinha antigamente importantes effeitos, porque livrava o herdeiro de pagar mais do que recebia; hoje apenas o dispensa da prova de que no activo da herança não ha outros valores alem dos inventariados, porque o herdeiro em caso nenhum, ou faça ou não inventario, é obrigado alem das forças da herança, segundo terminantemente dispõe o artigo 2019.º

Art. 61.º O curador provisorio haverá cinco por cento da receita liquida que realisar.

(Vid. artigos 247.º, 252.º, 253.º, 1892.º e 2086.º) A gratificação do curador provisorio é marcada taxativamente, o que não acontece com a do tutor, que, se não foi marcada em testamento, fica a arbitrio do

Sobre a obrigação que tem o conjuge presente de prestar caução pelos bens do ausente, julgada a ausencia nos termos que dão logar ao deferimento da curadoria definitiva, diz Rogron em a nota ao artigo 124.º do codigo civil francez que, se o conjuge presente é o marido, é dispensado de prestar caução, porque elle apenas *conserva* a administração, que já tinha na constancia do matrimonio. A doutrina de Rogron, porém, alem de incompativel com as disposições do nosso codigo, não é inteiramente exacta, porque decorridos quatro annos depois das ultimas noticias actua com tal força a presumpção de morte, que não são já applicaveis as regras de administração que regem na *constancia* do matrimonio.

Parece-nos que o conjuge, ou fosse o marido ou a mulher, devia ser dispensado de prestar caução, até porque faz seus todos os rendimentos, e assim o determinava o projecto do sr. Seabra no artigo 87.º, correspondente ao artigo 85.º do codigo. Porém as modificações introduzidas pela commissão revisora acham-se redigidas por fórma, que não admittem duvida a este respeito.

O artigo 87.º do projecto primitivo dizia assim: «O conjuge presente terá ácerca dos bens do ausente os mesmos direitos e obrigações dos curadores definitivos, com as seguintes declarações: «1.ª o conjuge presente fará seus todos os fructos e rendimentos; 2.ª não é obrigado a caução, fiança ou hypotheca».

Compare-se o artigo 87.º do projecto do sr. Seabra com o artigo 85.º do codigo, e não restará duvida alguma de que a mente da commissão revisora com as emendas, que introduziu, foi obrigar o conjuge presente, ou fosse o marido ou a mulher porque não faz distincção, a prestar caução, como os curadores definitivos, com quanto a não devessem prestar emquanto a sua administração substituia a curadoria provisoria.

Art. 59.º Os poderes do curador provisorio limitam-se aos actos de mera administração, da qual dará contas annualmente; mas o dito curador deve propor em juizo as acções conservatorias, que não possam retardar-se sem prejuizo do ausente: e é, alem d'isso, competente para representar o mesmo ausente em quaesquer acções, que contra elle forem intentadas.

Art. 60.º Se for necessario intentar-se algum pleito contra ausente, que não tenha curador ou quem legalmente o represente, ser-lhe-ha nomeado curador especial, que o defenda no dito pleito.

(Vid. artigos 74.º a 77.º, 85.º, 91.º § unico, 152.º, 243.º n.º 7.º a 9.º, 249.º, 325.º, 1339.º, 1732.º, 1905.º, 2025.º, 2054.º, 2083.º a 2085.º)

Aqui, apesar de haver inventario, não ha conselho de familia, como alguem suppoz em presença dos artigos 2118.º e 2130.º, confundindo o inventario para a partilha dos bens em que ha herdeiros ausentes com o inventario para a entrega dos bens aos curadores provisorios.

Judicialmente intervem apenas o juiz e o ministerio publico. Como o cabeça de casal, ou seja o herdeiro ou outra pessoa, não póde exercer, sem auctorisação judicial, poderes que não sejam de mera administração, artigo 2054.º, nós podemos ver o que são poderes de mera administração pelo que a este respeito dispõem os artigos 2083.º a 2085.º do codigo, e pelo que ácerca do tutor, que tambem é simples administrador, dispõe o artigo 243.º

Os poderes de administração abrangem unicamente a faculdade de exercer actos extrajudiciaes, que se resumem nos seguintes:

1.º Receber todos os fructos e rendimentos dos bens, e pagar os encargos ordinarios de cultura, e quaesquer reparos ou concertos, que não sejam extraordinarios, artigos 243.º n.ºs 7.º e 8.º e 2085.º

2.º Promover a cobrança e arrecadação de todas as dividas, quando essa cobrança e arrecadação possa perigar na demora, como diz o artigo 2083.º; porque levantar as dividas com o unico fim de dar aos capitaes destino mais productivo não póde faze-lo o cabeça de casal com auctorisação dos coherdeiros ou do juizo.

O tutor porém em caso nenhum póde tractar de receber o capital das dividas sem auctorisação do conselho de familia, ou de quem suas vezes fizer, citado n.º 8.º do artigo 243.º, salvo para interromper a prescripção, argumento do citado artigo n.º 9.º O curador provisorio do ausente e o administrador do prodigo têem a este respeito os mesmos direitos que o tutor. Não podem por isso tambem promover a cobrança das dividas sem auctorisação, excepto para interromper a prescripção.

Porém as palavras *quando essa cobrança e arrecadação possam periyar na demora*, que se lêem no artigo 2083.º, ali empregadas no interesse da herança, não podem servir de fundamento á excepção apresentada pelo devedor para se subtrahir ou adiar o pagamento da divida, porque é direito de terceiro, que este não póde allegar.

3.º Vender os fructos, e outros objectos que não podérem ser conservados sem perigo de se deteriorarem, artigo 2085.º, comtanto porém que esses objectos sejam mobiliarios.

Outros bens da herança não os póde vender por si só o cabeça de casal, citado artigo 2085.º, senão de accordo com os interessados se forem maiores; porque sendo menores, ou sendo outra qualquer administração, que não de herança, a venda será sempre judicial e feita em praça, salvo o disposto nos artigos 267.º e 1190.º

Os curadores tanto provisorios como definitivos e o tutor não podem alienar senão os rendimentos sem auctorisação judicial, a qual é precisa para a venda tanto dos bens immobiliarios, como dos mobiliarios, comquanto a dos immobiliarios só em casos mais graves possa ter logar, e em praça, salva a hypothese excepcional do artigo 1190.º, como tudo se mostra dos artigos 76.º, 91.º § unico, 224.º n.ºs 13.º e 16.º, e 243.º n.º 12.º

Alguns têem sustentado que os curadores definitivos podem vender os bens mobiliarios sem auctorisação judicial, porque o artigo 76.º só restringe a faculdade de alienar com relação aos immobiliarios.

Similhante doutrina porém não póde acceitar-se, porque os casos omissos hão de reger-se pelos casos analogos, e o artigo 91.º § unico não permitte aos filhos do ausente, que são os successores mais privilegiados, vender sem auctorisação judicial bens alguns, sem distincção de mobiliarios ou immobiliarios.

Se outro era o pensamento do projecto primitivo, ficou prejudicado desde que a commissão revisora, introduzindo de novo no artigo 91.º a doutrina do § unico, não permittiu aos filhos do ausente, que aliás gosam de mais direitos que os curadores definitivos, alienar, nem sequer os bens mobiliarios, sem auctorisação judicial. Sem auctorisação judicial nem o pae póde vender os bens mobiliarios do filho, artigos 151.º e 274.º

Outra obrigação importante dos administradores de bens alheios é dar contas. Dão contas os curadores provisorios dos ausentes, e os administradores dos prodigos e de herança, artigos 59.º, 74.º, 351.º e 1825.º

conselho de familia, que todavia nunca poderá conceder-lhe alem de 5 por cento de receita liquida, artigo 247.º

Para o calculo da receita liquida descontam-se apenas as despezas de administração, de cultura, de reparos e encargos tributarios, e não quaesquer despezas feitas com as pessoas a quem pertencem os bens.

A retribuição da vintena é nada em fortunas insignificantes, e que consistam em bens de raiz de dispendiosa administração, e póde ser demasiada em fortunas consideraveis, e que constem apenas de papeis de credito e titulos de divida, ou de bens de facil administração.

Porém o codigo, no intuito de certo de evitar os abusos do arbitramento, marcou n'um caso a quantia *certa*, e n'outro o *maximo*.

O encargo de testamenteiro é inteiramente gratuito, artigo 1892.º Se o testador lhe não deixou alguma retribuição, nenhuma lhe póde ser arbitrada pelo juiz. Não achâmos rasão para que se não applique ao testamenteiro o que o artigo 247.º dispõe com relação ao tutor. No entretanto força é respeitar a lei, ainda nas suas incoherencias.

O cabeça de casal é que não tem direito a gratificação alguma, porque em regra é interessado na herança que administra.

Alem da gratificação devem ser abonadas ao curador provisorio todas as despezas legalmente feitas, como se abonam ao tutor, artigo 252.º, ao mandatario, artigo 1344.º a 1347.º, e ao cabeça de casal, artigo 2086.º, ainda que das despezas não resultasse proveito ao administrado, comtantoque não houvesse dolo ou culpa da parte do administrador.

Porém com relação aos juros d'essas sommas é que o cabeça de casal gosa de um favor que se não concede a nenhum dos outros administradores.

O credito do tutor, e por consequencia o dos curadores e administradores, só vence juros desde que se apuram as contas, e não podendo ser pago de prompto, artigo 254.º Igualmente o mandatario só tem direito a juros, pelo desempenho da commissão por sua natureza gratuita, desde que se liquidam as contas, e o constituinte está em mora, em harmonia com os principios geraes de direito. O cabeça de casal porém, em vista da redacção do artigo 2086.º, tem direito a juros desde o desembolso effectivo, independentemente de liquidação, havendo favor com elle na obrigação reciproca, porque das sommas recebidas por conta da herança só paga juros desde que está em mora.

No projecto primitivo tambem o cabeça de casal assim como não pagava juros senão desde a mora, tambem só desde a mora os podia exigir.

O artigo 2251.º do projecto, correspondente ao artigo 2086.º do codigo, dizia assim: «O cabeça de casal tem direito a ser inteirado das despezas que fizer, ou das dividas que pagar á sua custa, por conta da herança; mas não poderá exigir juros, nem será obrigado a paga-los das sommas que receber por conta da herança, senão desde que se achar em mora».

A modificação feita pela commissão revisora á doutrina do artigo mostra pois que o cabeça de casal, comquanto só deva juros das sommas recebidas por conta da herança desde que estiver em mora, póde exigi-los das dispendidas por conta da herança desde o effectivo desembolso.

Para evitar o inconveniente de o cabeça de casal reter em si sommas consideraveis da herança, sem pagar juros emquanto não ha mora, devêra a commissão revisora ter approvado um additamento proposto pelo sr. José Julio em sessão de 8 de abril de 1865, que ella rejeitou, e que era concebido nos seguintes termos: «Porém se os herdeiros ou a maioria d'elles requererem que os valores da herança que se forem liquidando sejam empregados productivamente, é o cabeça de casal obrigado a faze-lo, sob pena de pagar o juro legal dos valores a que tiver deixado de dar o indicado destino».

Art. 62.º O ministerio publico é encarregado de velar pelos interesses do ausente, e será sempre ouvido nos actos judiciaes que disserem respeito a este.

(Vid. artigos 158.º, 192.º, 220.º a 223.º e 303.º) O ministerio publico é representado, perante o supremo tribunal de justiça pelo procurador geral da corôa, perante as relações pelo procurador regio, perante os juizos de direito pelo delegado do procurador regio, e perante os juizes ordinarios pelo sub-delegado do procurador regio.

O ministerio publico intervem em certas causas especiaes, como de reforma de autos, de confirmação de sentenças proferidas em tribunaes estrangeiros, etc., reforma judicial, artigos 287.º e 567.º, ou sejam maiores ou menores as pessoas que n'ellas figuram activa ou passivamente, porque o ministerio publico intervem n'estes processos, não em attenção ás pessoas, mas pela natureza da causa.

Porém nas causas em que figurem, ou como auctores ou como réus, ausentes e interdictos, intervem sempre o ministerio publico, por favor ás pessoas, e não em attenção á natureza da causa. A intervenção do ministerio publico é obrigatoria n'este caso, qualquer que seja o objecto do pedido e a natureza ou fórma da acção.

É porém de notar que o codigo manda ouvir, em todos os negocios relativos a ausentes e interdictos, o *ministerio publico*, artigo 62.º, que é competente para requerer a curadoria provisoria, artigo 56.º, e a interdicção por demencia, por surdez-mudez ou por prodigalidade, artigos 316.º, 339.º e 341.º Igualmente em toda a materia relativa a menores na constancia do matrimonio dos paes falla o codigo só do ministerio publico quando se refere ao representante da sociedade, artigos 141.º e 150.º Só na materia relativa a menores sujeitos á tutela, ou ao patrio poder de qualquer dos paes, depois de dissolvido o matrimonio por morte, é que o codigo falla unicamente do *curador dos orphãos*, artigos 158.º, 161.º, 192.º, 220.º a 223.º, etc.

Esta diversidade de linguagem só poderá implicar duvidas nas comarcas de Lisboa e Porto, porque as funcções do ministerio publico e do curador dos orphãos estão reunidas na mesma pessoa em toda a parte, salvo em Lisboa e Porto, onde ha na primeira instancia curadores privativos dos orphãos, e onde os delegados do procurador regio exercem apenas as funcções de ministerio publico.

Deverá na primeira instancia em Lisboa e Porto intervir o curador dos orphãos no que é relativo aos ausentes, aos menores na constancia do matrimonio dos paes, e aos interdictos, como no que é relativo a menores sujeitos á tutela ou ao patrio poder de qualquer dos paes depois de dissolvido o matrimonio por morte, sem embargo da letra do codigo?

Não vemos rasão juridica nem social para que n'um caso deva ser ouvido o ministerio publico, e n'outro o curador dos orphãos. Todavia a letra do codigo é tão expressa que exclue todas as interpretações em contrario. Por isso entendemos que na curadoria dos ausentes, na administração dos prodigos, e na tutela dos interdictos, não só no processo para serem deferidas, mas nos actos posteriores da administração, deve intervir o ministerio publico.

Quanto á interdicção por demencia, postoque o artigo 321.º declare applicaveis ao interdicto as regras que regulam a incapacidade por menoridade, salvas todavia as disposições especiaes do respectivo titulo. E nós vemos ahi mencionar sempre o ministerio publico, ou se trate do requerimento e processo de interdicção, artigos 316.º e 317.º, ou de nomeação de tutor, artigo 320.º n.º 3.º, ou da administração dos bens, artigos 326.º § 1.º, 330.º e 333.º, sem uma só vez se fallar no curador dos orphãos. O mesmo succede com a interdicção dos prodigos, artigos 341.º, 346.º, 348.º, 350.º e 352.º

Tambem é ouvido o ministerio publico em tudo o que respeita a menores na constancia do matrimonio dos paes, artigos 141.º e 150.º

Portanto os curadores geraes dos orphãos em Lisboa e Porto são ouvidos rigorosamente nos actos relativos a orphãos ou sujeitos á tutela, ou ao patrio poder de um só dos paes por ter morrido o outro, e pelos interesses de todas as outras pessoas, equiparadas a menores, ha de velar o ministerio publico, porque assim o determina o codigo, aindaque sem rasão plausivel para a distincção.

No projecto primitivo, na materia relativa á interdicção por demencia, já se usava com mais frequencia das palavras «*ministerio publico*» do que das palavras «*curador dos orphãos*» ou simplesmente «*curador*». Assim, nos artigos 331.º § 4.º, 338.º e 340.º, correspondentes aos artigos 317.º § 4.º, 320.º n.º 3.º e 330.º, usava-se da palavra «*curador*».

A commissão revisora logo na primeira revisão substituiu a palavra «*curador*» pelas palavras «*ministerio publico*» nos ultimos dois artigos, conservando até á edição de 1864 as palavras «*curador dos orphãos*» que se liam no § e artigo correspondentes ao § 4.º do artigo 317.º do codigo, que só na edição de 1865 apparecem substituidas pelas palavras «*competente magistrado do ministerio publico*».

Vê-se pois da historia das alterações feitas pela commissão revisora, que ella estabelecêra muito de proposito a intervenção do ministerio publico na interdicção por demencia, como na administração por ausencia ou prodigalidade.

O projecto do sr. Seabra dava ao ministerio publico apenas o direito de *requerer* a interdicção, mas depois era o curador dos orphãos quem intervinha nos negocios relativos ao demente. Porém a commissão revisora deliberou que o ministerio publico interviesse sempre na interdicção por demencia, ou se tratasse de a requerer, ou da administração do interdicto depois de ella estar julgada.

No que era relativo a prodigos, a ausentes e a menores na constancia do matrimonio dos paes, já o projecto primitivo exigia, como o codigo, a intervenção do ministerio publico, e não a do curador, assim como exigia a intervenção do curador nos negocios relativos a orphãos, ou estes estivessem sujeitos ao patrio poder, ou á tutela.

Os filhos perfilhados espontaneamente assimilham-se mais aos filhos legitimos na constancia do matrimonio dos paes do que aos filhos legitimos sujeitos ao patrio poder, depois de dissolvido o matrimonio pela morte de um dos paes, e por isso nos negocios que lhes forem relativos deve intervir o ministerio publico.

Os filhos perfilhados, aindaque o reconhecimento fosse feito por um só dos paes, não são orphãos para nos seus negocios intervir o curador dos orphãos.

Mas na administração dos não perfilhados, e dos perfilhados judicialmente, intervem o curador dos orphãos, artigo 282.º

Ha apenas uma excepção a esta doutrina, em virtude da qual os curadores dos orphãos têem a velar pelos interesses não só dos orphãos, mas de todas e quaesquer pessoas pela lei incapazes de reger em seus bens, que vem a ser quando estas pessoas são interessadas em qualquer successão, como dizemos em a nota ao artigo 189.º

Se o juiz não ouvir o ministerio publico nos casos de ausencia e interdicção, nem por isso tem a mesma penalidade que lhe impõe o artigo 223.º, não ouvindo o curador dos orphãos nos interesses relativos a menores, como determinam os artigos 220.º e 221.º, porque as leis penaes não admittem interpretação extensiva; e porque, com relação aos juizes, no artigo 2401.º vem determinada a irresponsabilidade d'estes nos seus julgamentos, salvos os casos expressamente marcados na lei.

O processo *por erro de officio* contra os curadores dos orphãos deve ser por analogia o marcado nos artigos 771.º e seguintes da reforma para o processo por erros de officio commettidos pelos juizes de direito e agentes do ministerio publico perante elles.

O juiz é responsavel por erro de officio não ouvindo o curador, como lhe cumpre, aindaque d'ahi não resulte prejuizo ao menor. A imputação ao juiz não resulta do prejuizo superveniente ao menor, mas do *facto* de não ouvir o curador.

Ao curador dos orphãos é applicavel por analogia o processo marcado nos artigos 787.º e seguintes da reforma para a acção de perdas e damnos contra os juizes de direito e agentes do ministerio publico perante elles.

Das providencias requeridas ou consentidas pelo curador, e ordenadas pelo juiz em conformidade da lei, aindaque prejudiquem o menor, não cabe áquelles magistrados responsabilidade alguma, salvo o caso de dolo.

Mas respondem pelos prejuizos resultantes das providencias tomadas contra lei, aindaque não haja dolo; assim como o processo por erro de officio contra o juiz, que não ouve o curador, não exclue a acção por perdas e damnos.

Não é só pelas providencias illegalmente tomadas que são responsaveis o curador dos orphãos e o juiz, mas tambem pelo que um deixar de requerer, e o outro de ordenar nos termos das leis, artigos 158.º e 192.º

O ministerio publico e o curador dos orphãos devem velar solicitamente pelos interesses dos ausentes, interdictos e menores, não só não requerendo contra lei nos negocios da sua administração, mas promovendo com solicitude o bom andamento dos seus negocios. E o juiz não só não deve ordenar providencias illegaes, aindaque lhe sejam requeridas, mas deve deferir com promptidão, nos termos das leis, a tudo o que for no interesse d'estas pessoas privilegiadas.

Portanto os juizes e os curadores dos orphãos são responsaveis pelos prejuizos causados aos ausentes, interdictos ou menores, ou pelas medidas que tomarem contra a lei, ou pelas que *deixarem* de tomar segundo as prescripções da lei.

Pena é que o codigo não tornasse expressamente applicavel ao juiz e ministerio publico nas causas de ausentes e interdictos o que dispõe nos artigos 222.º e 223.º para o juiz e curador dos orphãos nas causas de menores.

O disposto n'estes artigos só é applicavel ao juiz e ministerio publico nos casos de interdicção por demencia e por surdez-mudez, vista a disposição dos artigos 321.º e 339.º

Mas ao menos devem julgar-se nullos, em vista do preceito expresso do artigo 62.º, todos os despachos do juiz que forem proferidos em causas de ausentes ou de interdictos por prodigalidade sem audiencia do ministerio publico.

Em accordão de 11 de maio de 1869, publicado na *Revista de le-*

gislação n.º 72, julgou a relação do Porto que ao curador geral dos orphãos devia ser intimado o despacho do juiz que approvou as contas do tutor d'um menor, visto dever elle ser intimado de todos os despachos que possam affectar os interesses dos seus curatelados.

Tambem incorrem em responsabilidade por erro de officio, e por perdas e damnos, o juiz e escrivão que não cumprirem o disposto na secção XXII, capitulo III, titulo IX d'este livro quanto ao registo das tutelas, artigo 303.º

Pela mesma rasão por que os curadores dos orphãos podem exigir dos tutores e protutores todos os esclarecimentos que lhes sejam precisos a bem dos menores, artigo 221.º, póde o ministerio publico exigir do tutor dos dementes ou surdos-mudos, dos curadores dos ausentes, e dos administradores dos prodigos, quaesquer esclarecimentos a bem d'estas pessoas, por cujos interesses lhes cumpre velar.

No caso de incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria ha de intervir o curador dos orphãos ou o ministerio publico? No titulo XIV do presente livro nada se determina expressamente a este respeito. Porém como os incapazes por effeito de sentença penal são declarados interdictos, e se lhes dá curador, e se lhes defere a curadoria pela ordem da tutela dos dementes, artigo 356.º, são-lhes applicaveis as regras relativas aos interdictos, devendo intervir nos seus negocios o ministerio publico, porque o curador dos orphãos vela effectivamente só por orphãos, menores.

Os magistrados do ministerio publico só têem a seu cargo velar pelos interesses dos menores *quando* fazem as vezes dos curadores dos orphãos, artigo 220.º, isto é, em toda a parte, excepto na primeira instancia em Lisboa e Porto.

Art. 63.º A curadoria provisoria termina:

1.º Pela volta do ausente, ou pela certeza da sua existencia;

2.º Pela comparencia de procurador bastante, ou de pessoa que legalmente represente o ausente;

3.º Pela certeza da morte do ausente;

4.º Pela installação da curadoria definitiva.

(Vid. artigo 78.º n.ºs 1.º a 3.º e § unico.) Nos tres primeiros casos do artigo carece de *base* a curadoria provisoria, que se fundava no facto de o individuo ter desapparecido, sem d'elle se saberem noticias, e sem haver pessoa que legalmente o representasse.

Porém desde que elle voltou, ou se sabe da sua existencia ou da sua morte, ha os *motivos* que determinam a extincção da curadoria provisoria, assim como a falta d'esses motivos tinha determinado a sua creação.

Se apparece alguem que represente legalmente o ausente cessa igualmente a curadoria provisoria, vista a disposição do artigo 55.º Tambem a installação da curadoria definitiva faz terminar a curadoria provisoria cujas funcções suppre.

É de notar que, terminando a curadoria provisoria só pela *certeza* da existencia do ausente, a definitiva termine á simples *noticia* d'essa existencia, artigo 78.º n.º 2.º

O disposto no artigo 78.º n.º 2.º é rasoavel, porque desde o momento da noticia cessa o motivo por que os curadores definitivos tinham direito a uma parte dos rendimentos, nos termos do artigo 73.º; mas para evitar os inconvenientes de se abandonar logo a administração, dispõe-se no § unico que os curadores definitivos continuem com a

administração dos bens emquanto não comparece o ausente ou quem legalmente o represente.

A disposição do § unico foi introduzida no projecto primitivo pela commissão revisora, que, para ser coherente, devia estabelecer igual providencia com relação á curadoria provisoria.

A *continuação* da administração, desde que se sabe da existencia do ausente, até á sua chegada ou de quem o represente, é tão necessaria na curadoria provisoria como na definitiva. Por isso julgámos, por analogia, applicavel á curadoria provisoria o que no § unico do artigo 78.º se dispõe com relação á curadoria definitiva.

CAPITULO II

DA CURADORIA DEFINIVA DO AUSENTE SOLTEIRO

SECÇÃO I

DA INSTALLAÇÃO DA CURADORIA DEFINITIVA E DE SEUS EFFEITOS

Art. 64.º Decorridos quatro annos, depois do dia em que desappareceu o ausente, sem d'elle haver noticias, ou da data das ultimas noticias, que d'elle houve, poderão seus herdeiros presumidos ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias, quer sejam legitimos, quer instituidos em testamento publico, justificada a ausencia com assistencia do ministerio publico, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente, excepto se tiver deixado procuração bastante; pois n'este caso, só poderão requerer a dita entrega, passados dez annos desde o dia em que desapparecer o dito ausente, ou houver as ultimas noticias d'elle.

§ unico. Os herdeiros poderão, comtudo, requerer, passados tres annos, nos termos sobreditos, que o procurador preste caução sufficiente, se occorrer justo receio de insolvencia; e quando este a não possa ou não queira prestar, julgar-se-hão cassados os seus poderes.

(Vid. artigos 66.º, 82.º, 90.º a 92.º, 95.º e 96.º) O codigo regula a ausencia e o deferimento da curadoria definitiva, segundo o estado do ausente, e assim o considera nas seguintes relações: 1.º, de solteiro; 2.º, de casado sem filhos; 3.º, de casado com filhos; 4.º, de estarem ausentes ambos os conjuges, e deixando filhos.

Ainda que a secção III do capitulo II se inscreva unicamente — *da ausencia simultanea ou successiva* —, sem a declaração de haver ou não filhos, declaração que aliás se faz na epigraphe da secção 2.ª, bem se mostra pela leitura dos artigos 95.º e 96.º que a sua doutrina é relativa á ausencia de ambos os conjuges, *havendo filhos*.

Não regula pois o codigo expressamente n'esta materia as hypotheses seguintes: 1.ª, de ser viuvo o ausente, com ou sem filhos; 2.ª, de serem ausentes ambos os conjuges, não havendo filhos; 3.ª, de ser solteiro o ausente com filhos. Ainda é preciso resolver outra difficuldade n'esta materia, e vem a ser se a doutrina relativa aos *filhos* dos

ausentes é applicavel, na falta de filhos, ao caso de haver outros descendentes.

Tocaremos todos estes pontos nos seus variados aspectos, decidindo as especies omissas em harmonia com os casos analogos.

Para a curadoria *provisoria* não marca o codigo tempo determinado de ausencia. Defere-se quando for *necessario* prover á administração dos bens.

Para se deferir porém a definitiva é indispensavel ter decorrido o praso de quatro ou de dez annos, depois do desapparecimento do ausente, ou desde as ultimas noticias por qualquer modo havidas a respeito d'elle, ainda que não haja *necessidade* de prover á administração dos bens.

Na curadoria provisoria suppõe-se o ausente ainda vivo, e por isso se occorre simplesmente á administração dos bens, sem se praticar nenhum outro facto que possa induzir presumpção de morte.

Na curadoria definitiva começa a haver a presumpção de morte, e por isso são chamados os herdeiros e mais interessados, que desde logo principiam a gosar de uma parte dos rendimentos; e abrem-se até os testamentos cerrados. Porém, como subsiste ainda a *possibilidade* do reapparecimento do ausente ou de outros herdeiros, a administração dos bens continua a ser feita em nome d'elle, e mantem-se a caução para garantir os seus direitos ou de seus herdeiros.

Por esta fórma se entregam os bens aos que têem esperança fundada de serem os seus proprietarios, e se tomam ao mesmo tempo as precauções indispensaveis para assegurar os interesses do ausente.

O artigo altera fundamentalmente o nosso direito anterior quanto á epocha da *presumida morte* do ausente.

Nos termos do codigo o ausente presume-se morto *no momento* do desapparecimento ou das ultimas noticias. Não é muito racional o estabelecer a presumpção de que o ausente falleceu na mesma occasião por exemplo em que escreveu a sua ultima carta. As noticias contam-se da data em que foram dadas, e não da data em que foram recebidas. A epocha do desapparecimento ou das ultimas noticias ha de envolver algumas vezes bastante obscuridade e incerteza, sobretudo quando o ausente vivia em sitios remotos, d'onde só havia cartas ou noticias vagas. Era de certo mais simples que a sentença, que defere a curadoria definitiva, fixasse para todos os effeitos a epocha da presumida morte do ausente. No entretanto pelo codigo os herdeiros presumptivos na occasião das ultimas noticias são os que têem direito á curadoria definitiva.

Como se parte da supposição de que o ausente é morto n'essa epocha, nada mais racional do que chamar os que por fallecimento do ausente deviam ser os proprietarios dos bens.

Nem no projecto primitivo, nem nas edições posteriores da commissão revisora, incluindo a de 1864, se liam em seguida á palavra *presumidos*, as outras, *ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias*. Foi só na occasião da ultima revisão, em sessão de 20 de novembro de 1864, que o sr. José Julio propoz que se declarasse se os herdeiros *presumidos*, a que se referia o artigo, eram os herdeiros que o fossem no fim de quatro annos desde as ultimas noticias, ou os que o eram na epocha em que o ausente desappareceu e as suas noticias faltaram; e a commissão resolveu, que em seguida ás palavras, *herdeiros presumidos*, se acrescentassem est'outras, *ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias*, e a estas acrescentou depois a commissão de legislação da camara dos deputados as seguintes: *quer sejam legitimos, quer instituidos em testamento publico.*

Se o ausente é casado procede-se tambem, decorridos os quatro annos depois das ultimas noticias, a inventario dos bens, artigos 82.º, 90.º e 95.º Porém alem do inventario, haja ou não descendentes, separam-se os bens dos dois conjuges, ausente e presente, *partilhando-se* os bens communs, e *separando-se* os bens proprios de cada um, no caso de os haver.

A principal rasão d'esta separação e partilha encontra-se na disposição do artigo 84.º Desde que ao conjuge presente é licito alienar livremente depois da ausencia de quatro annos do seu consorte todos os seus bens, tanto mobiliarios como immobiliarios, é indispensavel proceder á partilha e separação para discriminar o que lhe pertence.

As palavras do artigo 82.º *segundo a natureza do contrato de casamento* dão a entender que a separação de bens só tem logar quando houve convenções antenupciaes com clausula exclusiva de communicação, o que não é exacto; porque, ainda casando-se por costume do reino, podem pertencer a qualquer dos conjuges bens com a natureza de proprios, nos termos dos artigos 1109.º, 1183.º e outros.

Tambem as palavras *com citação dos herdeiros presumidos* introduzidas escusadamente pela commissão revisora no artigo 82.º, e que se não encontravam no projecto do sr. Seabra, podem levar a crer que, sendo o ausente casado, a acção de justificação de ausencia só póde ser intentada pelo conjuge presente, e não pelos herdeiros presumidos, que devem *esperar* a citação para intervirem no processo.

Todavia é inaceitavel similhante interpretação. Desde que o conjuge presente é obrigado a fazer inventario e a prestar caução, segundo dispõe o artigo 85.º, o que é determinado por certo no *interesse* dos herdeiros do ausente, têem estes acção, em virtude do disposto no artigo 12.º, para o obrigarem a cumprir as provisões da lei.

Na hypothese de ser casado o ausente ainda é preciso distinguir se tem ou não filhos.

Se os não tem, continua o conjuge presente na administração dos bens, percebendo os seus rendimentos, sem outra obrigação que a de fazer inventario e a de prestar caução, artigo 85.º, e apenas é obrigado a entrega-los aos herdeiros do ausente, decorrido o tempo que faz cessar a curadoria definitiva, artigo 83.º

Se deixou filhos, subdivide-se immediatamente a meação e bens proprios do ausente pelos filhos, artigos 90.º e 95.º

Se os filhos são maiores tomam logo conta dos bens, não podendo todavia aliena-los senão passados dez annos desde as ultimas noticias, artigos 91.º e 95.º

Se os filhos são menores, e só está ausente um dos conjuges, continua o conjuge presente na administração e usufructo dos bens pertencentes aos filhos, como consequencia do patrio poder, artigo 92.º Se ambos os conjuges estão ausentes organisa-se a tutela, e são os bens administrados por um tutor, sob a vigilancia do conselho de familia ou de quem suas vezes fizer, artigos 92.º e 96.º

Portanto faz-se a subdivisão dos bens do ausente pelos seus herdeiros, quando são filhos, porque estes tomam logo conta dos bens por si, por seus paes ou tutores, comquanto os não possam alienar senão decorridos dez annos depois das ultimas noticias.

Não se faz a subdivisão entre os herdeiros do ausente que não são filhos, porque seria inutil, vistoque elles não tomam conta dos bens senão passado o praso em que termina a curadoria definitiva, e então se fará a subdivisão porque só então é necessaria.

O certo é que o codigo deu preferencia ao conjuge sobre todos os herdeiros do ausente, que não fossem filhos, quanto á percepção dos

rendimentos, vistoque os rendimentos do casal pertencem em commum aos conjuges até á dissolução do matrimonio, e a verdadeira presumpção de morte só tem logar decorrido o tempo, em que termina a curadoria definitiva.

Se o ausente é viuvo, e sem filhos, está no caso do ausente solteiro, e são-lhe applicaveis em toda a sua plenitude as provisões contidas n'este capitulo 2.º

Se tem filhos, é-lhe applicavel o disposto nos artigos 90.º a 96.º, porque onde ha a mesma rasão deve haver a mesma disposição.

Se os filhos de ausente casado tomam conta dos bens, justificada que seja a ausencia que dá logar á curadoria definitiva, devem tambem tomar conta dos bens os filhos do ausente viuvo até por analogia do disposto no artigo 93.º

Pela mesma rasão de analogia os filhos perfilhados de ausente solteiro tomam logo conta dos bens, que são administrados e usufruidos pelo pae presente, nos termos do artigo 92.º, ou administrados pelo tutor, nos termos do artigo 93.º

Comquanto a epigraphe do capitulo se refira ao ausente *solteiro* em toda a sua generalidade, sem distincção de ter ou não filhos, é comtudo certo que do contexto dos respectivos artigos, bem como das fontes do codigo, se mostra que a sua doutrina é relativa unicamente ao ausente solteiro sem filhos.

Nem póde admittir-se que os filhos perfilhados de ausente solteiro não gosem das vantagens dos filhos perfilhados de ausente casado, que estão indubitavelmente comprehendidos nas expressões *outros filhos*, do artigo 93.º, e a elles se refere expressamente o § unico do artigo 89.º na expressão *successiveis*.

Ás provisões estabelecidas pelo codigo para a hypothese de haver filhos, serão applicaveis, aindaque não haja filhos, ao caso de haver outros descendentes successiveis? Cremos que sim: a rasão é a mesma; e em regra os descendentes dos filhos são equiparados a estes para todos os effeitos.

Na hypothese de se ausentarem ambos os conjuges sem deixarem filhos, quaes são as regras applicaveis? Em parte as estabelecidas com relação ao ausente solteiro, e em parte as estabelecidas com relação ao ausente casado.

É preciso proceder, alem do inventario, a separação de bens nos termos do artigo 82.º, para os herdeiros presumidos de cada um dos conjuges entrarem na curadoria da respectiva meação e parte dos bens. Poderá justificar-se a ausencia de um e de outro no mesmo processo, se foi simultanea, ou aindaque successiva, se a acção for intentada decorridos quatro annos depois das ultimas noticias de ambos; e aos curadores definitivos são applicaveis as disposições do codigo, como se o ausente fosse solteiro.

Como a curadoria definitiva não póde requerer-se senão passados quatro annos ou dez depois das ultimas noticias, se n'esse intervallo fallecer algum dos herdeiros presumidos do ausente, transfere já *o direito á curadoria* aos seus successores?

Supponhamos que o ausente no momento das ultimas noticias tinha por herdeiros dois sobrinhos, filhos de irmãos, e que durante os quatro ou dez annos falleceu um dos sobrinhos deixando herdeiros, poderão estes requerer depois a curadoria definitiva?

Se o ausente deixou testamento, e o instituido falleceu depois das ultimas noticias, mas antes de findo aquelle periodo, transmittiu já o direito á curadoria?

O codigo não resolve esta hypothese, que é aliás importante, e que

póde dar-se frequentes vezes na pratica. Porém o rigor dos principios decide pela affirmativa. Desde que se presume morto o ausente na data das ultimas noticias, é necessario aceitar as consequencias d'este principio em toda a sua amplitude.

Desde essa epocha transmittem-se todos os seus direitos aos seus naturaes successores, apenas com as restricções aconselhadas pela possibilidade do seu reapparecimento. E é o que se infere por argumento do artigo 2032.º do codigo.

A opinião contraria levar-nos-ia á conclusão de que os herdeiros presumidos eram os successores ao tempo em que se requeresse a curadoria definitiva, o que é expressamente contra as disposições do artigo 64.º e de outros.

A nossa opinião é tambem seguida por Goyena em a nota ao artigo 318.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Se o ausente deixou procuração, só passados dez annos depois das ultimas noticias é que póde requerer-se a curadoria definitiva, salvo o direito de exigir caução, findos tres annos a contar desde a mesma data das ultimas noticias, se occorrer receio de insolvencia.

O ausente, deixando procuração, manifestou a intenção de se demorar, e portanto não actua com tanta força a presumpção de morte. Como elle proveu á administração de seus bens, o legislador prescreveu um praso mais largo para entregar a terceiro essa administração, e já com alguns direitos, derivados da presumpção de morte do ausente.

Maiores considerações merece o que providenciou formalmente sobre a administração dos seus bens e negocios, do que o que os deixou ao abandono.

O primeiro deu a entender que previa uma ausencia demorada, occorrendo á primeira necessidade, que a ausencia importa, julgando-se por isso mesmo dispensado de manter correspondencia durante certo periodo.

O segundo tem contra si presumpções inteiramente oppostas. Presume-se pelo facto de não deixar procurador, que esperava voltar depressa, ou que devia supprir esta falta por meio de cartas, desde que viu prolongar a sua ausencia.

No caso de o ausente ter deixado procurador, ou a procuração fosse por mais ou por menos de dez annos, ou o procurador fallecesse ou se impossibilitasse de administrar, a curadoria definitiva só póde requerer-se passados os dez annos.

O codigo marcou o periodo de dez annos para o requerimento da curadoria definitiva pelo simples facto de o ausente deixar procuração, qualquer que seja o periodo da duração dos poderes, ou aindaque a duração fosse illimitada, ou o procurador se impossibilitasse. A falta de noticias do ausente, quando este deixou procuração, só induz presumpção de morte, decorridos dez annos desde as ultimas noticias.

O procurador só passados tres annos é que está obrigado a prestar caução, o que o não isenta, nem de dar contas posteriormente, nem da responsabilidade perante os herdeiros do ausente pelos prejuizos que causar á fortuna d'este durante o triennio.

O processo para o obrigar a prestar caução não é o marcado para o deferimento da curadoria definitiva, mas o estabelecido para a prestação das cauções em geral, acrescentado apenas com o indispensavel para a prova da ausencia em virtude de falta de noticias por espaço de tres annos.

O periodo de dez annos que é preciso decorrer para se installar a curadoria definitiva, no caso de haver procurador legalmente constituido, refere-se unicamente ao ausente solteiro e sem filhos. Com quanto

o artigo 82.º se refira na justificação da ausencia de individuo casado ao disposto n'este capitulo, não podia ser da mente do legislador excluir a mulher da administração dos bens logoque cessassem as noticias do marido, como já dissemos em a nota ao artigo 55.º, nem dos direitos que o codigo lhe confere decorridos quatro annos depois d'essas ultimas noticias.

Igualmente se o ausente tiver filhos a curadoria definitiva deverá deferir-se decorridos que sejam os quatro annos. Se antes de passarem os quatro annos o ausente completar noventa e cinco annos de idade nem a curadoria se defere, entrando desde logo os herdeiros na posse dos bens.

Aos herdeiros é *facultativo* o requererem a curadoria definitiva, porque elles podem renunciar ás vantagens que lhes provêem de serem n'ella investidos.

Se uns dos herdeiros quizerem requerer a curadoria, e os outros não, *quid juris?*

Para intentar a acção de declaração de ausencia é competente qualquer dos herdeiros presumptivos só por si; e no deferimento da curadoria definitiva deve entregar-se a cada herdeiro só a sua respectiva parte para os effeitos do artigo 73.º, continuando na curadoria provisoria a parte d'aquelles que não podérem prestar caução, artigo 70.º Mas se nem todos os coherdeiros se habilitaram á curadoria, entregam-se os bens na sua totalidade áquelles que se habilitarem?

Se o ausente tem, por exemplo, tres irmãos, e só um requer a curadoria definitiva, deve entregar-se-lhe tambem a quota dos bens pertencentes aos outros dois, por argumento do disposto no artigo 2016.º, que permitte a cada um dos coherdeiros pedir a totalidade da herança, a que for chamado conjunctamente, sem que o demandado possa oppor-lhe a excepção de que a herança lhe não pertence por inteiro.

Ora se o coherdeiro póde pedir a totalidade da herança, que é mais do que a curadoria definitiva dos bens, por maioria de rasão póde pedir a curadoria de todos os bens do ausente, ficando sujeito a dar partilha aos que depois se habilitarem, como dispõe o artigo 68.º Porém o coherdeiro que não concorrer ao processo da curadoria não póde depois haver a sua parte, em caso de questão, senão pelos meios ordinarios.

Se concorrerem todos os herdeiros á curadoria definitiva, mas algum não podér prestar caução, continua o quinhão d'este na curadoria provisoria segundo o disposto no artigo 70.º?

Continua *em* curadoria provisoria, mas não na antiga curadoria provisoria, que finda com a installação da curadoria definitiva, artigo 63.º, n.º 4.º, sendo incompativel com ella. A administração d'essa parte de bens passa para os curadores definitivos, cujas funcções todavia com relação a ella são de curadores provisorios. Parece-nos o unico meio racional de combinar o disposto no artigo 70.º com a prescripção do n.º 4.º do artigo 63.º

Ainda que os herdeiros presumptivos sejam menores ou interdictos defere-se-lhes a curadoria definitiva, porque esta curadoria tem por base, não a capacidade do curador, mas a qualidade de representante do ausente, e essa qualidade não se perde pela menoridade ou interdicção. O administrador dos bens do menor ou do interdicto representa-lo-ha na curadoria.

A commissão de legislação da camara dos deputados, querendo determinar bem a significação das palavras *herdeiros presumidos*, acrescentou-lhes, por imitação do que se encontra no artigo 318.º do projecto de codigo civil hespanhol, est'outras *quer sejam legitimos,*

quer instituidos em testamento publico. Porém, não adoptando fielmente a redacção, que se encontra n'aquelle artigo *los herederos testamentarios, y en su defecto los legitimos del ausente, etc.*, póde dar logar á duvida de quaes serão preferidos na curadoria, se os legitimos, se os testamentarios.

Comquanto o testamento nenhuns effeitos produza antes da morte do testador, como todas as doutrinas d'esta secção, e das que lhe são relativas tenham por base a presumpção de morte, e sobretudo porque não podia ser da mente do legislador o negar ao herdeiro instituido na quota hereditaria a preferencia que reconhece ao legatario, artigo 67.º, nas cousas particulares, objecto do legado, entendemos que os herdeiros legitimos só são admittidos á curadoria definitiva na falta de herdeiros testamentarios.

A presumpção fundada no testamento é mais forte do que a fundada na lei, que só dispõe para o caso de o homem não ter disposto. Exceptua-se o caso de os herdeiros legitimos serem ascendentes ou descendentes, dos quaes se trata no capitulo 3.º

Se ha testamento cerrado, o juiz, antes de publicar a sentença, isto é, depois de dadas as provas para a justificação da ausencia, manda-o abrir para o tomar na devida consideração.

Mas não se infira da disposição do artigo 66.º que é o juiz quem procede á abertura do testamento. O juiz *manda proceder* á abertura do testamento, que será feita pelo administrador de concelho, nos termos do artigo 1933.º, a qual lhe deve ser requerida pelo interessado, documentando o seu requerimento com a certidão do despacho do juiz que mandou abrir o testamento, e podendo recorrer para os tribunaes do contencioso administrativo do indeferimento do administrador de concelho.

Ao artigo 66.º foram acrescentadas inconvenientemente pela commissão de legislação da camara dos deputados as palavras *e por elle deferir a curadoria,* porque as disposições testamentarias podem limitar-se a algum legado, ou encerrar apenas determinações, que nada influam no deferimento da curadoria, e as palavras *a fim de o tomar na devida consideração* tinham uma significação tão ampla que não careciam de acrescentamento.

Mas supponhamos que não requerem a curadoria os herdeiros legitimos, nem mesmo os instituidos em testamento publico, se os houver, ficam privados os herdeiros instituidos em testamento cerrado de requererem a curadoria definitiva?

Evidentemente. Nem os herdeiros podem requerer a entrega da quota hereditaria, nem qualquer outro com direito fundado a alguns bens póde reclamar a sua posse sem se *legitimarem* em juizo como *interessados.*

Na acção intentada para se declarar a ausencia, e se entregarem os bens, como em qualquer outra, a questão previa a resolver é a legitimidade das partes, e ninguem póde prevalecer-se do direito que lhe confere o testamento cerrado, sem elle estar aberto, como é da natureza d'este titulo; e aberto não póde sê-lo senão nos casos expressamente taxados na lei.

Com que fundamento havia de alguem allegar que era contemplado n'um testamento cerrado, se a propria natureza do titulo excluia esta allegação?

O meio que havia de remediar todos estes inconvenientes era impor a obrigação de requerer a abertura do testamento cerrado ao ministerio publico, não só como representante dos interesses geraes, mas tambem porque o estado póde interessar directamente na execução

do testamento, ou por via de cumprimento de legados pios, ou mesmo pela instituição da fazenda ou de estabelecimentos publicos em todos ou em parte dos bens.

Porém os herdeiros instituidos em testamento cerrado não devem ficar privados do seu direito, porque nos termos do artigo 12.º toda a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio, e por isso nos tres ultimos casos do artigo 78.º qualquer pessoa póde requerer á respectiva auctoridade publica a abertura do testamento, nos termos dos artigos 1932.º e seguintes.

No caso de morte póde qualquer requerer a abertura do testamento, segundo o disposto no artigo 1936.º, e como o *lapso de vinte annos*, que se prova pela sentença que deferiu a curadoria provisoria ou definitiva, e a *idade de noventa e cinco annos*, que se prova pela certidão extrahida do registo civil, equivalem ao caso de morte, artigo 79.º do codigo, póde ser requerida n'estes casos por qualquer pessoa a abertura do testamento.

A nossa opinião vae tambem de accordo com o disposto no artigo 323.º do projecto do codigo civil hespanhol, que manda abrir o testamento cerrado ao terminar a curadoria definitiva, se não foi aberto na sua installação.

Portanto o testamento cerrado do ausente não póde ser aberto, senão requerendo-se a curadoria definitiva; e, não sendo requerida, só nos casos dos n.ºs 3.º, 4.º e 5.º do artigo 78.º

Ha quem sustente que, não se podendo abrir o testamento cerrado, senão quando o processo correu até aos termos da sentença, se n'esta hypothese o herdeiro instituido é differente do que intentou a acção, se lhe não póde deferir a curadoria por um processo, em que elle não foi parte, nem figurou, e que o mais regular é decidir o juiz que em face do testamento não tem logar deferir-se a curadoria ao requerente, e condemna-lo nas custas.

Não póde porém admittir-se similhante opinião, que julga nullo um processo instaurado e seguido nos termos da lei, embora os seus tramites não sejam todos em harmonia com os principios geraes de processo.

O testamento abre-se apenas depois de concluidos os actos que precedem a sentença, porque é inutil abrir o testamento sem estarem satisfeitas as diligencias marcadas nos artigos 64.º e 65.º, ou, como diz o projecto do codigo hespanhol, sem estar *declarada* a ausencia, posto que nos termos do nosso codigo é a mesma a sentença que declara a ausencia e defere a curadoria.

Nem ha inconveniente em deixar correr o processo até á sentença *exclusivè*, porque a abertura do testamento não importa novas diligencias, salva a necessidade de provar a *identidade* do herdeiro instituido, prova esta que em nada prejudica o processo anteriormente preparado, e de que é apenas incidente.

Quem deve ser condemnado nas custas é aquelle a quem se deferir a curadoria, ainda que seja *ex vi* do testamento cerrado.

No projecto de codigo de processo, artigo 192.º, acham-se estabelecidas as regras para deferir a curadoria definitiva, dispondo-se que os pretendentes a esta curadoria requeiram a citação do possuidor dos bens, do ministerio publico, e de todos os interessados certos e incertos, preferindo-se para a curadoria os que se mostrarem com melhor direito, ainda que o deduzissem na contestação.

Este processo é aceitavel, salvo com relação aos instituidos em testamento cerrado, que não podem deduzir o seu direito nos articulados, sem se alterar a doutrina do codigo, que manda abrir o testamento só depois de findos os articulados e de dadas as provas.

Em nosso entender pois, se os interessados não vierem deduzir o seu direito em seguida á citação, e forem lançados á revelia, não póde deferir-se-lhes a curadoria, nem serem admittidos a dar prova da sua habilitação, salvo se forem instituidos em testamento cerrado, porque esses podem deduzir o seu direito em seguida á abertura do testamento, devendo ser citados, logo que o testamento se abra, para seguirem o processo.

Supponhamos tambem que os herdeiros presumidos renunciam á curadoria, porque, assim como a aceitação ou repudio da herança é um acto inteiramente livre, artigo 2021.º, assim é *facultativo* o requerimento da curadoria, que os herdeiros presumidos *poderão* requerer ou deixar de requerer; pertencerá esse direito aos immediatos?

Entendemos que sim por analogia com o disposto no artigo 2040.º, devendo estes requerer, nos termos do artigo 2041.º, que os primeiros em grau declarem se aceitam ou não a curadoria definitiva. Parece-nos tambem conveniente que se acautele no codigo do processo que, mostrando-se dos autos que os requerentes não são os herdeiros presumidos, mas não vindo os outros contestar, se presuma por esse facto a renuncia sem outra differença do que deixar-lhes direito salvo para virem depois pedir a curadoria, nos termos do artigo 68.º

Art. 65.º A sentença, que defere a curadoria definitiva, não póde ser proferida, sem que o ausente tenha sido notificado por editos, publicados com antecipação de seis mezes na folha official, na gazeta da respectiva relação e nas portas da igreja parochial do logar do seu ultimo domicilio; nem póde ser dada á execução sem que decorram quatro mezes depois da sua publicação, a qual será feita pelo mesmo modo que fica ordenado para a dos editos.

§ unico. Estas publicações serão por extracto, cuja exacção será verificada pelo juiz, que o rubricará, achando-o conforme.

Da disposição d'este artigo se mostra que a curadoria definitiva não se defere *real* e *effectivamente* senão passados cinco annos depois das ultimas noticias, comquanto possa requerer-se decorridos que sejam os quatro annos. Todas as providencias prescriptas n'este artigo são dictadas no intuito de proporcionar occasião ao ausente de dar noticias suas, ou de alguem as dar por elle, e de desfazer conluios, originados pela má fé ou por interesses illegitimos.

As diligencias ordenadas no artigo 65.º não prejudicam o disposto nos artigos 313.º e 314.º da reforma no que for compativel com as disposições do codigo. As nossas leis de processo continuam em vigor até á publicação do novo codigo de processo, na parte em que não forem revogadas pelo codigo civil; e até este artigo deve passar para a lei de processo.

No intuito de salvaguardar os direitos do ausente os editos duram seis mezes, em vez de trinta dias, como é costume, e publicam-se na folha official, na gazeta da relação, e nas portas da igreja do ultimo domicilio do ausente, solemnidades que não se exigem com tanto rigor na publicação das sentenças de interdicção, artigos 319.º e 344.º § unico.

E ha tanto rigor n'esta especialidade, que a sentença só póde ser executada decorridos quatro mezes depois da sua publicação, que

deve ser feita com as mesmas solemnidades acima referidas. Tanto é o respeito do legislador pelos direitos do ausente.

A portaria de 21 de abril de 1868 organisou provisoriamente o serviço da gazeta das relações para as publicações que ali têem de ser feitas, nos termos do codigo.

Art. 66.º Se o ausente tiver deixado testamento cerrado, o juiz, antes de proferir a sentença, mandará proceder á abertura do dito testamento, a fim de o tomar na devida consideração, e por elle deferir a curadoria.

(Vid. nota ao artigo 64.º)

Art. 67.º Deferida a curadoria definitiva, tanto os legatarios, como todos aquelles que por morte do ausente teriam direito fundado a alguma parte dos bens d'elle, podem requerer que essa parte lhes seja entregue.

§ unico. No praso declarado no artigo 64.º, poderão os interessados, a que se refere este artigo, requerer a entrega dos bens a que tenham direito, justificada a ausencia como dito é.

Os legatarios podem exigir a sua parte nos bens, deferida que seja a curadoria definitiva. Alem dos legatarios podem requerer que lhes seja entregue a sua parte *todos aquelles que por morte do ausente teriam direito fundado* a alguma parte dos bens d'elle.

Os codigos de França, artigo 123.º, e da Sardenha, artigo 84.º, e o projecto do codigo hespanhol, artigo 318.º, em logar da redacção usada no nosso codigo, dizem: *todos aquelles que tenham sobre os bens do ausente direitos subordinados á condição da sua morte.*

É diversa redacção; porém a idéa é a mesma. Assim, têem direito fundado por morte do ausente, ou direito subordinado á condição da morte do ausente, o donatario que do ausente recebeu uma doação *inter vivos* com reserva de usufructo, o que comprou a terceiro bens cujo usufructo pertencia ao ausente, etc. Todos estes tinham sobre os bens do ausente direito fundado por morte, ou direito subordinado á condição da sua morte.

No praso declarado, quer dizer, findos os quatro ou dez annos marcados no artigo 64.º, se os herdeiros presumptivos se não apresentarem a requerer a curadoria, podem justificar a ausencia, e pedir a entrega dos bens todos os que a elles tenham direito fundado pela morte do ausente.

A redacção do § unico foi obra da commissão de legislação da camara dos deputados. Foi a substituição do seguinte artigo do projecto apresentado ás côrtes: «Se os herdeiros do ausente não se apresentarem em juizo a requerer a curadoria, no praso declarado no artigo 64.º, poderão os referidos interessados requerer a entrega dos bens a que tenham direito, justificada a ausencia, como dito é».

Não vemos outra differença entre a disposição do projecto e a alteração da commissão, alem da maior obscuridade na ultima redacção, a não ser o restringir esta os *interessados*, de que trata, só aos designados no presente artigo, quando pelo artigo do projecto podia referir-se tambem ao artigo 66.º

Esta alteração da commissão de legislação da camara dos deputados é mais uma prova de que os interessados em testamento cerrado, ou sejam herdeiros ou legatarios, não podem gosar das vantagens da curadoria definitiva, sem haver alguem que, ou com direito *fundado* ou *presumido*, em vista da lei, ou de documento publico, intente a respectiva acção de justificação de ausencia.

E não é claro se o testamento cerrado, a que se refere o artigo 66.º póde tambem abrir-se no caso de justificarem a ausencia, para lhes ser entregue a sua parte dos bens, os interessados a que se refere o artigo 67.º, ou se sómente deve abrir-se quando é requerida a curadoria definitiva pelos interessados, a que se refere o artigo 64.º

No rigor da letra do codigo o testamento cerrado não se abre senão para proferir-se a sentença *que defere a curadoria definitiva*, artigo 65.º

A lei não manda abrir o *testamento cerrado* quando a sentença que julgar a ausencia for proferida para o simples effeito de ordenar a entrega dos respectivos bens aos interessados, a que se refere este artigo, e que não tenha de deferir a curadoria definitiva.

No entretanto parece-nos rasoavel que se abra o testamento cerrado sempre que seja julgada a ausencia, depois de decorridos os quatro ou dez annos desde as ultimas noticias, ou o julgamento da ausencia tenha por fim deferir a curadoria definitiva aos herderos presumidos, ou a entrega de bens a quaesquer outros interessados.

A rasão para attender os interesses dos individuos contemplados no testamento do ausente é a mesma n'um e n'outro caso; e seria iniquo entregar bens a legatarios instituidos em testamento publico, porventura revogado pelo testamento cerrado.

Art. 68.º Se, ainda depois de deferida, apparecer algum herdeiro, que na ordem da successão deva excluir aquelle a quem a curadoria foi dada, poderá usar dos meios competentes, para que seja tirada a este, e deferida, novamente, a quem pertencer.

Como a curadoria definitiva é uma quasi successão, ainda que esteja já deferida, se apparecer herdeiro com melhor direito deve excluir o investido n'ella. Assim, se a curadoria foi deferida a um primo do ausente, e depois apparece um irmão, este tem de requerer a rescisão da sentença que deferiu a curadoria ao primo para poder have-la.

A disposição d'este artigo é muito juridica; mas escusadamente foi introduzida pela commissão de legislação da camara dos deputados, porque estava expressamente consignada no final do artigo 75.º

Igualmente, se se mostrar a verdadeira epocha do fallecimento do ausente que faça variar os herdeiros, ou apparecer algum testamento ignorado na occasião da installação da curadoria definitiva, os curadores definitivos hão de ceder a estes a successão, como se acha reconhecido no artigo 81.º

O disposto n'esta secção é só para o caso de se ignorar a epocha da morte do ausente. Só para esta hypothese o codigo estabelece uma *presumpção*, que é a epocha das ultimas noticias. Mas a presumpção cede á verdade logoque possa mostrar-se que o fallecimento teve logar em certo e determinado tempo. O praso, dentro do qual o interessado póde usar do direito que lhe confere este artigo, é o marcado nos artigos 80.º e 81.º

E qual é o meio de que ha de usar o herdeiro para haver a curadoria?

Já temos visto sustentar que o meio competente é o de embargos á sentença que deferiu a curadoria, deduzindo a habilitação nos embargos. Similhante opinião porém é inadmissivel, porque os embargos não são nem podem ser meio competente de rescindir a sentença que passou em julgado.

O unico meio competente é a acção ordinaria, em que se deduza a habilitação, concluindo-se por pedir que seja rescindida a sentença que deferiu a outrem a curadoria definitiva, e que esta seja deferida ao requerente.

Se o que estiver na posse da curadoria em virtude da sentença não impugnar a acção, mas exigir do novo requerente a importancia das despezas feitas com o deferimento da curadoria em proporção dos valores que a este pertencem, deverá ter direito a have-las.

O projecto de codigo de processo é completamente omisso a este respeito, e bom será que a commissão suppra esta lacuna.

SECÇÃO II

DO INVENTARIO E DA CAUÇÃO DOS BENS DO AUSENTE

Art. 69.º Os bens do ausente só podem ser entregues aos herdeiros e demais interessados, precedendo inventario e caução sufficiente.

Art. 70.º Se os herdeiros ou interessados não prestarem a referida caução, continuará a administração provisoria dos bens do ausente, durante o tempo em que a dita caução é necessaria; mas ser-lhes-ha licito, justificando falta de meios, requerer que se lhes adjudique metade dos rendimentos que haveriam, tomando conta dos ditos bens.

(Vid. notas aos artigos 58.º e 64.º)

SECÇÃO III

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CURADORES DEFINITIVOS E DEMAIS INTERESSADOS

Art. 71.º Os curadores definitivos podem exigir a entrega de todos os bens, e exercer todos os direitos que pertenciam ao ausente até o dia em que desappareceu, ou até a data das ultimas noticias d'elle.

Art. 72.º Os bens e direitos, que eventualmente sobrevieram ao ausente, desde que desappareceu, sem d'elle haver noticias, ou desde a data das ultimas que d'elle houve, e que sejam dependentes da condição da sua existencia, passam áquelles que seriam chamados a succeder-lhe, se elle fosse fallecido.

§ 1.º N'este caso, os curadores definitivos ou, na sua falta, o ministerio publico, só têem o direito de requerer, que taes bens sejam inventariados, e que aquelles que retiverem ou

arrecadarem os ditos bens prestem caução sufficiente, que só durará pelo espaço de dez annos, contados desde que os ditos bens lhe advieram.

§ 2.º O direito do ausente a estes bens só se extingue em conformidade das regras geraes da prescripção; mas aquelles que os houverem arrecadado farão seus, em caso de restituição, os fructos percebidos, não havendo má fé.

Art. 73.º Os curadores definitivos e demais interessados farão sua, salvo o disposto no artigo precedente, desde o dia da entrega dos respectivos bens, a quarta parte dos rendimentos d'estes, apparecendo o ausente ou outros herdeiros dentro de dez annos, contados desde o dia do desapparecimento do mesmo ausente, ou da data das ultimas noticias que d'elle houver; e apparecendo dentro do praso de dez a vinte, farão sua metade. Passados os vinte annos, farão seus todos os rendimentos.

(Vid. artigo 85.º) O codigo distingue entre os bens existentes no casal do ausente ao tempo das ultimas noticias, e os que lhe sobrevieram depois eventualmente sob condição da sua existencia. Os primeiros são entregues aos curadores definitivos, como herdeiros presumptivos; os segundos vão a quem de direito deveriam pertencer, se o ausente fosse realmente fallecido.

A presumpção da morte começa na data das ultimas noticias, e portanto desde essa data não póde o ausente adquirir mais direitos, *dependentes da condição da sua existencia*, porque legalmente não existe, presume-se morto, salva prova em contrario. Se não existe não os póde adquirir nem transmittir conseguintemente. Passam pois a quem passariam effectivamente se elle fosse fallecido, porque a ausencia, para este effeito, equivale á morte, salva prova em contrario.

Exemplifiquemos. Abriu-se uma successão testamentaria depois das ultimas noticias, em que o instituido era o ausente, e na falta d'elle Paulo; como o ausente se presume morto depois das ultimas noticias, não póde adquirir a successão, nem transmitti-la por consequencia aos curadores definitivos. Toma Paulo conta dos bens, porque era o chamado, se o ausente fosse fallecido.

Esta disposição é corollario do systema seguido pelo codigo, de que o ausente se presume morto na data das ultimas noticias. E o morto não é susceptivel de adquirir direitos. Portanto os direitos adquiridos e existentes no patrimonio do casal á data das ultimas noticias passam aos herdeiros do ausente; os supervenientes passam a quem passariam se elle fosse fallecido, porque a *data* das ultimas noticias fixa, pelo systema do codigo, a *presumpção* de morte.

Ora o codigo com rasão emprega as palavras *dependentes da condição da sua existencia*, para excluir os curadores definitivos da administração dos bens, porque casos ha em que passam aos seus herdeiros presumptivos ao tempo das ultimas noticias bens e direitos, que lhe sobrevem mais tarde, mas que não eram dependentes da condição da sua existencia.

Assim, o fideicommissario ausente transmitte aos curadores definitivos o direito ao fideicommisso, ainda que o fiduciario morra depois das ultimas noticias, se o testador morreu antes, como se mostra do

artigo 1868.º do codigo. Esta transmissão não depende da condição de existencia do ausente.

Igualmente, se o pae do ausente morreu depois das ultimas noticias d'este, succedem os netos, se os ha, porque pelo direito de representação, nos termos do artigo 1981.º do codigo, a sua successão não depende da condição de existencia do pae. É pois completa, para os effeitos da successão, a distincção entre os bens pertencentes ao ausente ao tempo das ultimas noticias, e os que lhe sobrevem posteriormente, que não vão aos herdeiros d'elle, mas a quem deveriam pertencer se elle fosse fallecido.

Verdadeiramente os bens que lhe advem posteriormente ás ultimas noticias, sem a condição da sua existencia, já lhe pertenciam em rigor de direito antes d'essas ultimas noticias.

O fideicommissario adquiriu o direito ao fideicommisso pela morte do testador, e o neto adquiriu o direito aos bens do avô pelo facto do seu nascimento.

A palavra *eventualmente* é que nos parece absolutamente escusada, porque não significa idéa que não esteja comprehendida nas palavras: *e que sejam dependentes da condição da sua existencia.* Talvez fosse empregada para dar mais força á expressão, e tornar bem claro que se trata de bens e direitos que não fazem parte do patrimonio do ausente ao tempo do seu desapparecimento ou á data das ultimas noticias.

No artigo 72.º introduziram-se na ultima revisão as palavras — *a succeder-lhe,* — que teriam transtornado todo o systema do codigo sobre ausencia se não foram os antecedentes e consequentes, e o conhecer-se que foram ahi introduzidas para fazer *estylo.* O pronome *lhe* não tem a quem referir-se, grammaticalmente fallando, senão ao ausente, e então parece que os bens que sobreviessem ao ausente depois das ultimas noticias deviam pertencer aos herdeiros d'elle, aquelles herdeiros que seriam chamados a succeder-lhe se elle fosse fallecido, o que é contra o systema do codigo e contra os §§ do proprio artigo, que distinguem entre herdeiros presumptivos do ausente, ou curadores definitivos, e aquelles que tomam posse dos bens que sobrevem ao ausente, depois das ultimas noticias.

Para evitar os absurdos resultantes da concordancia grammatical é preciso entender que as palavras *succeder-lhe* se referem, não ao ausente, mas áquelle d'onde sobrevem ou provém os direitos que seriam para o ausente se elle fosse vivo; ou antes que o pronome *lhe,* que devia estar no plural, se refere ás palavras: *os bens e direitos,* pelas quaes começa o artigo 72.º

O codigo francez, artigo 136.º, e o projecto de codigo hespanhol, artigo 328.º, fontes do artigo 72.º, dispõem que a successão a que é chamado o ausente pertencerá exclusivamente aos coherdeiros d'elle ou aos que deviam succeder na sua falta.

Comquanto nos pareça segura esta nossa opinião, devemos todavia confessar que alguns sustentam, dando aquellas palavras a rigorosa significação grammatical, que os bens e direitos sobrevindos ao ausente depois das ultimas noticias pertencem aos que forem herdeiros presumptivos ao tempo da supervenienia dos bens, aos quaes o codigo deu a preferencia para a successão n'estes bens, assim como para os bens pertencentes ao ausente antes das ultimas noticias déra a preferencia aos que eram herdeiros presumidos n'esta epocha; porque a lei não presume fallecido o ausente logo á data das ultimas noticias para excluir os seus herdeiros de todos os bens e direitos supervenientes.

A seguir-se esta opinião teriamos marcadas duas epochas de presumpção de morte, ou continuaria o ausente, ou seus herdeiros ao tempo do respectivo evento, a receber todos os direitos que sobreviessem ao ausente até se *provar* a morte d'elle, o que é contra todo o systema do codigo sobre ausencia.

Vejâmos agora a differença entre os direitos dos que succedem nos bens existentes no casal do ausente ao tempo das ultimas noticias, e dos que succedem nos bens que lhe sobrevem posteriormente sob a condição da sua existencia.

Uns e outros recebem os bens por inventario e são obrigados a prestar caução.

Na commissão de legislação da camara dos deputados é que se inseriram no § 1.º do artigo 72.º as palavras *contados desde que os ditos bens lhe advieram,* devendo tambem notar-se o erro, que já vinha no parecer da referida commissão, de se empregar o pronome *lhe* no singular, e não no plural, como a grammatica pedia.

Ainda que não deveria ser objecto de duvida que os dez annos de duração da caução deviam contar-se desde o *nascimento* do direito, e não desde as ultimas noticias do ausente, bem procedeu a commissão acabando até com o pretexto para a duvida.

A caução para a restituição dos bens já pertencentes ao ausente ao tempo das ultimas noticias póde durar o dobro do tempo que dura a caução pela restituição dos bens que lhe sobrevem posteriormente, vistoque a caução termina no primeiro caso decorridos vinte annos depois das ultimas noticias, e no segundo decorridos dez annos desde a adquisição do direito, que tanto póde ter logar depois de já deferida a curadoria definitiva, como antes mesmo de deferida a curadoria provisoria.

Aberta uma successão a favor do ausente sem ainda estar deferida a curadoria provisoria ou definitiva, têem os interessados, a quem pertenceria a successão no caso de ser fallecido o ausente, de justificar a ausencia nos termos summarios que se requerem para o deferimento da curadoria provisoria, citando o ministerio publico, que é o competente, na falta dos curadores definitivos, para requerer o inventario e a caução, como dispõe o § 1.º do artigo 72.º, e assistir a todo o processo para ser entregue a successão aos que têem direito a ella.

Porém os primeiros fazem sua a quarta parte dos rendimentos se o ausente voltar dentro de dez annos a contar das ultimas noticias, ametade se elle voltar depois dos dez e antes dos vinte, e só passados os vinte é que fazem seus todos os rendimentos, haja ou não má fé, que o codigo não distingue.

É preciso notar as palavras empregadas no artigo 73.º: *desde a entrega dos respectivos bens,* que querem dizer desde a entrega dos respectivos bens em virtude da curadoria definitiva. Os rendimentos percebidos durante a curadoria provisoria, se a houve, ainda que os curadores definitivos e os provisorios, fossem as mesmas pessoas, acrescem ao capital. Os curadores definitivos não podiam fazer seus os fructos arrecadados n'uma epocha em que não estava julgada a presumpção de morte. Recebem os fructos e rendimentos da anterior administração, segundo o disposto no artigo 74.º, não para terem parte n'elles como rendimentos, vista a disposição do artigo 73.º, mas para os gosarem e administrarem como os outros bens do ausente que não têem a natureza de rendimentos.

E não se julgue, como já alguem tem sustentado, que nos termos do artigo 73.º os curadores definitivos são obrigados a entregar ao ausente as tres quartas partes dos fructos recolhidos desde a posse

em virtude da curadoria definitiva até decorrerem dez annos desde as ultimas noticias, ametade dos arrecadados desde os dez annos até os vinte, e nenhuns depois de decorridos os vinte annos.

A redacção do artigo é bem clara para não dar logar a estas duvidas. Se o ausente apparece passados vinte annos não tem direito algum, nem aos fructos percebidos depois d'esta epocha, nem aos percebidos antes. Se regressa antes de decorridos os vinte annos, e depois de passados os dez, tem apenas direito a ametade dos fructos colhidos depois da installação da curadoria definitiva, ou fossem arrecadados antes ou depois de decorridos os dez annos. Á proporção que se alonga o tempo da ausencia augmentam as esperanças dos curadores definitivos de serem proprietarios dos bens, mais difficil se lhes torna a entrega dos rendimentos accumulados, e por isso menor porção com relação a cada anno decorrido são obrigados a restituir.

Os segundos fazem desde logo seus todos os rendimentos percebidos, salvo havendo má fé, a qual consiste em elles saberem da existencia do ausente.

Como se reputam possuidores de boa fé fazem seus os fructos percebidos, segundo os principios estabelecidos no artigo 495.º Não restituem porém todos os fructos pelo facto de incorrerem em má fé, se esta não existe desde o principio, mas unicamente os arrecadados desde que começou a má fé, isto é, *os percebidos em má fé*, como com melhor redacção se exprimem o codigo civil francez, artigo 138.º, e o projecto de codigo civil hespanhol, artigo 330.º Se é o conjuge que exerce as funcções de curador definitivo não é obrigado a restituir rendimento algum, faz seus todos os fructos, artigo 85.º

Os primeiros em qualquer tempo que appareça o ausente hão de entregar-lhe os bens que existirem, os subrogados, ou o preço que tiverem recebido, e mesmo aos descendentes e ascendentes até dez annos depois de terminar a curadoria definitiva, como dispõe o artigo 80.º Os segundos fazem seus os bens se os possuirem pelo tempo necessario para a prescripção sem o ausente comparecer.

Nas palavras do § 2.º do artigo 72.º, *os direitos do ausente*, deve comprehender-se o direito dos herdeiros e representantes e até dos crédores. Qualquer d'estes, como interessado, póde propor as convenientes acções para provar que o ausente ainda vivia depois das ultimas noticias, na occasião do deferimento eventual dos direitos cuja successão dependia da condição da sua existencia.

Assim, a lei conserva durante todo o tempo ao ausente os direitos que elle tinha *effectivamente* no seu casal ao tempo da ausencia, e garante-lhe só por um praso determinado o direito aos bens que lhe sobrevieram depois da ausencia e que nunca chegaram a estar *real e effectivamente* no seu patrimonio. Emquanto aos rendimentos o codigo tambem considera mais o direito do ausente sobre os rendimentos dos bens que se achavam effectivamente no seu casal ao tempo da ausencia, do que sobre os rendimentos dos bens que lhe sobrevieram posteriormente.

A rasão da differença é plausivel. No primeiro caso não podia haver duvida sobre a propriedade dos bens do ausente que estavam real e effectivamente no seu patrimonio na occasião das ultimas noticias, e no segundo caso nunca elle esteve na *posse* dos bens, e deve imputar a si o não ter reclamado em tempo o seu direito.

Art. 74.º Os curadores definitivos podem pedir contas aos curadores provisorios, não o tendo sido elles mesmos, ou não tendo as ditas contas sido prestadas devidamente; podem alem d'isso, receber os fructos e rendimentos, que existirem da anterior administração, e demandar e ser demandados como legitimos herdeiros do ausente.

Art. 75.º Os curadores definitivos não são obrigados a dar contas da sua administração, excepto ao ausente ou a seus herdeiros, se outros se habilitarem.

Art. 76.º Os curadores definitivos não podem alienar os bens immobiliarios, excepto se de outro modo se não podér solver qualquer divida do ausente, evitar a deterioração e ruina de alguma propriedade, custear as bemfeitorias necessarias ou uteis de que carecem os bens do mesmo ausente, ou occorrer a outra urgente necessidade.

§ unico. N'estes casos precederá auctorisação do juizo competente, e será a venda feita em hasta publica, com assistencia do ministerio publico.

Art. 77.º Os ditos curadores não podem, igualmente, transigir sem auctorisação judicial, nem repudiar herança, a que o ausente tivesse direito adquirido antes do seu desapparecimento, ou da data das ultimas noticias que d'elle houve, mas devem aceita-la a beneficio do inventario.

(Vid. nota ao artigo 59.º)

SECÇÃO IV

DO TERMO DA CURADORIA DEFINITIVA

Art. 78.º A curadoria definitiva termina:

1.º Pela volta do ausente;

2.º Pela noticia da sua existencia;

3.º Pela certeza da sua morte;

4.º Pelo lapso de vinte annos;

5.º Contando o ausente noventa e cinco annos de idade.

§ unico. No caso do n.º 2.º os curadores definitivos serão considerados como provisorios, emquanto não comparecer o ausente, ou quem legalmente o represente.

Art. 79.º Em qualquer dos ultimos tres casos referidos no artigo precedente, ficam os herdeiros e demais interessados alliviados da caução que houverem prestado, e podem dispor dos bens do ausente como seus.

(Vid. nota ao artigo 63.º, e artigos 83.º, 87.º, 91.º e 95.º) Nos tres primeiros casos carece de *base* a curadoria definitiva, que se fundava no desapparecimento do ausente, sem d'elle haver noticias. Nos dois ultimos casos é decorrido tão longo periodo, que a presumpção da morte prevalece sobre a da vida, tomando tal grau de força que é indispensavel acabar com um estado *provisorio*, e fixar definitivamente

a sorte dos herdeiros, porque a ordem publica interessa em que a propriedade não esteja por muito tempo incerta, e em que os bens, especialmente os de raiz, entrem no commercio.

Portanto defere-se nos tres ultimos casos a successão, podendo os herdeiros dispor dos bens, como seus. A caução acabou, porque os herdeiros do ausente são já considerados verdadeiros donos, podendo vender, hypothecar e doar, etc., comquanto o seu dominio seja resoluvel, artigos 80.º e 81.º

O direito romano marcava o *praso* de cem annos, como o periodo mais longo da vida do homem, doutrina ainda conservada no codigo civil francez, artigo 129.º, e no projecto do codigo civil hespanhol, artigo 322.º O illustrado auctor do projecto primitivo fixou para a hypothese o praso de noventa annos, e a commissão revisora seguiu um meio termo, fixando-o em noventa e cinco annos.

O artigo 79.º emprega a palavra *herdeiros*, porque os curadores definitivos podem deixar de ser os herdeiros, ou por se mostrar que a morte do ausente teve logar n'uma epocha em que eram outros os herdeiros d'elle, ou por apparecer testamento que exclua os herdeiros que o eram ao tempo das ultimas noticias, porque o testamento cerrado abre-se n'esta occasião se ainda não tinha sido aberto, e porque os curadores trocam n'esta occasião *a qualidade de curadores pela de herdeiros*.

Ficam alliviados da caução os herdeiros, e demais *interessados*, isto é, legatarios, donatarios, e quaesquer outros, que por morte do ausente tivessem direito fundado a alguma parte dos bens d'elle, aliás a caução seria eterna, a não se provar a morte do ausente, e a sua continuação incompativel com o direito de propriedade, attribuido aos interessados.

Se os interessados não forem dispensados do pagamento de contribuição de registo, nos termos da lei de 29 de agosto de 1869, deverão ser obrigados a paga-la quando terminar a curadoria definitiva, restituindo-se-lhe depois a importancia do imposto, nos termos da mesma lei, apparecendo o ausente ou outros herdeiros.

Se foi o conjuge do ausente quem esteve exercendo as funcções de curador definitivo terminam os seus direitos nos mesmos casos em que terminaria a curadoria definitiva, artigos 83.º e 87.º, podendo os respectivos herdeiros do ausente tomar conta dos seus bens, ou pela certeza da morte d'elle, ou porque elle perfez noventa e cinco annos de idade, ou porque são decorridos vinte annos depois das ultimas noticias. A epocha da presumpção de morte não varia porque o curador definitivo é o conjuge, ou outra pessoa.

Varia apenas a epocha para os presumidos herdeiros poderem dispor dos bens se os herdeiros do ausente são filhos, e por analogia, como dissemos, outros quaesquer descendentes. Os filhos podem dispor livremente dos bens, decorrida que seja a metade do tempo que é necessario para outros quaesquer herdeiros d'elles poderem dispor, artigos 91.º e 95.º

Alem de ser um favor concedido aos filhos o disposto nos artigos 91.º e 95.º presume-se que o pae, que se ausentou, tendo filhos, não deixaria passar dez annos, se fosse vivo, sem lhes dar noticias suas, e pedir noticias d'elles, salvo o caso de os ter esquecido e abandonado, facto que a lei não póde proteger.

E os filhos poderão dispor, como qualquer outro herdeiro do interessado, dos bens do ausente, logoque elle tenha preenchido os noventa e cinco annos de idade, ainda que não tenham decorrido os dez annos marcados nos artigos 91.º e 95.º?

Decidimo-nos pela affirmativa, apesar do silencio d'estes dois artigos. A idade de noventa e cinco annos induz presumpção de morte sem dependencia da circumstancia de serem ou não descendentes do ausente os interessados. Se os descendentes são sempre mais favorecidos de que outros quaesquer herdeiros, não ha rasão para que se lhes negue o direito, que aliás se concede aos outros, de disporem dos bens do ausente logoque elle perfez noventa e cinco annos de idade.

Pelo contrario em regra a idade de noventa e cinco annos é mais forte presumpção de morte de que o decurso de dez annos depois das ultimas noticias.

Ainda que o artigo 87.º está collocado na secção, que se inscreve, da administração dos bens do ausente casado *não havendo filhos*, é certo que o conjuge administrador tem direito a ser alimentado, no caso de precisão, pelos rendimentos dos bens do ausente, ainda que este tenha filhos, e mesmo que estes sejam de outro matrimonio nos termos do artigo 1232.º e § unico, tendo até hypotheca legal nos bens do ausente para segurança do seu direito por analogia com o disposto em o n.º 4.º do artigo 906.º, visto que a ausencia n'estas circumstancias se considera igual á morte para todos os effeitos civis, salvo quanto á celebração de novo casamento, que não póde effectuar-se sem se provar a morte do ausente.

Art. 80.º Se, depois de vinte annos de ausencia, ou de ter completado noventa e cinco annos, o ausente apparecer, ou apparecerem descendentes ou ascendentes seus, elle ou elles haverão só os bens existentes, no estado em que se acharem, os subrogados em seu logar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois d'aquelle tempo.

§ unico. Este direito concedido aos descendentes e ascendentes prescreve, decorridos dez annos desde o termo da curadoria definitiva.

Art. 81.º Apparecendo outros herdeiros, que não sejam os mencionados no artigo antecedente, só podem exigir os bens do ausente, não tendo decorrido os vinte annos declarados no artigo 78.º n.º 4.º

(Vid. artigos 89.º e 94.º) O direito do ausente contra os curadores definitivos nunca prescreve, ou seja solteiro ou casado, artigos 89.º e 94.º Não póde herdar-se a successão de pessoa viva, e a presumpção de morte cede á realidade em contrario.

Os successores dos bens não podem oppor a prescripção ao ausente. São apenas desobrigados de entregar os rendimentos, cuja percepção era consequencia natural da acquisição do dominio, comquanto resoluvel, pelo termo da curadoria definitiva.

Os herdeiros legitimarios, isto é, os ascendentes e descendentes *successiveis*, § unico do artigo 89.º, téem trinta annos para haverem os bens, ou elle fosse solteiro ou casado, artigo 89.º, salvo se a curadoria definitiva termina pela idade de noventa e cinco annos do ausente, porque então póde expirar o direito dos herdeiros legitimarios ainda primeiro que o de quaesquer outros interessados, que só se extingue decorridos vinte annos depois das ultimas noticias, artigo 81.º

Não gosam porém do direito de reivindicar os bens alem dos trinta annos, ainda que ao terminar a curadoria definitiva, epocha em que começa a prescripção nos termos do § unico do artigo 80.º, não haja boa fé da parte do possuidor dos bens, artigo 517.º n.º 2.º e 520.º, e que a prescripção não possa começar ou correr, nos termos do disposto nos artigos 549.º a 554.º, porque para esta prescripção dos dez annos proceder não é precisa a boa fé.

O direito de quaesquer outros herdeiros, e, por analogia, de quaesquer outros interessados que devem comprehender-se no artigo 81.º, expira com o termo de curadoria definitiva pelo lapso de vinte annos depois das ultimas noticias, ainda que o ausente seja casado, devendo applicar-se aos seus herdeiros não legitimarios o disposto no artigo 81.º, assim como aos legitimarios o § unico do artigo 89.º manda applicar o disposto no artigo 80.º

Se porém a curadoria terminou, não pelo lapso de vinte annos, mas por ter completado o ausente noventa e cinco annos, e estes se completaram antes de decorridos vinte annos depois das ultimas noticias, só findo este praso é que está prescripto o direito de quaesquer interessados, que não sejam herdeiros legitimarios.

Os possuidores dos bens restituem, á excepção dos fructos, tudo aquillo com que se locupletaram. São validas todas as alienações feitas, porque o interesse do ausente deve ceder ao interesse publico, que não permitte que o direito de propriedade esteja muito tempo em oscillação e duvida.

Deve fixar-se um praso para a propriedade sair do seu estado de incerteza, e imputem a si o ausente e os seus herdeiros legitimarios as consequencias do seu silencio durante o longo periodo de vinte annos, silencio que não póde reputar-se absolutamente involuntario.

Restituem os interessados os bens existentes *no estado em que se acharem*, ainda que deteriorados por sua culpa, como por terem demolido um edificio, etc., se não se locupletaram com essa deterioração. Restituem os subrogados, e o preço dos alienados, porque se locupletaram ou podiam ter-se locupletado com o preço ou com a inversão.

Se o possuidor dos bens por qualquer fórma *consumisse* o preço dos vendidos, sem lhe dar destino reproductivo, póde apesar d'isso ser obrigado a restitui-lo? Sem duvida. O codigo não faz distincção. Se não restitue o preço dos bens doados, porque com a doação se não *locupletou*, deve restituir o preço dos vendidos, com o qual *lucrou*, como observa Rogron.

E que a restituição do preço, ainda *consumido*, é obrigatoria, se mostra do artigo 94.º, que não se achava no projecto primitivo, e que sob proposta do proprio auctor do projecto, foi introduzido pela commissão revisora em sessão de 31 de maio de 1860.

O artigo 94.º é uma excepção á regra estabelecida no artigo 80.º Quando os possuidores dos bens do ausente são *filhos* d'este, e não outros herdeiros, então o ausente só póde haver os bens existentes, e no estado em que se acharem por analogia do disposto no artigo 80.º, e os subrogados ou comprados com o preço dos alienados, e não o preço consumido.

É favor que a lei concede só aos filhos, e por analogia a quaesquer outros descendentes; mas que não amplia a outros herdeiros. Já não é pequeno o beneficio concedido a estes de não serem obrigados a restituir os rendimentos, nem os bens *doados* ou *consumidos*, quanto mais dispensa-los de restituir o *preço* dos vendidos, com o qual elles se fizeram mais ricos.

A redacção do artigo 80.º póde dar logar á duvida com relação aos bens subrogados, se o possuidor tem o direito de opção de os entregar ou o preço, ou se ha de entregar sempre os bens subrogados, quando os tiver, e entregar o preço apenas quando elle não estiver representado na acquisição de novos bens. Parece que o possuidor dos bens está obrigado a uma alternativa, podendo prestar um de dois factos, nos termos do artigo 733.º, se compararmos a redacção do artigo com as suas fontes, o artigo 325.º do projecto do codigo civil hespanhol, que diz assim: «*El precio de los enagenados ó los adquiridos con el mismo*», e o artigo 132.º do codigo civil francez, que diz assim: «*Le prix de ceux qui auraient été alienés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus*».

E Rogron, annotando este artigo, é de opinião que os possuidores têem o direito de opção, entregando os bens, ou restituindo o preço, e guardando os bens adquiridos com o preço dos alienados.

No entretanto, reflectindo-se sobre a redacção do artigo, vê-se que a entrega do preço dos bens alienados só tem logar quando esse preço não estiver representado n'outros bens; porque, se o estiver, serão entregues esses bens, e não o preço que elles custaram.

Outros herdeiros, que não sejam os legitimarios, só podem rehaver os bens, apparecendo antes de decorrerem os vinte annos depois das ultimas noticias. Se a curadoria terminou, ou pela certeza da morte, ou por serem passados noventa e cinco annos depois do nascimento do ausente, mas ainda não tiverem decorrido vinte depois das ultimas noticias, têem os herdeiros não legitimarios o direito de exigirem os bens nos termos do artigo 81.º

O artigo do projecto primitivo, que foi substituido na commissão revisora pelo actual, era redigido nos seguintes termos: «Constando com certeza a epocha da morte do ausente, e acontecendo que a esse tempo outros fossem os seus herdeiros, só poderão estes reclamar os bens do ausente, não sendo decorridos os vinte annos declarados no artigo 80.º n.º 4.º, e n'este caso se fará a deducção marcada no artigo 73.º (73.º do codigo)».

A commissão revisora com rasão alterou esta redacção, porque podem apparecer outros herdeiros, que não os curadores definitivos, ou por constar com *certeza a epocha* da morte do ausente, ou por apparecer testamento que deferisse de outro modo a successão.

E completa seria a emenda feita pela commissão revisora, se em vez das palavras, *outros herdeiros*, dissesse, *outros interessados*, porque podem os herdeiros ser os mesmos, e apparecerem outros interessados, como legatarios, etc., aos quaes por analogia deve ser applicavel a doutrina do artigo 81.º, que é applicavel tanto ao caso de ser solteiro, como de ser casado o ausente, apesar da redacção do § unico do artigo 89.º, que applicou aos herdeiros legitimos do ausente casado o disposto no artigo 80.º para os herdeiros legitimarios do ausente solteiro, e que por esquecimento de certo deixou de applicar expressamente aos herdeiros não legitimarios do ausente casado o que o artigo 81.º determina para os representantes não legitimarios do ausente solteiro.

Para os bens supervenientes depois das ultimas noticias rege o disposto no artigo 72.º e seus §§.

CAPITULO III

DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE CASADO

SECÇÃO I

DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE CASADO NÃO HAVENDO FILHOS

Art. 82.º Se o ausente for casado, justificada a ausencia, nos termos declarados no capitulo antecedente, proceder-se-ha, com citação dos herdeiros presumidos, a inventario e partilha ou a separação de bens, conforme a natureza do contrato de casamento.

(Vid. nota ao artigo 64.º)

Art. 83.º Se o ausente não deixou filhos, o conjuge presente conserva a administração de todo o casal por espaço de vinte annos, contados desde o tempo do desapparecimento ou das ultimas noticias havidas do ausente, ou pelos annos que faltarem para que o ausente perfaça os noventa e cinco annos de idade, na fórma prescripta no artigo 78.º n.º 5.º

(Vid. nota ao artigo 78.º)

Art. 84.º O conjuge presente póde dispor livremente dos seus bens feito o inventario, a partilha e a separação d'elles.

(Vid. artigos 86.º e 89.º) O codigo permitte ao conjuge presente o dispor de todos os seus bens, logoque sejam decorridos quatro annos depois das ultimas noticias, e concluida que seja a separação ou a partilha. Pelo projecto primitivo não podia o conjuge presente dispor livremente dos bens de raiz senão passados dez annos depois da partilha ou separação.

Talvez a commissão revisora entendesse que com relação ao individuo casado uma ausencia menos dilatada faz induzir presumpção de morte, porque custa a explicar, a não ser pela morte ou por total abandono do seu consorte, que o ausente esteja quatro annos sem lhe dar noticias, especialmente no estado em que se acham hoje as communicações para todas as partes do mundo, e tendo desapparecido os horrores dos antigos captiveiros.

O codigo distingue, para o effeito da continuação da sociedade conjugal, segundo o conjuge ausente regressou antes ou depois do praso marcado no artigo 83.º

Se regressou antes continua a sociedade conjugal nos termos em que foi constituida pela celebração do casamento, isto é, por carta de ametade ou com pactos exclusivos de communião, segundo se estipulou, porque as convenções antenupciaes expressas ou tacitas não podem ser alteradas depois da celebração do matrimonio, artigo 1105.º

Mas se regressou depois não ha communhão de bens, ainda que esta tivesse sem novo ajuste dos conjuges, convencionado em escriptura publica.

E qual seria a rasão d'esta disposição? Nenhum dos dois artigos, nem o artigo 86.º, nem o artigo 89.º, se achavam no projecto primitivo; foram introduzidos ambos pela commissão revisora sob proposta do sr. Seabra em sessão de 31 de maio de 1860.

Seria para evitar que sendo o ausente o marido tivesse onerado, como administrador do casal, os bens com dividas, permittindo-se assim á mulher renunciar a uma communhão desvantajosa?

Mas o marido não podia obrigar os bens proprios da mulher, nem mesmo a meação d'esta nos bens communs, sem que as dividas fossem contrahidas com auctorisação d'ella ou nos termos do artigo 1114.º

O certo é que a declaração de ausencia por terem decorrido quatro annos depois das ultimas noticias produz effeitos ainda mais profundos em relação á sociedade conjugal, do que a propria separação de pessoas e bens, porque n'esta hypothese, apesar de se reputar como dissolvido o matrimonio, nenhum dos conjuges póde dispor livremente dos seus bens senão dos mobiliarios, artigos 1215.º e 1216.º, quando o julgamento da ausencia que dá logar á curadoria definitiva habilita o conjuge presente a dispor livremente dos seus bens, tanto mobiliarios como immobiliarios.

No caso de separação de pessoa, e bens póde restabelecer-se a sociedade, mas nos termos em que tinha sido constituida, artigo 1218.º, porque os pactos antenupciaes não podem ser alterados na constancia do matrimonio, artigo 1105.º, quando no caso de ausencia, se o ausente voltou decorridos vinte annos depois das ultimas noticias ou tendo perfeito noventa e cinco annos de idade, e encontrou ainda vivo o consorte, não continua a sociedade conjugal nos termos em que foi constituida, se o seu regimen era o da communhão de bens, sem os conjuges o estipularem assim por escriptura publica, artigo 89.º

Art. 85.º O conjuge presente tem, ácerca dos bens do ausente, os mesmos direitos e obrigações dos curadores definitivos, com a circumstancia especial de lhe pertencerem todos os fructos e rendimentos.

(Vid. nota aos artigos 58.º e 73.º)

Art. 86.º Regressando o conjuge ausente, antes de findo o praso assignado no artigo 83.º, continuará a sociedade conjugal, nos termos em que tiver sido constituida.

(Vid. nota ao artigo 84.º)

Art. 87.º Findos vinte annos, ou completa a idade mencionada no artigo 78.º n.º 5.º, ou havendo certeza da morte do ausente, podem os herdeiros habilitados tomar conta dos bens do mesmo ausente e dispor d'elles livremente.

§ unico. O conjuge administrador tem, n'este caso, o direito de apanagio nos termos do artigo 1231.º

(Vid. notas aos artigos 78.º, 906.º e 1231.º)

Art. 88.º Fallecendo o conjuge presente, antes do praso estabelecido no artigo antecedente, serão os bens do ausente entregues do mesmo modo aos seus herdeiros, os quaes serão

considerados como curadores definitivos, levando-se-lhes em conta o tempo da administração do conjuge fallecido.

Se fallece o conjuge presente, que exercia as funcções de curador definitivo, entregam-se os bens do ausente aos herdeiros d'este, *do mesmo modo* que se lhes entregariam se tivesse terminado a curadoria do conjuge, e ficam os herdeiros com a curadoria definitiva, levando-se-lhes em conta para todos os effeitos o tempo que durou a administração do conjuge fallecido.

Assim se este já administrava os bens ha mais de dez annos depois das ultimas noticias, começam os herdeiros a fazer logo sua ametade dos rendimentos. Se faltava um anno para completar os vinte depois das ultimas noticias, findo elle, termina a curadoria definitiva, etc.

Art. 89.º Regressando o conjuge ausente, passado o praso estabelecido no artigo 83.º, recuperará os seus bens, na fórma declarada no artigo 80.º; mas, se o conjuge presente for ainda vivo, não se entenderá por isso que fica restabelecida a communhão de bens, se porventura tiver existido, salvo se os conjuges assim o convencionarem de novo, por escriptura publica.

§ unico. É applicavel aos ascendentes ou descendentes successiveis, que apparecerem no praso mencionado n'este artigo, o que fica disposto no artigo 80.º

(Vid. notas aos artigos 80.º e 84.º)

SECÇÃO II

DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE CASADO HAVENDO FILHOS

Art. 90.º Se o ausente tiver deixado consorte e filhos communs, proceder-se-ha do mesmo modo a inventario e partilha ou a separação de bens, com a unica differença de que os bens que tocarem á parte do ausente serão subdivididos entre os referidos filhos.

Art. 91.º Se os filhos forem maiores ou se emanciparem, poderão tomar conta dos bens que lhes couberem, e administra-los como seus, não podendo todavia aliena-los senão passados dez annos contados desde o dia do desapparecimento do ausente, ou da data das ultimas noticias que d'elle houver, salvo nos casos especificados e nos termos prescriptos no artigo 76.º e seu §.

(Vid. nota ao artigo 64.º)

§ unico. Os bens sujeitos a perecer ou a depreciar-se, e os de dispendiosa conservação, podem ser alienados por esta causa antes do praso mencionado, precedendo auctorisação judicial. O preço da venda será empregado productivamente.

(Vid. nota ao artigo 59.º)

Art. 92.º Se os filhos forem menores, observar-se-hão as regras prescriptas nos artigos 137.º e seguintes, em relação, tanto aos filhos, como aos bens que lhes tocarem.

(Vid. nota ao artigo 64.º)

Art. 93.º Se o ausente tiver deixado outros filhos, que tenham direito a succeder-lhe, observar-se-ha a respeito d'elles o mesmo que determinam os artigos antecedentes.

Se alem dos filhos communs do ausente e do seu consorte presente houver outros filhos do ausente, como os legitimos de matrimonio anterior, ou illegitimos perfilhados, gosam dos mesmos direitos que os artigos antecedentes concedem aos filhos communs do conjuge ausente e do seu consorte presente.

Quem comparar a redacção d'este artigo com a dos dois antecedentes póde tirar a conclusão de que as palavras *outros filhos* se referem a filhos que não são *maiores* nem *menores*.

Porém esta interpretação grammatical leva ao absurdo, e a confrontação do artigo do codigo com o correspondente do projecto primitivo do sr. Seabra, e de todas as edições feitas pela commissão revisora, excepto a ultima, que foi apresentada como projecto de lei pelo governo ás côrtes, e onde o artigo tinha a mesma redacção que no codigo, auctorisa a nossa interpretação.

Dizia o projecto primitivo: «Se o ausente tiver deixado filhos *de outra mulher*, observar-se-ha a seu respeito o mesmo que fica disposto relativamente aos outros filhos, sómente com a differença que, se forem menores, os bens que lhes tocarem serão administrados pelo seu respectivo tutor».

A commissão revisora conservou em todas as edições, inclusive na de 1864, esta redacção, supprimindo apenas a parte final do artigo desde a palavra *sómente* inclusive, e com rasão, porque se os filhos do ausente estivessem sujeitos ao patrio poder, não havia rasão para entregar a um tutor a administração dos bens havidos do ausente, a qual havia de pertencer, como a de todos os outros, ao pae presente.

A commissão revisora, introduzindo na sua ultima edição no artigo 90.º a palavra *communs*, que não vinha nas edições anteriores, de certo empregou n'este artigo as palavras *outros filhos* em contraposição a *filhos communs*, que se lê n'aquelle artigo.

SECÇÃO III

DA AUSENCIA SIMULTANEA OU SUCCESSIVA

Art. 94.º Regressando o ausente, passado o praso assignado no artigo 91.º, só poderá recuperar os bens que effectivamente existirem ainda em poder de seus filhos, e os subrogados, ou comprados com o preço dos alienados.

(Vid. nota ao artigo 80.º)

Art. 95.º Desapparecendo simultanea ou successivamente ambos os conjuges, deixando filhos maiores, tomarão estes

conta, justificada a ausencia nos termos do artigo 64.º, dos bens de seus paes, que administrarão livremente como entre si accordarem; não poderão porém aliena-los, salvo nos casos e nos termos do artigo 91.º e seu §.

Art. 96.º Se os filhos forem menores, proceder-se-ha a inventario e partilha, como se os ausentes fossem fallecidos, sem prejuizo do que fica disposto na ultima parte do artigo precedente.

(Vid. notas ao artigos 64.º e 80.º)

TITULO IX

DA INCAPACIDADE POR MENORIDADE E DO SEU SUPPRIMENTO

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 97.º São menores as pessoas de um e de outro sexo, emquanto não perfizerem vinte e um annos de idade.

(Vid. artigos 305.º, 311.º, 1764.º n.º 3.º, e 2510.º n.º 3.º) Este capitulo é inteiramente inutil. E não só deslocada a sua materia, mas vem alem d'isso reproduzida em outros logares.

A doutrina do artigo 97.º acha-se repetida no artigo 311.º, a do artigo 98.º nos artigos 299.º, 1433.º, 1535 e 1536.º, a do artigo 99.º, nos artigos 695.º e outros, e a do artigo 100.º no artigo 185.º

A commissão revisora com rasão alterou a doutrina do projecto primitivo que, conservando o disposto na antiga legislação, marcava a maioridade só aos vinte e cinco annos, o que se não deve admittir hoje no estado de civilisação em que nos achâmos, que o desenvolvimento do individuo é muito mais rapido.

Para este desenvolvimento mais precoce tem concorrido principalmente a liberdade de tribuna e de imprensa, o commercio e as communicações.

Os vinte e um annos devem ser completos, artigo 311.º; contam-se de momento a momento: aqui não entra a regra *dies inceptus pro completo habetur*.

Pela mesma rasão por que se exigem os vinte e um annos *completos* para a maioridade, assim devem ser completos os periodos de idade marcados na lei para todos os effeitos juridicos, quando a redacção do codigo não indique o contrario.

Assim não póde ter logar a emancipação senão aos dezoito annos completos, nem o direito de testar ou de ser testemunha póde exercer-se senão completa a idade de quatorze annos, etc.

A emancipação habilita o menor para reger a sua pessoa e bens, como maior, artigo 305.º, isto é, *para dispor da sua pessoa e bens livremente*, artigo 311.º, ou independentemente de auctorisação alguma, porque a livre disposição de pessoa e bens tem restricções nos principios de direito e nas leis.

A doutrina do artigo 305.º importa alteração fundamental no direito anterior. Pela reforma judicial, artigos 1458.º e 1459.º, o menor emancipado não podia antes de chegar á maioridade vender, alhear, dar ou trocar, bens de raiz, nem arrenda-los por mais de tres annos, nem passar recibo geral ao tutor pela sua administração, sem a auctorisação competente. Por esta fórma o emancipado não ficava habilitado para reger sua pessoa e bens, como se fosse maior. Para praticar actos e contratos de grande momento, que podiam comprometter-lhe a fortuna, carecia ainda de auctorisação.

O codigo com rasão eliminou estas restricções postas pela lei anterior ao direito do emancipado, porque a inhibição dos actos mencionados não obstava a que elle do mesmo modo dissipasse o seu patrimonio, pela faculdade de contrahir emprestimos, que lhe não fôra restringida, e porque assim os effeitos da emancipação eram quasi frustrados, pelos constantes embaraços a que estava sujeita a administração do emancipado.

Pelo nosso direito anterior, marcava-se uma epocha na menoridade, chamada a *puberdade*, que era para os varões aos quatorze annos e para as mulheres aos doze, em que os menores começavam a gosar de direitos importantes.

O codigo, alem de não revogar esta doutrina com relação á lei do processo, onde fica em vigor como estava, conserva-a com poucas modificações no direito civil. Assim o tutelado, maior de quatorze annos sem distincção de sexo, tem direito de ser ouvido nas sessões do conselho de familia, artigo 212.º, de testar, artigos 1764.º n.º 3.º e 1859.º, de ser testemunha em processo, artigo 2510.º n.º 3.º; e podem casar aos quatorze annos os varões, e aos doze as mulheres, artigo 1073.º n.º 4.º

O legislador, conhecendo que aos quatorze annos já ha o discernimento preciso para praticar certos actos, comquanto importantes, da vida civil, começa de garantir o exercicio n'esta idade de certos direitos, exercicio que se torna completo com a maioridade ou emancipação.

É de notar que, comquanto os maiores de quatorze annos possam ser testemunhas, em questões judiciaes, artigo 2510.º n.º 3.º, não o podem ser em instrumentos authenticos, artigos 1966.º n.º 4.º e 2492.º, porque estes actos são muito mais importantes, e requerem maior discernimento e circumspecção.

Tambem os maiores de quatorze annos podem dispor dos seus bens *mortis causa*, artigo 1764.º n.º 3.º; mas não podem dispor d'elles entre vivos, artigos 1476.º e 1539.º, porque a disposição entre vivos, como irrevogavel, é muito mais importante do que a disposição *mortis causa*, que a todo o momento póde ser revogada.

Porém a emancipação produz os mesmos effeitos juridicos que a maioridade? Dá logar á duvida a redacção do n.º 1.º do artigo 1058.º

Pelo projecto do sr. Seabra não havia duvidas a este respeito. O menor emancipado era para todos os effeitos equiparado ao maior. Até no artigo 96.º d'aquelle projecto, correspondente ao artigo 97.º do codigo, se definem *menores* as pessoas de um e outro sexo emquanto não perfizerem vinte e cinco annos de idade, *ou não se emanciparem*. E em o n.º 1.º do artigo 1116.º do mesmo projecto, correspondente ao n.º 1.º do artigo 1058.º do codigo, lia-se o seguinte: «Os menores de vinte e cinco annos, *não emancipados*, sem licença de seus paes, ou do conselho de familia», referindo-se aos que não podem contrahir casamento.

Ora a commissão revisora, eliminando as palavras *não emancipados*, de certo não quiz equiparar para o effeito especial do casamento os menores emancipados aos maiores, e podia auctorisar-se para este

fim com a legislação franceza, e com o projecto do codigo civil hespanhol, onde a maioridade só por si não habilita o individuo para casar sem auctorisação.

E mais nos convence d'esta opinião a alteração feita pela commissão revisora ao n.º 1.º do artigo 1116.º do projecto primitivo, que vem na edição de 1864, artigo 1062.º n.º 4.º, assim redigido: «Dos menores de vinte e um annos, ainda que maiores de dezeseis e de dezoito, sem precedencia da auctorisação de seus paes ou do conselho de familia», começando o artigo pelas palavras *é prohibido o casamento*.

O disposto pois em o n.º 1.º do artigo 1058.º é excepção ao preceito do artigo 305.º

Verdade seja que o menor emancipado, se casar sem consentimento dos seus superiores, não fica sujeito a pena alguma, artigo 1060.º, como aliás acontece ao menor não emancipado, citado artigo 1060.º § 1.º

Todavia esta incoherencia o que significa apenas é que a commissão revisora, alterando n'esta parte o projecto do sr. Seabra, esqueceu-se de pôr em harmonia todas as disposições respectivas.

Portanto o menor emancipado, que casar sem auctorisação dos seus superiores não soffre pena alguma, nem aquella falta influe no regimen da administração, como influe com relação aos menores não emancipados, nos termos do artigo 1060.º § 1.º

Os ministros da igreja, ou os officiaes do registo civil, que procederem á celebração do casamento sem aquella auctorisação, é que ficam sujeitos ás penas comminadas no § 2.º do artigo 136.º do codigo penal, vista a disposição dos artigos 1071.º e 1082.º do codigo civil.

O disposto no artigo 257.º é tambem excepção não só ao preceito do artigo 305.º, mas ao determinado no artigo 311.º O codigo, declarando nulla a tomada das contas ao tutor pelo menor ou emancipado, sem a assistencia do curador e do protutor, ficou ainda áquem da reforma judicial, que no artigo 459.º só quanto ao menor emancipado exigia a approvação do conselho de familia e audiencia do curador, para elle passar, antes de completos vinte e cinco annos, recibo geral ao tutor pela sua administração.

E esta restricção posta ao direito do menor emancipado tinha fundamento no systema da reforma, em virtude do qual a emancipação não habilitava o emancipado para reger a sua pessoa e bens como se fosse maior, artigos 458.º a 460.º, mas não tem rasão de ser n'um codigo que declara que a emancipação habilita o emancipado para reger a sua pessoa e bens como se fosse maior.

Para os effeitos politicos tambem se considera aos vinte e um annos a maioridade legal? A portaria de 29 de janeiro de 1869 decidiu negativamente, com o fundamento de que a carta constitucional, nos artigos 65.º § 1.º e 68.º, excluia de votar e de serem votados *os menores de vinte e cinco annos*, e de que as disposições do codigo só respeitavam aos direitos civis, e não aos direitos politicos, não devendo por isso prevalecer sobre as disposições da carta, que demais n'este ponto não poderia ser alterada pelos modos ordinarios, mas só e unicamente com as formalidades marcadas no seu artigo 140.º e seguintes.

A doutrina da portaria parece-nos contraria á boa jurisprudencia. A segunda rasão dada, de que a determinação da idade para ser eleitor e elegivel é materia constitucional, resente-se da tendencia que ha para considerar *constitucional* tudo quanto se acha consignado na nossa constituição politica, quando ella declara muito terminantemente no artigo 144.º, que só é constitucional o que diz respeito *aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos, e aos direitos politicos e individuaes dos cidadãos*.

É preciso não confundir os direitos politicos e individuaes dos cidadãos portuguezes, marcados no artigo 145.º da carta, com as *condições* em que os cidadãos podem exercer esses direitos.

Não póde ser revogado senão com as formalidades excepcionaes, marcadas nos artigos 140.º e seguintes da carta, o principio geral estabelecido no artigo 145.º § 13.º por exemplo de que todo o cidadão póde ser admittido aos cargos publicos; mas póde uma lei ordinaria fixar e alterar a *idade* e as condições para o exercicio dos empregos. O mesmo, e com igual fundamento, dizemos do direito de votar e de ser votado.

Quanto á rasão de que o codigo civil rege para os effeitos civis e a carta para os effeitos politicos, sem a aceitarmos em toda a sua extensão, ainda teria plausibilidade a conclusão da portaria, se sobre a idade para votar e ser votado estivessemos reduzidos aos artigos da carta.

A carta marca, não a *maioridade legal*, mas a idade de vinte e cinco annos para votar e ser votado, artigos 65.º e 68.º; e por isso, não tratando o codigo das condições necessarias para eleitor e elegivel, poderia continuar a seguir-se a este respeito a doutrina da carta, se não houvesse legislação posterior a modifica-la.

Porém o acto addicional á carta, que expressamente alterou e revogou os artigos 65.º e 68.º da mesma carta, como se mostra do artigo 9.º § unico, determina que possa votar e ser votado para *qualquer cargo publico*, artigos 5.º, 7.º e 8.º, o que tiver *entrado na maioridade legal*. O acto addicional respeitou a maioridade fixada na lei civil, e não certo e determinado numero de annos. Ora a lei a que o acto addicional se referiu, e que vigorava na epocha da sua promulgação, era a velha ordenação e a novissima reforma judicial, que marcavam a idade de vinte e cinco annos, e que foram revogadas n'esta parte pelo codigo civil.

A lei civil, a que o acto addicional se refere, para a fixação da maioridade legal, se era n'aquella epocha a ordenação e a novissima reforma judicial, é hoje o codigo civil.

Verdade seja que o decreto com força de lei de 30 de setembro de 1852, ao passo que no artigo 5.º reproduz fielmente a disposição de igual artigo no acto addicional, no artigo 7.º considera como tendo entrado na maioridade legal os que tiverem completado vinte e cinco annos de idade.

Todavia nem a maioridade que elle ali define é só para os effeitos politicos, como se infere do mesmo artigo comparado com o seu § 1.º, mas alem d'isso a lei de 1 de julho de 1867, que deu sancção ao codigo, revogou toda a legislação sobre materia *civil* tanto geral como *especial* que recair nas materias n'elle comprehendidas. Portanto a maioridade legal, exigida como condição para eleitor e elegivel no acto addicional á carta e no decreto com força de lei de 30 de setembro de 1852, é a maioridade fixada na lei civil, que é o codigo civil, a datar desde a sua promulgação.

A doutrina da referida portaria acha-se já, senão revogada, pelo menos condemnada pela portaria de 11 de janeiro de 1870 dirigida aos governadores civis, na qual se lêem os seguintes periodos: «Por esta occasião acho conveniente ponderar a v. ex.ª que, não obstante a doutrina seguida na portaria de 29 de janeiro de 1869 com relação á maioridade legal para os effeitos eleitoraes, não devem as auctoridades administrativas pugnar pela exclusão dos individuos que tendo attingido a maioridade legal, segundo o codigo civil, não tenham todavia chegado á maioridade determinada na legislação anterior...

«É para mim de muito peso a consideração de que o acto addicional á carta constitucional, referindo-se em geral á *maioridade legal*, em vez de fixar uma idade determinada, como o fizera a carta constitucional, teve em vista, segundo parece, usar de uma expressão que podesse adaptar-se ás vicissitudes da lei civil na designação da idade que deve fixar a maioridade para o exercicio dos direitos civis.

«Em todo o caso bastará a duvida, a meu ver, para se dever optar pela interpretação mais latitudinaria e mais favoravel ao direito eleitoral, emquanto os tribunaes competentes não se pronunciarem sobre o ponto controvertido, quando perante elles for levada alguma questão d'esta natureza.»

Art. 98.º Os menores são incapazes de exercer direitos civis, e os seus actos e contratos não podem constitui-los em obrigação juridica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei.

(Vid. artigos 299.º, 698.º, 1433.º n.ºs 2.º e 3.º, 1535.º § unico, e 1536.º n.ºs 2.º e 3.º) Os actos praticados pelo menor sem a devida auctorisação não são *absolutamente* nullos, como se infere do principio do artigo 299.º, que deve ser entendido em harmonia com as suas ultimas palavras e com o disposto no artigo 98.º

Os actos praticados pelo menor sem a devida auctorisação são validos com relação á outra parte, que não póde prevalecer-se da incapacidade do menor para os rescindir, artigo 99.º, mas não obrigam o menor, ou, não podem constitui-lo em obrigação juridica, como diz o artigo 98.º, isto é, póde o menor valer-se da nullidade resultante de falta de auctorisação para os rescindir, como diz o artigo 299.º

O menor só fica constituido em obrigação juridica pelos actos e contratos feitos sem a devida auctorisação *nos casos expressamente exceptuados na lei*, que são os seguintes:

1.º Nos contratos sobre objectos da sua arte ou profissão, artigo 299.º n.º 1.º, como se o menor que é marceneiro vende um movel da sua loja; porque a sua *pericia* n'esta profissão suppre a falta de idade.

2.º Não póde o menor valer-se da circumstancia da menoridade quando usou de dolo para se fazer passar por maior, artigo 299.º n.º 2.º, como apresentando uma certidão de baptismo falsa, e parecendo pelo aspecto physico que é já maior; e ninguem deve lucrar com o seu dolo causando prejuizo a terceiro.

A simples declaração ou inculca de maioridade não é sufficiente para *n'este caso* caracterisar o dolo. A disposição do § unico do artigo 299.º era indispensavel, aliás todos os contratos com menores poderiam tornar-se irrescindiveis, porque o outro pactuante teria sempre o cuidado de lhe fazer declarar no acto juridico que era maior, e comprometter-se-ia assim irremediavelmente o individuo com as suas transacções durante a menoridade.

É obrigação de qualquer pactuante assegurar-se do estado e da capacidade das pessoas com quem contrata, sujeitando-se a todas as consequencias de ter pactuado com um menor, salvo se este pela inculca da maioridade acompanhada de outras circumstancias o pôde illudir.

3.º O menor, em cujo poder se fez um deposito, e que por dolo deixou perder ou deteriorar a cousa ou soffrer qualquer outro prejuizo ao depositante, se tinha *sufficiente* intelligencia para conhecer as obrigações de depositario, póde ser condemnado em perdas e damnos, artigo 1433.º n.º 3.º Fica ao arbitrio do julgador o apreciar em vista das circumstancias se elle tinha ou não a intelligencia precisa para conhecer a sua responsabilidade pelo facto do deposito.

4.º Se o menor tiver bens com livre administração, nos termos dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 147.º, responde por qualquer emprestimo até onde esses bens chegarem, artigo 1536.º n.º 2.º, porque com relação áquelles bens é o menor considerado como maior.

5.º Tambem o maior não póde subtrahir-se ao pagamento do emprestimo para alimentos que contrahiu na *ausencia* das pessoas a quem competia auctorisa-lo, artigo 1536.º n.º 3.º Esta excepção é determinada pela santidade do fim a que o emprestimo é destinado.

Não póde porém o menor, ainda nos actos praticados sem a devida auctorisação, tirar d'ahi proveito para se locupletar á custa alheia. Assim, o menor que aceitou o deposito, comquanto possa defender-se com a nullidade do contrato para se subtrahir á responsabilidade por perdas e damnos como incapaz de contrahir deveres juridicos, é obrigado á restituição achando-se a cousa em seu poder, ou a repôr aquillo com que pela alienação se locupletou, artigo 1433.º n.º 2.º

No artigo 698.º se acha estabelecida a regra geral de que o incapaz só responde por aquillo com que se locupletou. Da parte de quem contrata com o incapaz ha dolo sempre que sabe da incapacidade, ou culpa se não fez todas as diligencias necessarias para conhecer a capacidade do pactuante, e por isso a si impute o não ter direito a haver do incapaz senão aquillo *in quantum locupletior factus est*, incumbindo-lhe alem d'isso a prova de que o incapaz se locupletou para haver d'elle a restituição.

Este favor concedido ao incapaz funda-se na presumpção geral de que elle não sabe cuidar das suas cousas, e que por isso não deve ser responsavel por aquillo que não reverteu em seu proveito. Só ha uma excepção á regra de que o incapaz é obrigado a repôr aquillo com que se locupletou, que é o caso do emprestimo.

No emprestimo, se o menor o tiver pago em todo ou em parte, não póde exigir a restituição, artigo 1535.º § unico. Porém se o não pagou, ainda que com o seu producto se locupletasse, não é obrigado a restitui-lo, determinação inspirada pelo odio aos emprestimos feitos a menores.

São estes os casos em que os menores podem ser constituidos em obrigação juridica pelos seus actos e contratos.

Já alguem escreveu que os casos a que se refere o codigo, em que os menores ficam obrigados pelos actos praticados sem a devida auctorisação, se entendem dos menores emancipados. É porém insustentavel e dispensa toda a discussão este parecer, porque os menores emancipados são considerados como maiores, segundo a terminante disposição do artigo 305.º, para o effeito de regerem suas pessoas e bens.

Os menores pois são incapazes em regra *de exercer* direitos civis, mas são capazes de *gosar* de direitos civis, porque todo o homem só porque é homem gosa de direitos absolutos, e é capaz de adquirir os direitos hypotheticos, nota ao artigo 1.º

Como os menores gosam de direitos, mas não podem exerce-los por si, exerce-os outrem em seu nome, como pae, tutor ou administrador.

Art. 99.º Os contratos celebrados illegitimamente pelos menores não podem, todavia, ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento da incapacidade do menor.

(Vid. artigos 695.º, 700.º, 822.º, 1433.º n.º 1.º e 1535.º) As nullidades resultantes da incapacidade pessoal do pactuante não são *absolu-*

tas, ou estabelecidas propriamente no interesse geral, como a nullidade proveniente da falta de pagamento da contribuição de registo nos actos cuja validade depende do pagamento d'este imposto, etc., que póde ser arguida por qualquer dos interessados.

As nullidades resultantes da incapacidade dos pactuantes são *relativas*, isto é, estabelecidas só no interesse do incapaz, que só a elle aproveitam, e das quaes só elle póde valer-se, como é expresso nos artigos 695.º, 822.º, 846.º, 854.º, etc.

E tão *pessoal* é esta nullidade, que não aproveita mesmo aos co-interessados capazes, salvo sendo o objecto indivisivel, artigo 700.º Quatro coherdeiros, dos quaes um é menor, vendem a successão que acaba de lhes ser deferida, só o menor póde rescindir a venda pela sua parte, sem que os maiores possam aproveitar-se da nullidade resultante da incapacidade d'elle. Se porém o objecto da venda era uma estatua pertencente a todos quatro, rescindindo o menor a venda, fica rescindida tambem com relação aos outros tres, por ser indivisivel o objecto vendido.

Porém o comprador é que não póde prevalecer-se da incapacidade do menor para rescindir a venda. Póde aproveitar-se sim das nullidades absolutas, como do acto não ter sido reduzido a escriptura publica se era por exemplo troca, hypotheca ou venda de bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis, porque essa nullidade foi estabelecida no interesse publico, mas não das estabelecidas no interesse do menor.

Quem contrata com o menor póde impugnar o contrato pelos motivos geraes reconhecidos na lei, mas nunca com o fundamento da incapacidade do menor.

Quem contrata com o menor fica obrigado para com elle, sem que o menor fique por isso em obrigação reciproca, pela regra *Qui cum his contrahunt, obligantur: ac invicem pupilli non obligantur.*

Por isso se uma pessoa capaz de contratar aceita deposito de um incapaz, fica sujeito a todas as obrigações de verdadeiro depositario, artigo 1433.º n.º 1.º, e a cousa póde ser-lhe pedida pelo pae, tutor, curador ou administrador do incapaz, porque elle não póde oppor a incapacidade da pessoa com quem contratou.

Só ha um caso em que póde ser opposta por outrem a nullidade resultante da incapacidade pessoal do pactuante, que é no emprestimo feito a menores, que não póde ser exigido nem d'este nem do fiador, artigos 822.º § 2.º e 1535.º N'esta hypothese a lei em odio aos emprestimos feitos a menores declara a obrigação do fiador nulla como a obrigação principal. Verdadeiramente não se faz excepção ao principio de que as nullidades resultantes da incapacidade pessoal só aproveitam ao incapaz. Declara-se *absolutamente* nulla a obrigação proveniente de emprestimo a menores, e nullas conseguintemente todas as obrigações accessorias.

O codigo, na epigraphe da secção relativa aos emprestimos feitos a menores, usa das palavras: «Do emprestimo feito *aos filhos familias*», resentindo-se ainda da linguagem do direito romano. Porém as doutrinas da secção são relativas a todo e qualquer menor, ou seja filho familias ou orphão de pae e de mãe como se mostra da redacção dos differentes artigos.

Art. 100.º A incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal, e, na falta d'este, pela tutela.

(Vide artigos 185.º e 187.º) Os menores são representados em juizo e fóra d'elle pelos paes, aos quaes pertence o patrio poder, artigos

137.º e 128.º Na falta ou impedimento de ambos são representados pela tutela, artigo 185.º

Cabe aqui já discutir um ponto, que tem sido objecto de largo debate na imprensa juridica, e nas allegações dos jurisconsultos, desde que começou a vigorar o codigo civil, e a respeito do qual felizmente a pratica vae seguindo uma direcção uniforme; e vem a ser se tem logar a nomeação do conselho de familia quando se procede a inventario por morte de um dos paes, e que o sobrevivo continua com o patrio poder.

Nós inclinâmo-nos ao parecer dos que sustentam que não ha conselho de familia em regra durante a existencia do patrio poder.

Vejâmos as rasões.

Ao pae e á mãe compete reger e administrar as pessoas e bens dos filhos menores, artigos 137.º e 138.º, sem que o seu poder esteja sujeito a cautela alguma preventiva, artigo 141.º, e o conjuge sobrevivo continua com este mesmo poder ainda depois da morte do seu consorte, artigo 155.º, salvas as modificações estabelecidas nos artigos 156.º a 165.º

Ora entre estas restricções não vem mencionada a existencia do conselho de familia, e portanto não tem logar por morte de um dos conjuges, como não tem logar na constancia do matrimonio.

Pelo artigo 187.º é considerado o conselho de familia um elemento constitutivo da tutela; e, comquanto esta entidade possa subsistir, e subsista sem a tutela, como no caso dos artigos 161.º e 162.º, é certo que, longe de ser considerado como elemento concomitante do patrio poder, só em casos excepcionaes subsiste com elle, artigos 141.º, 161.º, 162.º, 1565.º, etc.

Nos actos mais importantes relativos á pessoa e bens do menor é expressamente excluida a intervenção do conselho de familia, quando existe o patrio poder. Assim tanto a emancipação, como a licença para casamento, dependem exclusivamente do pae ou mãe, artigos 304.º e 1061.º e na venda dos bens, ainda de raiz, são exercidas pelo juiz, artigos 150.º e 274.º, as attribuições que ao conselho de familia pertencem no caso de tutela.

As funcções do conselho de familia acham-se enumeradas no artigo 224.º e em quasi todos os numeros do artigo se faz referencia expressa *ao tutor*, sendo para notar as palavras finaes do n.º 7.º *não tendo os paes disposto a tal respeito*, ou se occorrerem graves inconvenientes no cumprimento da sua vontade, que bem indicam que o conselho de familia só funcciona na falta de pae e de mãe.

Effectivamente o conselho de familia é incompativel com o patrio poder, artigos 141.º, 143.º e outros, devendo ter-se em vista n'esta questão o artigo 224.º e seus numeros, e especialmente os n.ºs 7.º e 12.º

Se o conselho de familia coexistisse em regra com o patrio poder diria o artigo 224.º no n.º 18.º que o conselho de familia auctorisa o casamento e as convenções antenupciaes do menor, salvo quando existe pae ou mãe, ou o avô é tutor, e não unicamente quando o avô é tutor. Mas a redacção d'este n.º 18.º do artigo 224.º indica bem claramente que o legislador suppoz ser corrente e superior a toda a controversia o principio de que o conselho de familia só existe para fiscalisar o tutor. Os casos excepcionaes em que o conselho de familia coexiste sem o patrio poder vem *expressamente* mencionados na lei, como nos artigos 162.º e 1061.º; prova de que, longe de o conselho de familia ser elemento concomitante do patrio poder, só por excepção coexiste com elle.

No artigo 328.º se determina de um modo bem positivo que as re-

gras da tutela dos menores não são applicaveis á tutela dos interdictos quando estes se acham sujeitos ao patrio poder.

A favor da nossa opinião pouca força tem o argumento que alguns deduzem do artigo 2130.º nas palavras *nos casos em que os deve haver*, porque ha casos, alem da hypothese de existir pae ou mãe, em que não tem logar o conselho de familia, como nos inventarios dos menores perfilhados, dos espurios e dos abandonados, artigos 276.º, 282.º e 289.º

Contra a nossa opinião argumenta-se com os artigos 190.º e 210.º do codigo, em que se prescreve absolutamente a convocação do conselho de familia, quando fallece alguma pessoa com herdeiros menores, sem distinguir se estes estão ou não sujeitos ao patrio poder.

Todavia não deve perder-se de vista que os referidos artigos estão subordinados ao capitulo, que se inscreve *Da tutela* dos filhos legitimos e illegitimos, mostrando-se por isso que regem só para o caso de haver tutela e não para o caso do patrio poder.

Verdade seja que, debaixo da mesma inscripção, se encontram os artigos 220.º a 227.º, que prescrevem a audiencia dos curadores geraes dos orphãos em tudo o que disser respeito aos interesses dos menores, e ninguem duvida de que esta provisão é tão applicavel aos menores sujeitos ao patrio poder, como aos sujeitos á tutela. No entretanto com relação aos menores sujeitos ao patrio poder mas orphãos de pae ou de mãe já este preceito se achava consignado com mais ou menos amplitude no artigo 158.º, que se acha collocado sob o capitulo que tem por epigraphe *Do poder paternal*.

Tambem se diz que as attribuições do tutor, artigo 243.º, são muito analogas ás dos paes, artigos 137.º e seguintes. Porém basta a simples leitura de uns e de outros artigos para se conhecer que, alem das attribuições do tutor serem em geral mais restrictas que as dos paes, essas mesmas estão quasi todas sujeitas á fiscalisação e superintendencia do conselho de familia.

Tem-se dito tambem que, em vista dos artigos 161.º e 162.º, o conselho de familia se forma logoque fallece um dos paes, vistoque estes artigos do modo como estão redigidos dão o conselho de familia, como já existente e não como reunido excepcionalmente para aquellas hypotheses; poisque, quando o codigo se refere á reunião do conselho de familia para um caso excepcional, serve-se de outra linguagem, como na hypothese do § unico do artigo 1565.º, nas palavras *que para esse fim será convocado*.

Porém esta differença de redacção, que não é de estranhar n'um codigo, em cuja revisão collaboraram muitas pessoas, não tem importancia nenhuma para este caso, porque o artigo 141.º, referindo-se a uma reunião inteiramente eventual do conselho de familia, usa da mesma linguagem que os artigos 161.º e 162.º

O argumento mais forte contra a nossa opinião é o deduzido dos artigos 2090.º e 2118.º, onde se exige nos inventarios de menores, sem distincção alguma, a intervenção do conselho de familia para a nomeação dos louvados e para a approvação das dividas passivas.

É força confessar que o codigo se resente n'esta parte de se ter aproveitado em materia de tutelas das disposições do projecto de codigo civil hespanhol, e em materia de inventarios do disposto na novissima reforma judicial, o que deu logar a estas dissonancias. Porém o argumento não é sem resposta. É o conselho de familia quem nomeia os louvados e approva as dividas passivas no inventario de menores, quando tem logar o conselho de familia. Ora assim como não é o conselho de familia quem pratica estes actos nos inventarios dos

filhos illegitimos, porque n'esta tutela não ha conselho de familia, especialmente quanto aos espurios, tambem não é elle que os pratica no inventario de menores sujeitos ao patrio poder, porque durante o patrio poder não ha conselho de familia.

Demais ha de prevalecer a disposição do artigo 155.º do codigo, que dá ao pae sobrevivo os mesmos direitos sobre os filhos que tinha na constancia do matrimonio, e varios outros artigos que expressamente dispensam o conselho de familia nos negocios de maior momento, porque é n'esses que se trata ex professo da administração da pessoa e bens dos menores. A materia dos inventarios no que toca a este ponto ha de ser entendida pelas disposições que regulam o patrio poder e a tutela, e não estas por aquella. É evidente que o legislador quiz estabelecer grandes differenças entre o poder paternal e a tutela. A tutela carece da superintendencia do conselho de familia e da fiscalisação do juizo.

O amor do pae ou da mãe dispensa aquella superintendencia, bastando a fiscalisação do juizo.

E se admittissemos a existencia do conselho de familia simultaneamente com a dos conselheiros, a que se referem os artigos 159.º a 161.º, teriamos uma cohorte de *conselheiros*, com os quaes a mãe sobreviva mal poderia haver-se.

As funcções do conselho de familia nos casos dos artigos 2090.º e 2118.º bem podem ser desempenhadas pelo juiz *a simili* do que acontece nas hypotheses previstas nos artigos 274.º, 282.º e 919.º § unico.

Verdade seja que ao juiz compete nomear o louvado do desempate na hypothese do artigo 2091.º, e por isso alguns têem lembrado que n'esta especie a nomeação do louvado deve ser feita pelo curador.

Todavia o codigo em parte nenhuma confere ao curador similhante attribuição. O juiz é quem deve nomear, alem do louvado de desempate, o louvado por parte dos menores, procedendo em tudo como na hypothese do artigo 282.º, que é caso analogo.

A jurisprudencia nos tribunaes vae-se fixando no sentido da nossa opinião. Assim julgou a relação do Porto em accordão de 6 de novembro de 1868 publicado na *Revista de legislação* n.º 29: «Que aggravada foi a aggravante no despacho de que recorre; porquanto tendo a aggravante assumido o poder paternal, ficou ella sendo administradora e usufructuaria dos bens do menor, não havendo por isso tutela, *e não havendo esta, não ha conselho de familia*, porque esse conselho de familia, que o juiz indica, já não existe em vista dos artigos 100.º, 137.º, 138.º, 155.º e 185.º do codigo civil portuguez, e por isso no caso da approvação ou reprovação das contas, de que se trata, não intervem o conselho de familia, pertencendo ao juiz e ao curador unicamente approvar ou reprovar essas contas depois de sobre ellas ser ouvida a aggravante».

Igual decisão tomou o mesmo tribunal em accordão de 27 de abril de 1869, publicado no referido periodico n.º 54.º

E foi esta a opinião sustentada por todos os jornaes juridicos, *Gazeta dos tribunaes*, *Revista de legislação*, *Revista judicial*, e *Jornal de jurisprudencia*, com excepção do *Direito*, que seguiu sempre opinião differente.

O projecto de codigo de processo vem porém estabelecer doutrina contraria á que ia sendo reconhecida pratica, *resolvendo* (dizem os motivos do projecto a pag. 24) *no artigo 294.º a conhecida questão da intervenção do conselho de familia, vivo mesmo alguns dos paes, e no sentido affirmativo, como mais conforme com as vistas do legislador a este respeito, porque, se o conselho de familia é util, mortos ambos*

os paes, sê-lo-ha tambem, vivo algum d'elles, com referencia ás restricções que todas as legislações têem posto á administração dos paes mesmo.

Nós aceitámos tambem o pensamento de decidir por uma vez a questão, que se não achava claramente resolvida nos artigos do codigo, mas não podemos conformar-nos com a doutrina do projecto de codigo de processo, que póde ter por si as rasões da theoria, e o denominado principio do governo da familia pela familia, mas que é absolutamente contrariada pela experiencia e pela pratica do fôro.

A instituição do conselho de familia começou entre nós com as reformas do processo introduzidas pela revolução que plantou o systema constitucional em Portugal, e deram-se ao conselho de familia as mais amplas e fortes attribuições orphanologicas.

Porém como o conselho de familia é ás vezes, senão em regra, o advogado nato do cabeça de casal, do pae ou do tutor contra os orphãos, foram-se restringindo as suas attribuições, a ponto que ficou limitada a sua intervenção a seis casos pela lei de 16 de junho de 1855, e ainda assim o seu voto tinha apenas a força de consultivo, porque as suas resoluções não tinham validade, senão depois de confirmadas pelo respectivo juiz de direito.

A providencia contida na lei de 16 de junho de 1855 foi de certo o resultado da experiencia de muitos annos de trabalho de profundos jurisconsultos.

De repente apparecem no codigo civil artigos redigidos na mesma epocha em que a referida lei se publicava, destruindo talvez o melhor preceito que ella encerra.

O codigo tira ao juiz toda a intervenção nas resoluções do conselho de familia. Dá-lhe a presidencia do conselho, mas sem voto, e nem ao menos de desempate, artigo 215.º, e não permitte recurso algum das decisões tomadas por *dois analphabetos*, artigos 217.º e 219.º, desde que são confirmadas pelos dois primeiros substitutos do juiz de direito, artigo 226.º!!

O meio de attenuar os pessimos effeitos de tão desgraçadas disposições era restringir quanto possivel os casos de intervenção do conselho de familia.

Pois o projecto de codigo de processo, redigido aliás por um jurisconsulto pratico, que de certo teve presente mais a praxe do fôro, de que as theorias especulativas, que infelizmente vão invadindo as nossas leis, sanccionou uma doutrina inteiramente opposta á que as conveniencias dos menores reclamavam.

E que rasões houve para alterar a jurisprudencia consagrada na lei de 16 de junho de 1855? Não se adduziram. O principio de que, se o conselho de familia é util mortos ambos os paes, sê-lo-ha tambem vivo algum d'elles, em attenção ás restricções que as leis têem posto á administração dos proprios paes, póde levar-nos muito longe.

Por esta logica podemos concluir que, se o conselho de familia é util vivo um só dos paes, é tambem util vivos ambos, vistoque a lei tambem impõe restricções á administração dos paes, mesmo na constancia do matrimonio, como nos casos dos artigos 141.º, 143.º, 150.º e 151.º, etc.

N'uma palavra entendemos que a instituição do conselho de familia, a manter-se nos precisos termos do codigo e não nas condições da lei de 16 de junho de 1855, não deve ampliar-se ao caso de subsistir o patrio poder. N'esta parte tudo o que for ampliar as disposições do codigo é aggravar o mal por elle causado.

CAPITULO II

DO PODER PATERNAL

SECÇÃO I

DOS FILHOS LEGITIMOS

Art. 101.º São havidos por legitimos os filhos nascidos de matrimonio legitimamente contrahido, passados cento e oitenta dias depois da celebração d'elle, ou dentro dos trezentos dias subsequentes á sua dissolução ou á separação dos conjuges, judicialmente decretada.

(Vide artigos 103.º, 105.º, 1233.º, 1234.º e 2468.º) O codigo, ás avessas do systema geralmente seguido, trata do patrio poder antes do matrimonio, porque não deriva o poder paternal verdadeiramente do matrimonio, mas sim do facto da procreação, legalmente reconhecido.

Pelo systema do codigo os paes exercem o patrio poder, não só sobre os filhos legitimos e legitimados, mas tambem sobre os perfilhados espontaneamente, artigo 166.º, e pelo nosso direito anterior o filho perfilhado não estava sujeito ao patrio poder.

Para determinar a *legitimidade* do filho attende-se, não só á epocha do *nascimento*, mas principalmente á da *concepção*. É legitimo o filho *concebido* na constancia do matrimonio, ainda que *nascido* depois da sua dissolução, artigo 101.º e § unico do artigo 1776.º É legitimo o filho *nascido* na constancia do matrimonio, postoque *concebido* antes da sua celebração, artigo 102.º

A unica differença, quanto á legitimidade entre os filhos *concebidos* e os *nascidos* na constancia do matrimonio, mas concebidos antes, é que a legitimidade d'aquelles não póde ser impugnada senão no caso prescripto no artigo 103.º, e a d'estes póde ser impugnada sempre, salvo os casos marcados em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 102.º

Porém como o acto da concepção se acha encoberto com um véu mysterioso, que no estado actual da sciencia não póde descobrir-se, costuma determinar-se a epocha da concepção pela epocha do nascimento, calculando-se o periodo regular que costuma mediar entre os dois phenomenos.

A distancia ordinaria da concepção ao nascimento é de nove mezes proximamente. Porém como são frequentes os casos de se alterar esta relação, abreviando-se ou prolongando-se os partos fóra d'aquelle praso normal, é indispensavel que o legislador marque o minimo e o maximo da gestação. Estas determinações são mais ou menos arbitrarias; mas é necessario dar este arbitrio ao legislador para o cortar ao magistrado.

É a doutrina do direito romano, que tem passado para quasi todas as legislações. Diziam os romanos: *Septimo mense nasci perfectum*, entendendo-se pelo setimo mez o primeiro dia do mez.

A marcha constante e uniforme da natureza é que a creatura não nasce perfeita e com vida sem haverem decorrido seis mezes ou cento e oitenta dias de gestação. O legislador não podia tomar regra mais segura. Qualquer caso de excepção deve attribuir-se antes á fraqueza da mãe, do que ao transtorno das leis naturaes.

Por iguaes rasões e com a mesma inflexibilidade estabelece a lei

outra regra geral para os nascimentos tardios, que não podem ir alem de trezentos dias, como diz o codigo, ou de dez mezes, como dizia o direito romano, de modo que o nascido no primeiro dia do undecimo mez ou um dia depois dos trezentos, presume-se illegitimo.

Os tribunaes não podem desviar-se d'estas regras, nem admittir conjecturas ou probabilidades fundadas na honestidade, delicadeza ou robustez da mãe, ou em qualquer outra consideração ou precedente. Desde o dia cento oitenta e um até ao dia trezentos, ambos inclusive, ha cento e vinte dias que formam o termo fatal dos partos legitimos e perfeitos.

O systema do codigo encosta-se ao mais geralmente seguido. Calcula que o individuo não póde nascer com vida e com figura humana sem terem decorrido pelo menos cento oitenta dias, desde a concepção, e que a gestação, ainda nos casos extraordinarios, não póde prolongar-se alem de trezentos dias, salvo algum caso insolito, para o que não são feitas as leis.

Por isso declara legitimos os que nasceram passados cento e oitenta dias depois da celebração do matrimonio, ou dentro de trezentos dias depois da dissolução, reputando que o filho nascido dentro d'este periodo, foi *concebido* durante o matrimonio. O codigo conta por dias e não por mezes, para evitar as contestações da desigualdade d'estes.

Mas supponhâmos que a mulher passou a segundas nupcias sem decorrerem trezentos dias depois da morte do marido e teve um filho passados cento e oitenta dias depois da celebração do segundo matrimonio, e dentro dos trezentos dias a contar da dissolução do primeiro *quid juris?* Pela disposição isolada do artigo parece dever considerar-se filho do primeiro e do segundo marido

O codigo prohibe á viuva, artigo 1233.º, o contrahir segundas nupcias antes de terem decorrido trezentos dias, sem ella fazer verificar se está ou não gravida, sujeitando assim a mulher á prova barbara, repugnante e indecente de fazer verificar o seu estado para poder casar; e o projecto de codigo de processo não se esqueceu de estabelecer o processo para este exame, quando devia ter proposto a revogação ou attenuação do disposto no artigo do codigo civil.

Porém o projecto de codigo de processo não se contenta com o exame por peritos, ordena ao juiz que ouça n'esse acto *quaesquer informações.* Temos exame e devassa sobre a honra da mulher.

Mais liberal do que o nosso codigo sobre este ponto era a lei dos Filippes de Castella. Dizia a ord., liv. 4.º, tit. v, 106.º: «As viuvas, que se casarem, antes de ser passado anno e dia depois da morte dos maridos, não sejam por isso infamadas, nem os que com ellas casarem, nem lhes levem por isso penas algumas de dinheiro».

Nem este exame se ha de nunca fazer á mulher viuva nem se exige em parte alguma do codigo que o official do casamento, ou catholico ou civil, exija da viuva, que pretende contrahir novo matrimonio antes de terem decorrido trezentos dias, a certidão do exame.

Porém com relação á nossa hypothese o codigo determina no artigo 1234.º que o nascido passados cento oitenta dias depois do segundo matrimonio mas antes de trezentos depois da dissolução do anterior, pertence ao segundo e não ao primeiro marido.

Póde o filho reclamar a paternidade do marido anterior, se assim lhe convier; mas carece de *prova-la,* como terminantemente dispõe o artigo 1234.º no seu final.

Porém a presumpção de paternidade se o nascimento teve logar passados cento e oitenta dias depois da celebração do matrimonio, é

pelo segundo marido, presumpçao que cede apenas diante de provas em contrario, dadas pelo filho.

Esta doutrina mal poderá justificar-se aos olhos da sciencia. A creança que nasceu de tempo, seis mezes depois da celebração do matrimonio, mas sem terem decorrido sete, oito ou nove mezes depois que falleceu o primeiro marido, ou depois que elle deixou de poder ter accesso á mulher, deveria pertencer *legalmente* ao marido anterior, como *naturalmente* lhe pertence de certo. O codigo porém, para evitar pleitos inconvenientes e pouco decorosos, estabeleceu uma regra geral que, comquanto inexacta em muitos casos, tem a vantagem de evitar questões, muitas vezes insoluveis, e encontra até certo ponto correctivo no direito que ao filho se concede de reclamar a paternidade do marido anterior.

Ao segundo marido prohibe-se contestar a paternidade do filho nascido depois de cento oitenta dias desde a celebração do matrimonio, em pena de ter casado dentro dos trezentos dias depois da morte do anterior marido sem se verificar se a mulher estava ou não gravida.

Porém o filho, innocente n'esta transgressão de lei, póde reclamar a paternidade do marido anterior, se nasceu dentro dos trezentos dias depois da morte d'este, sem se ter verificado o exame do estado de gravidez da mãe, se ao filho mais convier a paternidade do marido anterior, ou por este ser mais rico, ou por outra circumstancia.

Não ha prova, nem signal certo de que o filho concebido durante o matrimonio tem por pae o marido da mãe.

E a natureza só por si não póde servir-nos de guia n'esta materia. Ella encobriu com um véu mysterioso e impenetravel a transmissão da nossa existencia, sendo o segredo da paternidade um dos poucos que ainda hoje escapam á sciencia humana.

Apesar d'isso não podia deixar-se na incerteza a paternidade que, sendo o principio e a base da familia, é necessariamente o apoio de todo o edificio social.

Na impossibilidade de tomar na natureza um signal material, evidente e infallivel de paternidade, que é aliás indispensavel para a exacta divisão das familias, e para a successão nos bens, recorreu-se á presumpção mais proxima á prova.

Por isso todos os povos, tanto antigos como modernos, adoptaram a famosa regra: *Pater est is quem justæ nuptiæ demonstrant.* Este é o signal social e legal da paternidade.

A presumpção em que se funda é tão natural e decorosa, tão util e justa, e sobretudo tão necessaria, que sem ella seria impossivel a ordem social.

Presumiu o legislador que o filho concebido de uma mulher durante o matrimonio tinha por pae o marido d'ella, presumpção fundada nas relações moraes em que assenta o matrimonio, e que só póde ceder diante de prova em contrario.

Esta presumpção funda-se no facto da rehabilitação dos conjuges, e na fidelidade mutua que prometteram manter, e que tem obrigação de guardar nos termos do artigo 1184.º, e só póde ser atacada em casos determinados, que vamos examinar nos seguintes §§.

A dissolução do casamento póde ter logar ou pela morte de um dos conjuges, artigo 155.º, ou pela annullação, artigos 1091.º e 1092.º

O codigo para o effeito da legitimidade dos filhos equipara á dissolução do matrimonio a separação quando é *judicialmente* decretada, porque só esta equivale á dissolução do matrimonio, artigo 1211.º E esta disposição é em beneficio da legitimidade dos filhos.

Se porventura houvesse separação de facto, antes de decretada ju-

dicialmente, durante um periodo que excluisse a presumpção de legitimidade, o marido tinha no artigo 103.º o meio de fazer valer o seu direito.

Por mais santa e justa que seja a regra estabelecida sobre a presumpção de paternidade, não póde admittir-se contra o impossivel e absurdo. A lei que desse á mentira evidente o titulo e poder de verdade, seria um escandalo social, e importaria o aviltamento do matrimonio.

A presumpção da legitimidade dos filhos nascidos durante o matrimonio, decorridos cento e oitenta dias depois da sua celebração, ou dentro dos trezentos subsequentes á dissolução ou á separação judicial, é de tal maneira garantida pela lei, que só póde ser illidida no caso unico de impossibilidade *physica* da cohabitação entre os conjuges.

Aindaque a mulher confesse o adulterio, e assevere mesmo que o seu filho não é filho de seu marido, não póde ser atacada a legitimidade.

Mesmo que o marido prove o adulterio da mulher, como este facto não exclue a *possibilidade* da cohabitação, e na promiscua cohabitação podia ser do marido que a mulher concebesse, o codigo adopta a regra de direito romano: *Potest mulier adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse.*

A lei preferiu que, em caso de duvida, antes filhos adulterinos passassem por legitimos, do que legitimos fossem reduzidos á condição de adulterinos.

Para ser pois julgada procedente a acção de impugnação da legitimidade do filho não basta provar: 1.º, o adulterio da mulher; 2.º, a occultação do feto, porque apesar d'estes dois factos, era possivel que o marido tivesse cohabitado com a mulher, e fosse o pae da creança. É preciso pois mais um elemento de prova, isto é, que se alleguem e demonstrem factos que impliquem *impossibilidade* de cohabitação.

Tambem o marido não póde argumentar com a impossibilidade *moral* de cohabitação, como a que resulta de odio capital entre os dois conjuges, que exclua a cohabitação.

Só póde illidir-se a legitimidade com a prova de impossibilidade *physica* de cohabitar, como a que resulta da ausencia do marido, ou de doença gravissima d'este nos primeiros cento e vinte e um dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho.

Por exemplo: a mulher dá á luz em 26 de dezembro. Os trezentos dias anteriores ao nascimento começam a correr desde o 1.º de março, e completam-se em 25 de dezembro, ambos *inclusivé*. Os cento e vinte e um dias completam-se em 30 de junho, e o marido prova a impossibilidade physica de accesso á mulher por haver estado ausente, ou preso incommunicavel no dito periodo desde 1 de março até 30 de junho. Não é legitimo o filho, porque o nascimento teve logar aos trezentos e um dias depois que sobreveiu a impossibilidade physica, e dentro dos cento e oitenta dias depois que ella cessou.

Tão forte é a presumpção de legitimidade do filho nascido na constancia do matrimonio ou dentro de trezentos dias depois da separação judicial, que não se admitte no registo civil declaração em contrario, ainda por accordo do pae e da mãe, artigo 2468.º

A separação a que se refere o artigo 2468.º, apesar do seu silencio, é a judicial em harmonia com o disposto no artigo 101.º e em muitos outros.

Até no intuito de restringir a acção de illidir a legitimidade do filho o codigo exige a impossibilidade de cohabitar nos primeiros cento e vinte e um dias dos trezentos que precederem o nascimento, quando para a perfilhação, nos termos do artigo 125.º, se exige a habilidade para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho.

A differença é pequena: é só de um dia. No entretanto prova que as regras da legitimidade não são inteiramente iguaes ás da perfilhação, e que o legislador teve mais cuidado em proteger a legitimidade do que em favorecer a perfilhação.

A lei suppõe que, para o filho ser legitimo, é preciso ter sido concebido nos cento e vinte e um dias dos trezentos que precedem o nascimento, quando para ser perfilhado é indispensavel que fosse concebido nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento.

A impotencia posterior ao matrimonio é um dos casos de impossibilidade *physica* de cohabitação, comtantoque se não funde em velhice, porque no estado presente da sciencia acha-se demonstrado, que o homem ainda na epocha mais adiantada da vida não é incapaz de gerar. Póde porém fundar-se n'uma ferida, mutilação, enfermidade grave, etc.

Se porém a impotencia é anterior ao matrimonio o codigo nega a acção ao marido, e conseguintemente aos herdeiros para impugnarem com este fundamento a legitimidade do filho, porque tendo elle contrahido matrimonio, não obstante conhecer-se inhabil para satisfazer a um dos fins do casamento, não póde queixar-se da sorte a que o expoz a sua temeridade ou a sua má fé.

Póde annullar-se o matrimonio catholico com fundamento na *impotencia anterior* para a procreação, vistos os capitulos 3.º e 6.º x *de frig. et malef.* Mas a legitimidade dos filhos não póde ser contestada, porque estes, como victimas innocentes, são considerados legitimos, artigos 1091.º e 1092.º

O codigo com rasão restringiu o direito de impugnar a legitimidade do filho com o fundamento da impotencia, para evitar os escandalos e as vergonhas a que similhantes pleitos dão sempre logar.

Art. 102.º A legitimidade do filho, nascido dentro dos cento e oitenta dias seguintes á celebração do matrimonio, não póde, comtudo, ser impugnada:

1.º Se o marido antes de casar teve conhecimento da gravidez da mulher;

2.º Se, estando presente, consentiu que no assento de nascimento fosse declarado por seu filho, ou se, por qualquer outro modo, reconheceu, que era seu o filho assim nascido.

Se o marido teve conhecimento da gravidez da mulher antes de casar, e casou, é porque se julgou pae do filho que ella trazia no ventre. Não basta que ambos tivessem relações intimas antes do matrimonio, é mister que effectivamente o marido soubesse da gravidez da mulher.

Desde que o marido *teve conhecimento* da gravidez da mulher, e apesar d'isso casou, presume-se *juris et de jure* n'este caso, que o pae contrahiu matrimonio para reparar a sua fraqueza anterior, e que não haveria casado, se não estivesse persuadido que a mulher trazia no ventre o fructo dos seus amores reciprocos.

Se elle esteve presente ao assento do nascimento, e consentiu em

ser declarado pae, ou por qualquer outro modo o reconheceu como filho, *aceitou* a qualidade de pae, e não póde por isso impugnar depois a legitimidade do filho.

Em materia tão importante e delicada não deve admittir-se retractação que venha prejudicar a honra da mãe e os direitos do filho, adquiridos pelo reconhecimento.

Não basta que o pae esteja *presente* ao assento do baptismo, é mister que elle manifeste o seu *consentimento* em ser declarado pae. Pelo artigo 314.º do codigo civil francez, fonte d'este, as unicas provas que aos olhos da lei podem mostrar que o pae não foi victima de alguma fraude ou surpreza são a sua assignatura ou a declaração de que não sabe assignar. Porém em presença do nosso codigo basta que se *certifique o consentimento* no assento do baptismo, lavrado nas condições ordinarias, sendo todavia adoptavel entre nós a determinação do codigo civil francez.

As palavras «*estando presente*» não excluem o reconhecimento por procuração, vista a disposição generica do artigo 1332.º

As palavras «*por qualquer modo*» não significam que seja valido o reconhecimento, ainda feito em documento particular. É preciso que o reconhecimento seja feito em documento authentico nos termos dos artigos 119.º n.º 1.º e 2469.º, aliás servirá apenas de base para a acção de reconhecimento judicial nos termos do n.º 1.º do artigo 130.º

Mas supponhâmos que os paes não podiam casar na epocha presumida da concepção do filho, isto é, nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho?

Supponhâmos que Pedro era casado com Maria, que esta morreu no 1.º de janeiro de 1868, e que elle casou no mez de fevereiro seguinte com Francisca, nascendo d'esta um filho em março: considerar-se-ha legitimo este filho?

A perfilhação era expressamente prohibida nos termos do artigo 125.º, e o matrimonio, nos termos do artigo 119.º legitima os nascidos *antes* d'elle. Porém aqui trata-se do filho nascido *depois* do matrimonio, que nem é perfilhado, nem legitimado, mas *legitimo* pelo facto de nascer na constancia do matrimonio.

As regras da perfilhação não são inteiramente applicaveis á legitimação, nem á legitimidade.

Segundo o codigo presumem-se legitimos os nascidos durante o matrimonio, não só os que nascem depois de decorridos cento e oitenta dias, mas tambem os nascidos dentro d'este periodo, com a differença de que o pae póde atacar a presumpção de legitimidade d'estes não se verificando nenhuma das hypotheses especificadas no artigo.

O filho nascido antes de decorrer o praso dos cento e oitenta dias, mesmo fóra das hypotheses mencionadas nos dois numeros do artigo, tem por si a presumpção de legitimo. É ao pae a quem incumbe intentar a acção de negação de paternidade, e não sobre o filho que pesa a obrigação de reclamar o estado de legitimidade, como *á contrario sensu* se infere do artigo 104.º

É tambem a interpretação que dá Rogron ao artigo respectivo do codigo francez.

Se a mulher binuba teve um filho dentro dos cento e oitenta dias depois da celebração do segundo matrimonio, e sem terem decorrido ainda cento e oitenta dias depois da morte do primeiro marido, a qual dos maridos attribue a lei a paternidade?

A paternidade pertence ao primeiro marido, devidamente combinados os artigos 101.º, 102.º e 1234.º

Se o casamento da mulher não fosse em segundas nupcias, a pre-

sumpção da paternidade pesava sobre o marido, salvo a este apenas o direito de a impugnar, não se verificando nenhum dos casos prescriptos nos dois numeros do artigo. Porém quando a mulher é casada em segundas nupcias e tem um filho antes de decorridos cento e oitenta dias depois da morte do primeiro marido, a presumpção é de que a paternidade pertence a este. É a conclusão que se deriva da combinação dos artigos 101.º, 102.º e 1234.º

Aqui todos os favores são para o filho, todas as responsabilidades pesam sobre o pae.

Art. 103.º A presumpção da legitimidade dos filhos nascidos durante o matrimonio, passados cento e oitenta dias depois da sua celebração, ou dentro dos trezentos dias subsequentes á sua dissolução, ou á separação dos conjuges, só póde ser illidida, provando-se ter-se achado o marido physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido o nascimento do filho.

(Vid. nota ao artigo 101.º)

Art. 104.º A presumpção de que o filho, nascido fóra dos trezentos dias subsequentes á separação dos conjuges, não pertence ao marido separado, póde ser illidida provando-se, que o dito filho effectivamente pertence ao marido.

§ unico. Esta prova póde fazer-se pelos modos estabelecidos no artigo 119.º n.ºs 1.º e 2.º e §§ 1.º e 2.º

Na separação de facto sem a intervenção judicial, que o direito não reconhece senão para os effeitos de permittir á mulher o propor a acção de separação na sua residencia, artigo 1206.º, ainda que não seja a do marido, e de negar-lhe a tutela do marido interdicto, artigo 320.º n.º 1.º, os filhos nascidos em qualquer epocha depois do facto de separação, presumem-se legitimos.

Só na separação judicial é que os nascidos, trezentos dias depois do *facto* da separação, se presumem illegitimos.

Em vista da redacção do artigo os trezentos dias hão de contar-se da execução da sentença, e não da sua publicação ou transito em julgado, porque começam a correr desde a *separação*. O projecto do codigo civil hespanhol no artigo 103.º tambem manda contar os trezentos dias desde a separação *judicial* e *effectiva*.

Presume-se que os conjuges obedeceram á sentença que os separou, e que nunca mais houve cohabitação.

Podem porém ser declarados legitimos os filhos nascidos depois d'esta separação, destruida essa presumpção por meio de prova.

Esta prova resulta, ou de reconhecimento *espontaneo*, nos termos do artigo 119.º n.º 1.º, ou de reconhecimento por sentença judicial, nos termos do referido artigo n.º 2.º, devendo n'este caso provar-se, não só o *facto* da cohabitação, mas que a cohabitação na epocha presumida da concepção foi só com o marido, e com nenhuma outra pessoa.

Se a mulher for depositada, ou no começo ou em qualquer estado da causa de separação, nos termos do § 4.º do artigo 1206.º e dos artigos 2.º § 1.º e 3.º § unico do regulamento de 12 de março de 1868, devem contar-se os trezentos dias desde a separação provisoria?

Indubitavelmente. O *facto* da separação, ou provisoria pelo deposito, ou definitiva pela execução da sentença, é sempre ordenado pelo *juiz*, é consequencia de um acto judicial, e por isso tem para o effeito da presumpção de illegitimidade do filho as mesmas consequencias.

Ainduque a acção de separação seja julgada improcedente ou não provada a final, se do deposito ao transito da sentença em julgado decorrerem trezentos dias, e a mulher tiver algum filho concebido n'esse periodo, não se presume legitimo. É o que se infere do espirito da lei; e o projecto de codigo hespanhol, no já citado artigo 103.º, comprehende na separação judicial tanto a definitiva, como a *provisoria*. Effectivamente a rasão é a mesma em ambos os casos: em ambos se presume que os conjuges obedeceram á sentença ou auto de separação.

Art. 105.º A impotencia do marido, anterior ao matrimonio, não póde ser allegada para impugnar a legitimidade do filho; mas póde sê-lo a posterior, comtantoque a allegação não tome por fundamento a velhice.

(Vid. nota ao artigo 101.º)

Art. 106.º Só podem impugnar a legitimidade dos filhos o pae ou os seus herdeiros, nos termos dos artigos seguintes.

Art. 107.º O pae só póde impugnar a legitimidade dos filhos, nos casos em que a lei o permitte, propondo a acção em juizo, se estiver no logar do nascimento, dentro de sessenta dias, contados desde esse facto, e, não o estando, dentro de cento e vinte dias, contados desde o dia da sua volta.

§ unico. Se o nascimento do filho lhe tiver sido occultado, poderá propor acção dentro de cento e vinte dias, contados desde aquelle em que tiver conhecimento da fraude.

Art. 108.º Os herdeiros do marido só podem impugnar a legitimidade dos filhos, nascidos na constancia do matrimonio:

1.º Se o dito marido, achando-se presente, deu começo á acção competente, e d'ella não desistiu;

2.º Se falleceu antes que decorressem os prasos marcados para a proposição da acção;

3.º Se o filho nasceu depois da morte do marido.

Art. 109.º A acção dos herdeiros prescreve, decorridos sessenta dias, contados desde aquelle em que o filho tenha entrado na posse dos bens do presumido pae, ou desde o dia em que os herdeiros forem perturbados na posse da herança pelo dito filho.

A legitimidade dos filhos póde ser impugnada, tanto pelos paes como pelos herdeiros d'estes, mas nos termos dos artigos 107.º a 109.º O preceito do artigo 106.º era bem escusado. É simplesmente a epigraphe dos tres artigos dos seguintes.

O codigo, no intuito de favorecer a legitimidade dos filhos e de evitar processos vergonhosos, não só marcou taxativamente *os casos* em

que póde ser impugnada a legitimidade dos filhos, mas estabelece agora restricções quanto á proposição da acção em juizo.

A lei marca um praso breve para a proposição da acção, a fim de que a sorte do filho não fique por muito tempo incerta. No caso do marido não estar presente no logar do nascimento, concede-se-lhe o dobro do praso a contar da sua volta para propor a acção, porque n'esta hypothese ser-lhe-ha mais difficil obter os precisos esclarecimentos para começar o processo.

Estando o pae presente no logar do nascimento presume-se que os sessenta dias são sufficientes para saber o facto e preparar os elementos indispensaveis para a instauração da acção, salvo se lhe foi occultado o nascimento, porque então segue-se o disposto no § unico do artigo 107.º

As palavras «*e não estando*» não se referem só ao facto da ausencia, tal qual o determinámos na rigorosa accepção juridica da palavra no artigo 55.º Basta que o marido não esteja *presente*, ou, como diz o artigo, que não *esteja* no logar do nascimento.

Os casos em que *a lei permitte* ao pretenso pae o impugnar a legitimidade dos filhos, e a que se refere o artigo 107.º, são os determinados nos artigos 102.º, 103.º e 105.º, em que elle figura de auctor.

Os prasos marcados nos artigos 107.º a 109.º são para a hypothese do pae ou herdeiros serem auctores, porque no caso de serem réus, como na especie do artigo 104.º, em que é o filho, contra quem pesa a presumpção de illegitimo, a reclamar a legitimidade, podem impugnar a acção de filiação a todo o tempo em que o filho a proponha em juizo.

Porque substituiriam os redactores do codigo, no artigo 108.º, as palavras «*nos casos em que a lei o permitte*», empregadas no artigo antecedente, por est'outras «*nascidos na constancia do matrimonio?*»

Talvez para em o n.º 3.º declararem que um dos casos de nascimento *na constancia* do matrimonio era o nascimento *depois da morte* do marido, isto é, fóra da constancia do matrimonio!

O direito de impugnar a legitimidade do filho pertence aos herdeiros nos casos dos artigos 102.º, 103.º e 105.º, isto é, exactamente nos mesmos casos em que é concedido ao pae.

Os herdeiros não podem impugnar a legitimidade do filho se o pae em vida deixou passar os prasos da proposição da acção, porque renunciou tacitamente ao seu direito; e os representantes não podem ter mais direitos do que o representado, que perdeu seu direito pelo não exercer no tempo marcado na lei, ou por ter renunciado a elle.

Com relação aos herdeiros conta-se o praso para a prescripção da acção desde o dia em que o filho entrou de posse da herança, ou se são elles os possuidores, desde o dia em que o filho os perturbou na posse.

A rasão é porque os herdeiros antes d'estes factos poderiam ignorar a existencia do filho, e mesmo porque só então começa o seu interesse.

Como os herdeiros não podem deduzir a impugnação da legitimidade do filho na acção em que elle, devidamente habilitado, requer a posse dos bens, e tenham que recorrer á acção ordinaria para esse fim, contam-se n'esse caso os sessenta dias, concedidos para propor a acção de impugnação de legitimidade do filho, não desde o transito em julgado da sentença que investe o filho na posse dos bens, mas da primeira citação feita a requerimento d'elle aos herdeiros para lhe entregarem a posse.

Segundo a decisão de um tribunal francez, citada por Rogron nas

notas ao artigo 317.º do codigo Napoleão, fonte d'este, reputam-se os herdeiros *perturbados na sua posse* por todos os actos judiciaes ou extrajudiciaes, em que o filho por si ou por seu tutor lhes notificou a sua pretensão á legitimidade, e por consequencia ao seu quinhão hereditario nos bens da successão.

É inaceitavel porém entre nós a referida jurisprudencia do tribunal francez, porque não é conforme aos principios juridicos reconhecidos no artigo 552.º

Os sessenta dias começam a correr desde qualquer acto de perturbação, independentemente da entrada do filho na herança, comtantoque esse acto de perturbação seja judicial.

A prescripção da acção, não sendo intentada dentro dos sessenta dias, abrange só as duas ultimas hypotheses do artigo 108.º, porque se a acção já estava intentada pelo marido, então a continuação é subordinada ás regras geraes do processo. Podem os herdeiros promover o seu andamento ou serem obrigados a isso a requerimento do filho.

A *prescripção* n'esta materia verifica-se, haja ou não boa fé. O disposto nos artigos 517.º e seguintes não é applicavel ás questões de estado, mas unicamente ás cousas mobiliarias e immobiliarias.

Se o pae estava ausente e não voltou, poderão os herdeiros intentar a acção de impugnação de legitimidade do filho, tendo os mesmos direitos no caso de ausencia que no caso de morte? A julgar pelo n.º 1.º do artigo 108.º, parece que os herdeiros poderiam intenta-la, vistoque o marido não estava *presente*. Mas outra é a conclusão que se deduz do n.º 2.º do referido artigo. Se o marido for declarado ausente, os herdeiros não podem exercer a acção que lhe pertencia, como se elle fôra fallecido. As excepções não se ampliam, e a ausencia só é equiparada á morte quanto aos direitos a exercer sobre *os bens* do ausente.

A mesma opinião é seguida por Goyena e Rogron em as notas aos artigos 106.º do projecto de codigo civil hespanhol, e 317.º do codigo civil francez, fontes do artigo 108.º do nosso codigo.

Art. 110.º Só é tido por filho, para os effeitos legaes, aquelle de quem se prove, que nasceu com vida e com figura humana.

(Vid. nota ao artigo 6.º)

Art. 111.º O direito dos filhos legitimos a vindicar o estado que lhes pertence é imprescriptivel.

O codigo prescreveu até aqui as regras a que está sujeita a acção que tem por fim negar a legitimidade; agora desenvolve os preceitos que regem a acção contraria, isto é, a que tem por fim reclamar a legitimidade.

A acção de reclamação do estado de legitimidade é imprescriptivel a respeito do filho.

Por mais longo que seja o seu silencio póde reclamar a todo o tempo o estado de legitimo.

A severidade das provas necessarias para estabelecer a filiação legitima compensa-se com a liberdade de a reclamar a todo o tempo. A lei, em honra ao matrimonio, fez n'este caso excepção ás regras geraes sobre prescripção.

Só é prescriptivel o que *está no commercio*, isto é, o que nos termos das leis póde comprar-se e vender-se, e o estado do homem não póde ser objecto de negociação de especie alguma.

Por isso são imprescriptiveis os direitos absolutos, artigo 368.º, e por uma necessaria consequencia as obrigações correlativas, artigo 537.º, porque não póde existir direito sem obrigação correspondente.

O direito do filho illegitimo a propor a acção de investigação de paternidade ou de maternidade é que só é imprescriptivel obtendo documento *escripto e assignado* pelos paes em que estes revelem a sua paternidade, artigo 133.º n.º 2.º

Direitos ha porém que, comquanto susceptiveis de commercio, são inalienaveis por prescripção; ou pelo favor especial com que a lei os trata, como a propriedade litteraria, artigo 592.º, ou por motivos de interesse publico, como o direito de demarcação, artigo 2345.º

Porém a imprescriptibilidade do direito não se estende a outras acções, que d'elle se derivam, que versam propriamente sobre os bens, e que por isso estão sujeitas ás regras geraes da prescripção.

Assim o filho em qualquer tempo póde reclamar o estado de legitimidade, mas póde obter a sentença que o declare legitimo, sem comtudo entrar na posse dos bens da herança, se já decorreu o tempo preciso para serem prescriptos a favor dos possuidores.

Os bens da herança prescrevem, nos termos dos artigos 547.º e seguintes, comquanto o estado de legitimidade possa reclamar-se em todo e qualquer tempo.

O mesmo succede com a acção de filiação illegitima, nos termos do artigo 133.º n.º 2.º

Póde ser julgada procedente e provada a acção de filiação illegitima, e não ser investido o auctor na posse dos bens por estarem já prescriptos.

Art. 112.º Os herdeiros dos filhos podem proseguir nas acções de vindicação d'estado, pendentes; mas só podem intenta-las de novo, sendo o filho fallecido, ou tendo caído em demencia, antes de decorridos quatro annos depois da sua emancipação, ou maioridade, e havendo fallecido n'esse estado.

§ unico. Esta acção prescreve no espaço de quatro annos, contados desde o fallecimento do filho.

Tanto os herdeiros legitimos como os testamentarios dos filhos podem continuar a acção começada por estes.

É regra geral que o auctor da herança transmitte a seus herdeiros as acções, que intentou, por mais pessoaes que fossem. A sua morte só póde extinguir as que elle não principiou: *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ in judicio, salvæ permanent.*

O codigo permitte só aos herdeiros dos filhos, e não a quaesquer outros representantes, como legatarios, crédores, etc., o continuar na acção. A palavra «*pendentes*», de que usa este artigo, tem a mesma significação que as palavras «*deu começo á acção competente, e d'ella não desistiu*» empregadas em o n.º 1.º do artigo 108.º

Os herdeiros dos filhos só podem começar a acção se estes falleceram dentro dos quatro annos desde a emancipação ou maioridade, ou se dentro d'este mesmo praso cairam em demencia, e n'esse estado falleceram, sem a principiarem.

A circumstancia de os filhos deixarem passar quatro annos, desde que estavam habeis para reger a sua pessoa e bens, sem intentarem a acção, é prova de que elles renunciaram tacitamente a ella.

Se este silencio não póde ser opposto aos filhos, que reclamam a legitimidade, porque o estado dos homens acha-se fóra do commercio, e por isso estranho á prescripção, póde no entretanto ser opposto aos herdeiros, que reclamam menos o estado de pessoa do que interesses pecuniarios.

Do silencio do filho deduz-se a presumpção de que elle tinha julgado, na propria causa, que não tinha direito de reclamar, ou de que renunciára a esse direito.

Se os herdeiros deixaram passar quatro annos depois do fallecimento do filho, e não intentaram a acção, a que tinham direito, não podem mais intenta-la.

Por direito romano era igualmente imprescriptivel a acção dos herdeiros do filho. Porém as circumstancias são diversas. O filho tem que reivindicar a honra da legitimidade, ao passo que os herdeiros são quasi sempre movidos a intentar a acção pelo interesse da herança, podendo por isso, sem injustiça, marcar-se um praso para as suas reclamações.

Quando o filho deixou passar quatro annos depois da maioridade ou da emancipação, em que esteve no exercicio dos seus direitos, e não reclamou, presume-se que renunciou, ou que julgava não ter acção, e n'este ponto ninguem é juiz mais competente do que elle mesmo.

Se porém o filho falleceu dentro d'aquelle periodo, ou mesmo depois, mas no estado de demencia, começada no mesmo periodo, nenhum argumento póde tirar-se do silencio do filho contra os herdeiros d'este, porque esteve impedido de proceder competentemente.

A acção dos herdeiros para *impugnar* a legitimidade prescreve passados sessenta dias, artigo 109.º; a acção para *reclamar*, ou, como diz o codigo, para *vindicar* a legitimidade só prescreve passados quatro annos.

O codigo favorece mais, como é natural, a reclamação do que a impugnação da legitimidade.

A commissão substituiu em todos os artigos as palavras *reclamar o estado*, de que se servia o projecto primitivo, por est'outras *vindicar o estado*.

Para os effeitos d'esta prescripção não se exige o requisito da boa fé pelas rasões, que já demos, de que os artigos 517.º e seguintes não são applicaveis ás questões d'estado.

Todavia melhor fôra que o codigo se abstivesse de empregar a palavra prescripção na materia sujeita, a exemplo do que fizera no artigo 107.º

Como já dissemos, sempre que a vindicação de estado seja objecto de excepção ou de defeza, e não de acção, póde oppor-se a todo o tempo que seja offerecida a acção, por argumento do artigo 693.º

Art. 113.º Em todos os casos, em que a presumpção da legitimidade do filho for impugnada em juizo, sendo elle menor, ser-lhe-ha dado tutor, que será escolhido de entre os parentes da mãe, se os tiver; e esta será sempre ouvida em juizo.

§ unico. A nomeação do tutor será feita em conselho de familia, e este composto com parentes da mãe, ou com pessoas da sua amisade, na falta d'aquelles.

Este artigo, que teria o seu logar proprio na lei de processo, estabelece um preceito, a que não achâmos explicação. Pois a mãe ha de

ser esbulhada da administração da pessoa e bens do filho pelo simples facto de se impugnar a legitimidade d'este? Ou poderá co-existir a nova tutela com o patrio poder da mãe?

Será desde logo nomeado tutor pela presumpção de que o filho é adulterino, e portanto espurio, e não sujeito ao patrio poder?

A *proposição* da acção por si só póde estabelecer uma similhante presumpção, inteiramente contraria aos principios geraes da theoria do processo?

E pelo facto de a mãe perder a administração de pessoa e dos bens do filho perderá tambem o usufructo, vistoque o usufructo se póde perder, mesmo quando se conserva a administração, artigo 162.º?

São questões a que mal se póde responder, e não achamos bastante desarrasoada a disposição do artigo para havermos de a ampliar.

A nomeação do tutor para auxiliar a mãe *em juizo* comprehendia-se, mas para a substituir no exercicio dos direitos maternos não tem explicação rasoavel. Parece que n'esta hypothese não ha tutela legitima, como nos casos dos artigos 141.º e 161.º, segundo dizemos em as notas a esses artigos.

O conselho de familia não é composto nos termos do artigo 207.º, mas só de parentes da mãe, porque os parentes do marido da mãe, ou são partes na questão, ou interessados na negação da legitimidade do filho.

Se ella não tiver parentes nem amigos, deve compor-se de vizinhos que forem pessoas de probidade *a simili* do que se dispõe nos artigos 208.º e 1206.º § 1.º

Em tres partes falla o codigo da composição do conselho de familia, e em cada uma usa de redacção differente, que póde dar logar a duvidas no fôro.

Na hypothese de se constituir o conselho de familia para se nomear tutor ao filho, cuja legitimidade é impugnada, não previne o codigo expressamente o caso de não haver parentes nem pessoas da amisade da mãe para compor o conselho, artigo 113.º § unico.

Na hypothese de se formar conselho de familia para installar a tutela legitima, manda compô-lo, na falta de parentes ou amigos dos paes do menor, com quaesquer outras pessoas de probidade, que residam no julgado do inventario, segundo se infere do artigo 208.º, sem exigir expressamente a condição de *vizinho*.

Na hypothese de se constituir conselho de familia para a acção de separação, ha de ser formado, na falta de parentes e amigos dos paes do menor, de homens bons *da vizinhança*, artigo 1206.º § 1.º

O projecto primitivo na constituição do conselho de familia ou para a nomeação do tutor ao menor, cuja legitimidade era impugnada, ou para o julgamento da acção de separação, não prevenia a hypothese da falta de parentes e amigos da mãe do menor ou dos conjuges, mas na formação do conselho para a installação da tutela legitima chamava, na falta de parentes e amigos, quaesquer outras pessoas de probidade *da freguezia*.

A suppressão das palavras *da freguezia*, que se liam no artigo correspondente ao artigo 208.º do codigo, leva-nos a crer que a commissão revisora considerou como vizinhos, para o effeito da formação do conselho de familia, todos os individuos residentes no julgado do inventario.

Deverá porém o juiz preferir os mais vizinhos da localidade do menor ou dos conjuges, não só como mais conhecedores de sua fortuna, vida e bens, mas porque são os que soffrem menor incommodo com este onus.

A mãe deve ser ouvida, não só como defensora natural dos interesses dos filhos, mas ainda porque ella é directamente atacada na sua honra pela acção de impugnação da legitimidade do filho.

SECÇÃO II

DA PROVA DA FILIAÇÃO LEGITIMA

Art. 114.º A filiação legitima prova-se pelos registos de nascimento, na sua falta por qualquer documento authentico, e, na falta d'este, pela posse d'estado, provada por escripto ou por testemunhas.

Art. 115.º A posse d'estado, n'este caso, consiste no facto de alguem haver sido reputado e tratado por filho, tanto pelos paes, como pelas familias d'estes e pelo publico.

Art. 116.º Na falta de registo de nascimento, documento authentico e posse d'estado, a filiação legitima póde provar-se por qualquer meio, havendo começo de prova por escripto, proveniente de ambos os paes, conjuncta ou separadamente.

N'esta secção trata-se unicamente da prova da filiação legitima. A prova de idade póde fazer-se por qualquer modo na falta do registo do nascimento, sem distincção da qualidade de filhos, artigo 2442.º; mas a filiação legitima não está sujeita exactamente ás mesmas provas que a filiação legitima, como se conhece devidamente confrontados os artigos 114.º a 116.º, 119.º e 130.º

A filiação legitima prova-se: 1.º, pelos registos do nascimento; 2.º, por qualquer documento authentico; 3.º, pela posse de estado; 4.º, por qualquer meio de prova, havendo começo de prova por escripto, proveniente de ambos os paes, conjuncta ou separadamente.

Estes meios de prova não podem empregar-se indifferentemente, á escolha do auctor, mas sim uns na falta dos outros, segundo a ordem referida.

Existindo o primeiro meio de prova, não póde usar-se do segundo, e assim successivamente, de modo que é indispensavel allegar, quando se não emprega o primeiro meio, a falta d'elle, e assim por diante.

Registo dos nascimentos. É instituição creada pelo codigo, artigo 2445.º e seguintes, que só obriga desde que estiverem organisadas as competentes repartições, nos termos do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867. Emquanto se não organisarem, servem os actuaes assentos do baptismo, nos termos da legislação anterior ao codigo, artigo 2443.º

O assento do baptismo prova a filiação *legitima*, isto é, não só a filiação, mas a legitimidade, independentemente do assento do casamento dos paes, porque, nos termos da legislação vigente, o parocho faz nos assentos do baptismo a declaração expressa da legitimidade ou illegitimidade do baptisado; salvo todavia o direito da parte de arguir de falsa a declaração feita no assento.

Por qualquer documento authentico. Por documento authentico ha-

vemos de entender o documento exarado por official publico, ou com intervenção d'este exigida pela lei.

Assim na falta de registo de nascimento vale a escriptura ou testamento, em que os paes reconhecessem o filho como legitimo.

Posse de estado. Para se dar a posse de estado é preciso que o filho seja tratado como tal: 1.º, pelos paes, *verbi gratia*, provendo á sua educação e estabelecimento; 2.º, pela familia dos paes, tratando-o como parente, e dispensando-lhe as attenções requeridas pelas relações de sangue; 3.º, pelo publico, sendo fama e voz geral que o individuo é filho d'aquelles, cuja paternidade reclama, e sendo assim considerado por todos.

O codigo francez, no artigo fonte d'esta materia, indica exemplificativamente alguns factos constitutivos de posse de estado. Porém o nosso codigo exige expressamente o concurso simultaneo dos tres factos designados no artigo 115.º para constituir a posse de estado.

O codigo francez exige a posse *constante*, circumstancia que o nosso dispensou, de certo por inutil, porque a posse não se verifica por um ou outro facto isolado, mas pela circumstancia de o filho ser tratado constantemente como tal pelos paes, pelo publico e pela familia dos paes.

Na imprensa juridica já se tem sustentado que basta qualquer dos tres factos isoladamente para constituir a posse de estado. Contra esta opinião porém protesta a redacção do artigo 115.º Demais, em sessão da commissão revisora de 24 de outubro de 1864, discutindo-se o artigo 116.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 115.º do codigo e com a mesma redacção, salvo o não comprehender as palavras «*n'este caso*», e ter em seguida á palavra «*consiste*» as seguintes «*no uso constante do appellido dos paes com annuencia d'estes*», lembrou o sr. Branco a conveniencia de ficar bem claro se o tratamento como filho, dado pelos paes, familia e publico, devia ser cumulativo, ou não; e em sessão de 27 do mesmo mez e anno votou-se a eliminação das palavras «*uso constante do appellido dos paes com annuencia d'estes*», parecendo assim que a commissão julgou attendida a proposta com aquella modificação feita na redacção do artigo.

A posse d'estado póde provar-se só por testemunhas, artigo 114.º *in fine*, independentemente de prova ou de começo de prova por escripto, porque effectivamente quando as testemunhas do auctor provarem, sem os seus depoimentos poderem ser destruidos pelos de defeza, todos os requisitos exigidos no artigo 115.º para se *verificar* essa posse, de certo não ha que duvidar da verdade do allegado.

Qualquer meio, havendo começo de prova por escripto. Não se devia permittir ao individuo a faculdade de se introduzir, como membro de uma familia, simplesmente por meio de testemunhas, sempre faceis de subornar.

Por isso a commissão revisora na primeira sessão em que tratou d'esta materia, sessão de 10 de junho de 1860, rejeitou absolutamente a prova testemunhal, ainda havendo começo de prova por escripto. A doutrina do artigo 116.º não vinha no projecto primitivo, nem apparece nos projectos da commissão revisora de 1863 e 1864. Foi introduzida na ultima edição de 1865, que foi apresentada como projecto de lei pelo governo ás côrtes.

A prova por escripto ha de emanar dos paes, não de qualquer d'elles sómente, mas de ambos, ou assignem ambos o mesmo papel, ou cada um seu papel separado, vistoque a legitimidade é para ambos fonte de direitos e de obrigações. São começo de prova por escripto mesmo os apontamentos e assentos domesticos do pae e da mãe, e qualquer declaração ou indicação, que se ache escripta por elles, como a exigida para a perfilhação nos termos do artigo 130.º n.º 1.º

Art. 117.º Ninguem póde vindicar estado contrario ao que resulta dos registos de nascimento, achando-se estes confirmados com a posse do dito estado; bem como ninguem póde impugnar esse mesmo estado.

As provas de filiação, indicadas no artigo 114.º, podem ser combatidas, salvo reunindo-se conjunctamente no mesmo sentido o registo do nascimento e a posse de estado.

Assim o filho, que tivesse no registo do nascimento o titulo de filho de taes individuos casados, e uma posse conforme a este titulo, não poderia intentar acção para provar que é filho illegitimo, nem um terceiro poderia vir impugnar-lhe o estado de legitimo.

A lei não póde presumir nos dois conjuges a fraude de se attribuirem um filho, que não é d'elles. O registo de nascimento prova o nascimento e a filiação; a posse de estado prova alem d'isso a identidade.

O disposto n'este artigo, bem como no seguinte, refere-se tambem unica e exclusivamente á filiação legitima?

O filho designado como illegitimo, no registo do nascimento, e que tem estado na posse d'esse estado, fica por essa circumstancia inhibido de provar que é filho legitimo?

Esta questão ventilava-se já em França, e até Rogron dá noticia de duas decisões encontradas a este respeito. Mas os redactores do nosso codigo não quizeram resolver a duvida, aproveitando tal qual a redacção do artigo do codigo de França, que dá logar a ella.

O generico e vago da redacção d'este artigo e do seguinte, leva a crer que os dois ultimos artigos d'esta secção se referem, tanto á filiação legitima, como á illegitima.

A força e a amplitude da significação do vocabulo *ninguem* custa a destruir pelo simples facto de figurar n'um artigo, que está collocado sob a epigraphe *da prova da filiação legitima*.

No entretanto o reforço que o argumento deduzido da epigraphe da secção recebe do disposto no artigo 111.º, que declara imprescriptivel o direito do filho legitimo a vindicar o estado que lhe pertence, convence-nos de que o disposto no artigo 117.º não é applicavel á filiação illegitima.

Parece pois que o filho, cuja illegitimidade consta do registo do nascimento, confirmado pela posse de estado, ainda póde a todo o tempo vindicar estado contrario.

Art. 118.º Póde oppor-se á vindicação d'estado qualquer especie de prova escripta ou testemunhal.

Quem intenta a acção para vindicar o estado ha de servir-se *restrictamente* das provas designadas nos artigos 114.º e 116.º; mas quem se defende da acção póde produzir qualquer genero de provas. O disposto n'este artigo é, por analogia, applicavel á filiação illegitima.

Assim o codigo favorece mais a defeza do que a acção. O auctor está adstricto a certo genero de provas; o réu tem completa liberdade de recorrer a qualquer meio de prova.

SECÇÃO III

DOS FILHOS LEGITIMADOS

Art. 119.º O matrimonio legitima os filhos nascidos antes d'elle das pessoas que o contrahem:

1.º Se os ditos filhos são reconhecidos pelos paes e mães no assento do casamento, ou o foram no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, quer anteriores, quer posteriores ao matrimonio;

2.º Se os filhos provarem a sua filiação por meio de acção e sentença judicial.

§ 1.º O reconhecimento, de que trata o n.º 1.º, póde ser impugnado por todos aquelles que n'isso tiverem interesse.

§ 2.º As acções, de que trata o n.º 2.º, são applicaveis as disposições dos artigos 130.º e 133.º

§ 3.º Os effeitos da legitimação principiam, em todo o caso, desde a data do matrimonio.

Art. 120.º A legitimação aproveita tanto aos filhos, como aos seus descendentes, se os ditos filhos já não existirem.

Art. 121.º Os legitimados por subsequente matrimonio são em tudo equiparados aos filhos legitimos.

É na materia de filiação que o codigo fez mais profundas alterações na nossa lei anterior, não só quanto aos direitos dos filhos, e ás suas differentes classificações, mas até quanto á terminologia. Para os effeitos juridicos da *successão*, distingue o codigo quatro classes de filhos, *legitimos*, *legitimados*, *perfilhados* e *espurios*, não fallando nos *abandonados*, *expostos*, e *filhos de pessoas miseraveis*, em que a distincção não tem importancia senão quanto á *administração* de pessoa e bens.

A divisão muito conhecida no nosso antigo direito em legitimos, naturaes e espurios acabou. Até a palavra «*naturaes*» foi eliminada.

Apenas uma vez, e de certo por esquecimento da commissão revisora, se encontra no codigo a denominação de filhos *naturaes*, que é em o n.º 4.º do artigo 1192.º

A legitimação é um beneficio da lei, que faz considerar como nascidos do matrimonio os filhos nascidos dos dois conjuges antes de casados.

O projecto primitivo, abraçando a doutrina do direito romano, excluia da legitimação os filhos adulterinos, incestuosos e sacrilegos, e assim foi approvado o artigo pela commissão revisora em sessão de 10 de junho de 1860, votando desde logo os srs. Ferrer e Marreca por que os beneficios da legitimação se estendessem aos adulterinos e incestuosos.

Mas posteriormente a commissão revisora, seguindo as doutrinas do direito canonico, e os usos e costumes do povo portuguez, consignou a doutrina que hoje se lê no codigo.

Era realmente inexplicavel e injustificavel, que se permittisse o casamento aos paes que commetteram o crime da copula, e se punisse o delicto nos filhos, fructo innocente d'essa união reprovada!

Até ordinariamente as dispensas para casamento catholico entre individuos que cohabitaram antes da celebração do matrimonio são dadas principalmente para santificar o estado dos filhos.

A *legitimação* não provém do reconhecimento, que serve apenas para prova da filiação e *identidade* do filho, mas da força do matrimonio, em virtude do qual devem ter os direitos de legitimos os filhos dos dois conjuges, havidos antes do matrimonio.

A commissão revisora tomou uma resolução em 13 de novembro de 1862, da qual se mostra que a palavra «*legitima*», empregada na primeira linha do artigo, significa que os filhos ficam legitimados pelo *facto* do casamento.

Os paes podem ser judicialmente obrigados a reconhecer os filhos, e o reconhecimento voluntario póde ser impugnado por quem n'isso tenha interesse.

N.º 1.º, etc. (Vid. artigos 123.º, 2445.º n.º 4.º, 2467.º, 2469.º, 2488.º, 2489.º e 2491.º) Por direito francez o reconhecimento devia ter logar no assento do casamento, ou antes, e nunca depois, para evitar que os conjuges na falta de filhos legitimos se conluiassem para reconhecer, como seus, filhos estranhos, e creassem assim filhos legitimos por consentimento mutuo.

A commissão revisora na sessão acima referida foi para a doutrina do direito francez.

Mas depois voltou á doutrina do projecto, que permittia o reconhecimento tambem depois do matrimonio.

O reconhecimento para a legitimação dos filhos, que, nos termos do artigo 119.º n.º 1.º, parece que só podia ser feito no assento do casamento dos paes, ou do nascimento dos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, póde, como o reconhecimento para a perfilhação, ser feito em qualquer *acto solemne*, ou por qualquer *modo solemne*, artigo 2469.º e § 2.º n.º 2.º

E o que é acto ou modo *solemne*? Em parte nenhuma o codigo o define, mas da redacção do artigo 2469.º se infere que acto *solemne* é o mesmo que acto *authentico*, porque, depois de fallar da escriptura publica e do testamento, refere-se a qualquer *outro* acto solemne, isto é, a acto solemne como a escriptura e o testamento, que são instrumentos authenticos. A palavra *outro* n'este logar significa o mesmo que *igual, que tem a mesma força*, etc.

Em materia tão delicada, como a declaração da paternidade, em que se resumem tantos interesses, não devia deixar-se a prova dependente de documentos, que não tivessem o caracter de authenticidade, e que servissem de garantia que o reconhecimento não era obra de fraude, seducção, ou surpreza.

O filho pelo reconhecimento adquire novo estado, e o estado do homem deve assentar sobre actos, revestidos de todos os caracteres de verdade.

Pelo direito anterior, alem da legitimação, só a perfilhação dos filhos naturaes de pae peão era permittida por auctoridade particular para remover o impedimento politico, que os inhibia de gosarem de certas honras, porque á successão concorriam elles ainda com a prole legitima, provada que fosse a filiação.

Mas os outros filhos illegitimos não podiam ser perfilhados sem auctorisação regia, que significava a dispensa de lei para elles poderem succeder, e ainda assim não ficavam debaixo do patrio poder.

Tendo porém acabado o impedimento politico com a promulgação da carta constitucional, sendo incompativel com a nossa actual organisação politica o permittir-se dispensa de leis ao poder executivo, e sendo a perfilhação um acto puramente de direito civil, consequencia do facto da geração, que carece de ser authenticado, mas que dispensa a authenticidade de diploma expedido pelas secretarias d'estado, o illustrado auctor do projecto acabou com a auctorisação regia, que não trazia senão augmentos de despeza, e adiamento na resolução do negocio, alem de ser uma questão de puro direito civil, por versar sobre direito individual, artigo 3.º

A perfilhação póde ser feita no registo do baptismo, instituição regulada nos artigos 2445.º e seguintes, mas que ainda não está creada.

Que os *nascimentos* podem ser provados nos termos da lei vigente ao tempo da promulgação do codigo, di-lo expressamente o artigo 2443.º

Mas pode-lo-ha ser igualmente a perfilhação? Pelo projecto primitivo não havia duvida, porque no artigo correspondente ao que estamos analysando se empregavam as palavras *assento do baptismo*, em vez de *registo do nascimento*.

O artigo 2443.º não se achava no projecto primitivo; foi introduzido de novo pela commissão revisora. Ora servindo o assento do nascimento para provar a filiação legitima, porque aliás de nada valeria o disposto n'aquelle artigo, e não fazendo a lei distincção, parece-nos que tanto póde provar a filiação legitima, como a illegitima, e portanto a perfilhação.

A prova do *nascimento* é indispensavel, principalmente por causa da filiação, e por isso deve abranger tanto a legitima, como a illegitima.

Crêmos pois que a perfilhação se póde fazer nos assentos de baptismo, emquanto se não organisar o registo civil. A perfilhação póde ser feita antes ou depois de casado o pae perfilhante, artigo 1785.º, assim como antes ou depois do nascimento do filho perfilhado, artigo 6.º

A perfilhação, quando não é feita no assento do nascimento dos filhos, mas em escriptura, testamento ou qualquer outro auto authentico, deve ser averbada, precedendo despacho do juiz do logar onde estiver o registo do assento do nascimento do filho, á margem do mesmo assento, nos termos indicados no artigo 2469.º, incumbindo a obrigação de requerer o averbamento no caso de reconhecimento por testamento ao filho reconhecido, ou ao seu tutor, se for menor ou interdicto, e no caso de reconhecimento em vida ao legitimador.

O artigo 2469.º refere-se ao averbamento tanto dos reconhecimentos para a *legitimação* como dos reconhecimentos para a *perfilhação*, segundo se vê da redacção do principio do artigo 2469.º, e do n.º 2.º § 2.º do mesmo artigo, em que incumbe ao *legitimador* a obrigação de requerer o averbamento.

O codigo, que, para proceder sempre com clareza e evitar confusões, devia usar do termo *reconhecimento*, unicamente para os legitimados por subsequente matrimonio, e do termo *perfilhamento* ou *perfilhação*, para os perfilhados, nos termos do artigo 122.º e seguintes, a final confunde tudo.

No artigo 119.º usa-se do termo *reconhecidos*, para designar os filhos legitimados por subsequente matrimonio, cuja *identidade* se verificou pelo reconhecimento. Mas desde logo se usa da mesma palavra com relação aos perfilhados nos artigos 124.º e 128.º E como synonyma de *perfilhado* se encontra a palavra *reconhecido* nos artigos 1989.º, 1990.º, 1999.º, 2002.º, 2005.º, etc. E as palavras «*reconhecimento dos illegitimos*», empregadas no artigo 2469.º, referem-se evidentemente aos perfilhados.

Por outro lado no artigo 2469.º § 2.º n.º 2.º toma-se a palavra *legitimador* como synonyma de *perfilhante!* Tendo-se attendido no codigo principalmente á redacção grammatical, é indispensavel muitas vezes derivar das mesmas palavras, empregadas em logares differentes, significações tambem differentes.

As regras do artigo 2469.º devem applicar-se indistinctamente ao reconhecimento, para a legitimação, e ao reconhecimento para a perfilhação, devendo entender-se o n.º 1.º do § 1.º do artigo 2469.º unica-

mente do caso de ter sido feito o reconhecimento no assento do casamento, e applicando-se os tres restantes numeros, tanto ao reconhecimento para a legitimação, como ao reconhecimento para a perfilhação.

Pois como ha de o marido requerer o averbamento na legitimação por subsequente matrimonio, se elle fez o reconhecimento por *testamento*, como lhe permitte o artigo 119.º n.º 1.º? Ha de faze-lo n'este caso o interessado. A designação das pessoas, sobre quem pesa a *obrigação* de requerer o averbamento não exclue o *direito* de por si o requererem os interessados, vistoque a falta de *averbamento* nos termos do artigo 10.º do codigo importa a nullidade da legitimação ou perfilhação, e por isso deve ser licito a qualquer interessado o requerê-lo.

Porém o *averbamento* não tem logar sem precedencia de despacho do juiz, artigo 2469.º § 1.º e 2491.º

Com a certidão do auto de perfilhação, ou, no caso de legitimação por subsequente matrimonio, com a certidão de assento de casamento, se n'este se fez o reconhecimento, ou do assento de casamento, e do acto solemne de reconhecimento, quando este se não fez no assento do casamento, mas em acto separado, requer-se ao juiz o averbamento do auto de reconhecimento á margem do assento de nascimento do filho legitimado ou perfilhado.

As palavras *da mesma fórma*, empregadas no § 1.º do artigo 2469.º mostram que tambem para o averbamento de sentenças proferidas em acção de filiação não basta apresentar ao official do registo civil a carta de sentença, mas que é indispensavel alem d'isso despacho do juiz, que mande averbar a sentença.

O juiz, a quem pertence ordenar o averbamento, é o do logar onde se achar o assento do registo civil, porque é o da respectiva jurisdicção do official do registo, e não o do logar onde foi proferida a sentença.

A esse, fosse ou não o juiz da acção, é que ha de apresentar-se a respectiva carta de sentença com o requerimento pedindo que ordene o averbamento.

Para os reconhecimentos, ou tenham por fim a legitimação ou a perfilhação, ha um livro especial, artigo 2445.º n.º 4.º e 2488.º, onde se lançam os assentos de reconhecimento, que não haviam sido feitos no assento de baptismo, onde devem averbar-se, artigo 2469.º e 2491.º

Para o reconhecimento não é indispensavel auto publico, feito expressamente para aquelle fim, ou cujo objecto principal seja o reconhecimento; e assim se tem julgado já nos tribunaes. Póde fazer-se por mero incidente, e até em termos enunciativos, e não dispositivos. Basta, por exemplo, o termo de juramento feito pelo pae no inventario, a simples indicação de filho, que faça o testador na pessoa do legatario, etc. O que é indispensavel é o consentimento do perfilhado, se é maior, o que aliás se não requeria pela legislação anterior, artigos 3.º e 7.º do decreto de 29 de setembro de 1852, e que seja feito por documento publico, de que são diversas *fórmas* os mencionados em os artigos 119.º n.º 1.º, 123.º e 2469.º

Se o reconhecimento for feito em documento particular não cria os direitos estabelecidos no artigo 129.º; mas não é nullo o documento. Póde servir de base para a investigação judicial da paternidade, nos termos do n.º 1.º do artigo 130.º, e até para prova de qualquer obrigação contrahida no mesmo acto, e que não seja dependente de documento publico.

A declaração da perfilhação póde ser feita pelo pae e pela mãe sómente, ou tambem por outros quaesquer parentes?

Ainda que a primeira parte do artigo 2467.º, referindo-se á declaração de paternidade, maternidade ou avoenga, poderia dar logar á duvida se os avós podem tambem perfilhar, é certo que na segunda parte o artigo se refere muito expressamente á declaração do pae ou da mãe, sem fallar dos avós. Provavelmente emprega-se ali a palavra *avoenga*, não porque os avós possam fazer a perfilhação, mas porque os nomes dos avós são declarados no registo do nascimento, n.º 4.º do artigo 2464.º

A declaração de paternidade feita por qualquer parente, como pelo avô, que reconhece um individuo como neto, ou pelo tio, que o reconhece como sobrinho, não dá a esse individuo o direito de perfilhado nem com relação ao parente que o reconhece, ao qual não póde suceder ab intestado por aquelle titulo, mas só por disposição em testamento.

O codigo não reconhece outras perfilhações que não sejam as espontaneamente feitas pelos paes, ou judicialmente requeridas pelos filhos.

As declarações respectivas tanto no registo civil, artigo 2467.º, como em qualquer outro auto publico, hão de ser feitas *pessoalmente* ou por procurador com poderes especiaes, devendo o perfilhante *assignar* o documento, se souber e podér, devendo aliás assignar a seu rogo terceira pessoa.

O artigo 2467.º acaba pois com o costume até agora usado de o parocho lançar no registo civil o nome da mãe do illegitimo sem a sua expressa auctorisação, e unicamente sobre a informação das pessoas, que levavam o recemnascido ao baptismo, systema este que podia produzir inconvenientes.

É porém de notar que a commissão revisora permittiu que o reconhecimento para a legitimação fosse feito em *testamento*, o que não era licito pelo projecto, e assim em presença do disposto no codigo póde verificar-se o reconhecimento já depois da morte dos paes, pela abertura dos testamentos.

Assim, no reconhecimento por testamento, feito por ambos os paes em actos diversos, porque os testamentos de mão commum são prohibidos, que ha de fazer-se pela morte do primeiro dos conjuges?

O reconhecimento deve ser feito por ambos os conjuges, e o testamento ou aberto ou cerrado só tem validade pela morte de cada um dos testadores.

Se pois o sobrevivo se não apressa a reconhecer o filho por acto *inter vivos* em seguida á morte do predefunto, não póde o filho ser considerado na partilha dos bens d'este: mas por fallecimento do ultimo dos paes vem reclamar todos os direitos que lhe pertenceriam desde a data do matrimonio.

2) Os filhos, assim como podem intentar acção de *perfilhação* nos termos dos artigos 130.º e 133.º, podem igualmente intentar a competente acção para serem julgados legitimados.

Porém se os filhos adulterinos e incestuosos não podem intentar a acção de *perfilhação* por força do disposto no artigo 122.º, não são inhibidos de propor a acção de *legitimação*, visto o principio do artigo 119.º, e mesmo porque o § 2.º não lhes torna applicavel o disposto no artigo 132.º, se porventura conseguirem dispensa para o casamento catholico as pessoas comprehendidas no § 2.º do artigo 122.º Para casarem civilmente não podem obter dispensa, artigo 1073.º, e para casarem catholicamente tambem a não poderão obter, a não se darem circumstancias muito extraordinarias.

§ 1.º, etc. (Vid. artigos 126.º a 128.º) O reconhecimento e a perfilhação criam herdeiros *legitimarios*, prejudicando assim, não só os col-

laterães e ascendentes de quem fez o reconhecimento, mas até os seus proprios descendentes, cuja quota legitimaria fica diminuida com a entrada de novos herdeiros legitimarios no seio da familia.

Portanto o filho que intentar a acção de legitimação ou de perfilhação deve fazer citar, alem do pretenso pae, os que ficam *immediatamente* prejudicados, julgando-se procedente e provada a acção, artigo 128.º

O filho maior não póde ser perfilhado sem o seu consentimento, artigo 126.º Ainda que a perfilhação é em regra favoravel ao filho, *invito non datur beneficium*, e se o reconhecimento dá direitos ao filho, impõe-lhe tambem a obrigação de legitima, de alimentos, e muitas outras; e a ninguem podem impor-se obrigações contra sua vontade.

Se o filho é menor na occasião da perfilhação, não póde intervir n'este acto, como incapaz de obrigar-se, mas póde reclamar depois de chegar á maioridade ou de ser emancipado, para o que se lhe dão quatro annos, termo breve, porque tende á renuncia do que ordinariamente se considera um beneficio.

Porém o consentimento na perfilhação não o inhibe de em qualquer tempo reclamar o estado de legitimo, cujo direito é imprescriptivel nos termos do artigo 111.º, podendo munir-se das provas prescriptas nos artigos 114.º a 116.º e 119.º § 2.º Não póde vindicar outra paternidade illegitima, depois de ter concordado expressa ou tacitamente na perfilhação, mas não fica prejudicado o seu direito de em qualquer tempo usar da acção de *legitimidade* ou de *legitimação*.

Cremos que não póde seguir-se outra opinião, em vista do disposto no artigo 111.º

O filho, perfilhado na menoridade, e que não consente na perfilhação, é obrigado depois de maior, para renunciar a este estado, a propor em juizo acção pela qual prove que não é filho, ou basta-lhe *declarar* que não aceita a perfilhação?

Se bastasse a simples declaração do filho de que reclamava contra a perfilhação, teria o codigo usado no artigo 127.º da mesma redacção que empregou no artigo 18.º § 2.º, quando permittiu ao menor o reclamar, depois da maioridade ou da emancipação, a declaração feita por seu pae ou tutor de que elle não queria ser cidadão portuguez.

As palavras *impugnar* e *impugnação*, que vem nos artigos 127.º e 128.º, substituem as palavras *reclamar* e *reclamação*, que vinham nos artigos correspondentes do projecto primitivo, e nas edições posteriores da commissão revisora, de 1863 e 1864, apparecendo a substituição só na edição de 1865, que foi apresentada pelo governo como projecto de lei ás côrtes; mas a differença nos termos não significa de certo diversidade no pensamento. Porém em que condições ha de o filho propor a acção de impugnação de perfilhação? Estará a acção restricta a certas e determinadas provas? Não de certo.

O filho que não póde propor a acção de legitimação ou de perfilhação senão nos precisos termos do artigo 130.º, para a impugnação póde servir-se de qualquer genero de provas, visto o silencio do codigo.

O codigo estabelece grande desigualdade quanto á impugnação da perfilhação, segundo o filho é maior ou menor. Se o filho é maior basta a simples *recusa* d'este para não proceder a perfilhação. Se é menor só póde impugna-la depois, propondo em juizo uma acção para provar que não é filho do perfilhante, e todos sabem as difficuldades e despezas a que é sujeita similhante prova.

Se o perfilhado quizer impugnar a perfilhação com o fundamento de ser adulterino e incestuoso, póde a prova assentar sobre factos torpes e immoraes que denunciem ao publico grandes escandalos.

Porém não ha duvida que o perfilhado na menoridade não póde depois renunciar á perfilhação por uma simples recusa.

A *impugnação* tem o caracter de acção judicial, desde que póde ser contestada por todos aquelles que n'isso tiverem interesse, artigo 128.º, e os primeiros interessados na contestação podem ser os proprios paes perfilhantes.

Parece pois que a posição do menor, longe de ser mais favorecida, é mais aggravada que a do maior. O maior obsta á perfilhação com a simples recusa. O menor tem de recorrer a uma acção judicial, e de sujeitar-se ás despezas, delongas e riscos do processo.

Quaes serão as rasões d'esta differença? Não podem ser outras senão as seguintes: os paes, que deixam chegar o filho á maioridade, sem o reconhecerem, não devem ter o direito de lhe sairem ao encontro, quando já é homem e está com posição e fortuna, e de o obrigarem aos deveres filiaes para com os seres que lhe descuraram a infancia, ou que pelo menos até então lhe recusaram o nome.

O que houver de verdadeiro amor no reconhecimento póde o filho avalia-lo e gradua-lo, consentindo na perfilhação. O que houver de especulação póde tambem o filho julga-lo e repelli-lo, negando o consentimento.

Com relação ao menor se lhe fosse licito renunciar pela sua simples vontade, depois de chegar á maioridade, a perfilhação feita na menoridade, depois de se ter aproveitado dos carinhos e cuidados do pae durante a menoridade, viria a lei a sancciqnar actos de ingratidão, que o legislador, longe de favorecer, deve condemnar. E rarissimos serão os factos de perfilhação na menoridade, sem que ao pae assista a convicção da paternidade.

Em algumas legislações é questionado se a perfilhação póde ser feita validamente por um menor.

Mas entre nós não póde ser objecto de duvida este ponto. O menor não póde contrahir validamente obrigações, senão nos casos expressamente determinados na lei, artigo 98.º, nos quaes se não comprehende a perfilhação; e esta não póde ser auctorisada pelos seus superiores legitimos, cujas funcções se limitam a reger e administrar a *pessoa* e *bens* do menor.

O disposto nos artigos 126.º e 128.º deve applicar-se em toda a sua amplitude á legitimação? Entendemos que sim, por analogia, mas em harmonia com o disposto no § 1.º do artigo 119.º

O primeiro que póde ter interesse em impugnar a legitimação é o proprio filho, e depois os seus herdeiros legitimarios.

Cremos porém que o filho em caso nenhum póde renunciar á legitimação pela simples recusa, e que carece, ou fosse legitimado na maioridade ou na menoridade, de a impugnar por acção judicial.

A perfilhação póde escusar-se pela simples recusa, porque o acto do pae póde envolver uma especulação. Porém a legitimação resulta, menos do acto do reconhecimento, do que do facto do matrimonio; e não só os filhos e os paes, mas tambem a sociedade *interessa* na legitimação dos filhos.

Os legitimados na menoridade, como os perfilhados, têem quatro annos depois da maioridade ou da emancipação, para poderem impugnar a legitimação.

Dá-se-lhes o praso de quatro annos, porque elles podiam ter ignorado o facto da legitimação ou perfilhação, e com este periodo suppríme-se o determinado n'alguns codigos, que marcam o praso desde a *noticia* da perfilhação. O periodo de quatro annos, ainda depois da maioridade, é bastante para presumir sciencia do facto.

1.º, etc. (Vid. artigos 120.º, 121.º e 1988.º) Por isso que a legitimação resulta do facto do matrimonio, os legitimados por subsequente matrimonio, como dispõe o artigo 121.º, e escusadamente repete o artigo 1988.º, são equiparados aos legitimos; e os effeitos da legitimação começam, não desde o acto do reconhecimento como aliás estabelecia o projecto primitivo, quando o reconhecimento era posterior ao matrimonio, mas desde a celebração do casamento.

Ainda que o reconhecimento seja posterior á morte dos paes, como na hypothese de ter sido feito em testamento, todos os direitos deferidos aos filhos dos paes legitimantes, ou aos proprios paes, desde o casamento d'estes aproveitam aos legitimados, por serem em tudo equiparados aos legitimos, e inclusivamente, se já não existirem, aproveitam aos seus descendentes, artigo 120.º

É justo dar a legitimidade aos filhos d'aquelle que em sua vida esteve d'ella privado.

Por este modo a lei conserva na familia bens que aliás passariam a estranhos, e repara até certo ponto o aggravo, que o avô fizera á memoria do pae por um silencio demasiadamente largo, e cujo effeito havia sido arrebatar-lhe o estado.

Porém o filho mais velho na idade, e mais novo na legitimidade, não tira os direitos de primogenitura ao mais novo em idade, e mais velho na legitimidade.

Os filhos legitimados por subsequente matrimonio, comquanto equiparados aos legitimos, não gosam dos effeitos da legitimação, senão desde o matrimonio.

Por exemplo: Pedro teve um filho illegitimo de Maria, casa depois com Anna de quem teve um filho legitimo, morreu Anna, e elle passa a segundas nupcias com Maria; o filho que tiveram fica legitimado, mas não é o filho primogenito de Pedro, porque se reputa nascido do matrimonio de Pedro com Maria, que foi posterior ao casamento de Pedro com Anna.

Esta doutrina sobre a primogenitura perdeu muita da sua importancia, com a abolição dos morgados e dos prazos de vidas. É porém ainda applicavel em differentes hypotheses do codigo civil, e tem valor para certos effeitos civis, como para exercer o direito de tutor, artigo 200.º n.º 4.º, o de cabeça de casal, artigo 2068.º n.º 3.º

Tem igualmente effeitos politicos, porque o successor no pariato ha de ser o filho mais velho na legitimidade, comquanto mais novo na idade.

A doutrina de que a primogenitura se regula pela antiguidade na legitimidade, e não na idade, era já admittida no nosso direito anterior. O codigo não fez mais de que reconhece-la expressamente.

O projecto de codigo do processo estabelece nos artigos 223.º a 225.º o processo para exigir do filho perfilhando o consentimento na perfilhação, e para serem ouvidos todos os que tiverem interesse em impugnar o consentimento ou a recusa do perfilhando; e no artigo 224.º contenta-se com o consentimento *tacito* do perfilhado para proceder a perfilhação, emquanto determina que esta seja julgada por sentença, se elle não comparece ou não contesta.

É a doutrina que deduzimos d'aquelles artigos, que carecem de nova redacção, para não darem logar a sustentar-se, como é muito possivel, que o filho maior póde ser judicialmente perfilhado, mesmo contra sua vontade, ou sem o seu expresso consentimento.

SECÇÃO IV

DOS FILHOS PERFILHADOS

Art. 122.º Podem ser perfilhados todos os filhos illegitimos, excepto:

1.º Os filhos adulterinos;

2.º Os filhos incestuosos.

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

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

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

2.º Os filhos de parentes por consanguinidade até o segundo grau inclusivè da linha transversal.

(Vid. artigos 124.º, 125.º e 132.º) O codigo com rasão proscreveu a *adopção*, muito usada em direito romano, de que ainda havia vestigios na nossa legislação anterior, mas que estava ha muito tempo fóra dos nossos habitos e costumes. Não ha rasão para que a lei substitua uma paternidade ficticia á paternidade natural, reconhecendo como filho legal o que o não é por natureza.

O adoptante tem muitos meios de manifestar ao adoptado o seu amor, a sua gratidão, estima ou sympathia, sem ser pela adopção. Por isso perdeu o tempo o nosso legislador estabelecendo ainda no regulamento de 2 de dezembro de 1869 o imposto de sêllo para os alvarás de adopção e de legimitidade.

Com rasão se prohibe a perfilhação dos filhos incestuosos e adulterinos, porque o reconhecimento dos filhos havidos de cohabitação tão repugnante causaria grave escandalo; e parece preferivel a condição de filho de paes incognitos á de ser reconhecido publicamente como filho de adulterio ou de incesto.

Nada mais repugnante do que permittir-se ao irmão o reconhecimento do filho que teve da irmã, ao pae o reconhecimento do filho que teve da filha, e ao homem solteiro ou casado o reconhecimento do filho havido de mulher que na epocha da concepção estava ligada a outro pelos laços matrimoniaes!

Porém o artigo 124.º, dir-se-ha, vem desfazer ou annullar o disposto no artigo 122.º Effectivamente desde que o pae perfilhante não tem obrigação, nem mesmo o direito de revelar o nome da pessoa de quem houve o filho reconhecido, está aberta a porta ao reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Póde o pae perfilhar o filho que teve da filha, o irmão o filho que teve da irmã, a mulher solteira o filho que teve de homem casado, etc.

Porém o codigo prohibe a perfilhação dos filhos incestuosos e adulterinos unicamente para evitar o escandalo do reconhecimento publico de tão repugnante cohabitação.

Permittindo o reconhecimento isolado com o mais profundo segredo evita o mal do escandalo, e favorece quanto possivel o innocente fructo de uma união criminosa.

O irmão póde perfilhar o filho havido da irmã; mas, como no acto da perfilhação não declarou a pessoa de quem o houvera, beneficiou o filho sem produzir o escandalo. O mesmo dizemos da mãe solteira ou viuva, que teve um filho de homem casado, e que encobre o nome do pae no acto da perfilhação. Aqui entra a regra de que vale mais para a sociedade tolerar o que ignora, do que saber o que deve castigar.

Convem observar que alguns jurisconsultos, e muito distinctos, seguem a doutrina de que os filhos havidos por pessoa casada de outra que não seja o seu consorte, são adulterinos unicamente com relação á pessoa casada, e não com relação ao outro progenitor, e até deduzem argumento para justificarem a sua opinião da propria redacção do § 1.º d'este artigo nas palavras: «*havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra*, etc.».

Já os nossos doutores, em vista do direito anterior, de certo com a mira no interesse dos filhos, marcavam aos nascidos de coito damnado differentes relações juridicas com o pae, por cujo lado o coito era damnado, e com o pae por cujo lado o coito não era punivel.

Não póde porém acceitar-se similhante opinião em face da lei. A qualidade de filho adulterino resulta de ter intervindo na sua procreação pessoa ligada a outrem pelos vinculos matrimoniaes. O vicio do nascimento resulta d'essa intervenção, e por isso o nascido é tão adulterino com relação a um como ao outro dos paes. Se se não attendesse ao facto da copula em si não haveria tambem rasão para considerar o nascido como pessoa estranha com relação ao pae, que ao tempo da concepção não estava livre para casar.

A redacção do § 1.º não póde auctorisar a interpretação que querem dar-lhe, Goyena, em a nota ao artigo 123.º do projecto de codigo hespanhol, considera adulterino com relação á mãe o filho havido por mulher solteira ou viuva de homem casado. E já a nossa ordenação, livro IV, titulo XCIII, collocava os filhos de coito damnado nas mesmas relações juridicas para com ambos os paes, sem distinguir entre o pae por cujo lado o coito era punivel, e o pae por cujo lado o coito era apenas illicito.

Pelo nosso codigo penal, artigos 401.º e 402.º, no caso de adulterio da mulher casada, o co-réu adultero incorre na mesma pena que a adultera; e tal solidariedade ha no delicto que o marido offendido não póde querelar senão contra ambos os co-réus conjunctamente, se forem ambos vivos, assim como o perdão dado a um extingue o procedimento criminal com relação ao outro.

A perfilhação de filhos adulterinos e incestuosos é prohibida, ou seja voluntaria ou judicial, artigo 132.º Era inutil a prova da filiação incestuosa e adulterina, sendo prohibida a perfilhação n'estas circumstancias, pela regra *frustra probatur quod probatum non relevat*. Os filhos de cunhados podem ser perfilhados, artigo 122.º n.º 2.º, assim como os paes podem casar civilmente; porque o parentesco por affinidade em linha collateral não é impedimento ao casamento não catholico, artigo 1073.º

Porém se o pae perfilhante no reconhecimento isolado deve occultar o nome da pessoa de quem houve o filho, não é este sujeito á mesma restricção na acção judicial, em que ou a tente contra a mãe ou contra o pae, póde revelar o nome do outro progenitor; revelação que lhe póde até ser necessaria, ou antes de que poucas vezes poderá prescindir na investigação da paternidade para prova da acção.

Sempre que se impugne ou conteste a perfilhação, nos termos dos artigos 127.º e 128.º, póde tambem invocar-se ou provar-se o nome do outro progenitor, se assim convier, porque o codigo não o prohibe.

No reconhecimento *voluntario* feito isoladamente por um dos paes é que é prohibido, artigo 124.º, revelar o nome do outro progenitor.

Porém na impugnação da perfilhação, ou na contestação d'essa impugnação, ou na acção de investigação de paternidade illegitima, não ha disposição que restrinja a largueza da prova, e para estes casos não póde invocar-se analogia do disposto no artigo 124.º

Os que sustentam a opinião que combatemos laboram n'um equivoco, filho da errada interpretação que dão aos artigos 124.º, 125.º e 132.º Entendem que, desde que ao pae perfilhante não é licito revelar o nome do outro progenitor no reconhecimento isolado, tambem não póde fazer essa revelação quem impugna ou contesta, nos termos dos artigos 127.º e 128.º; e applicam erradamente aos meios de defeza ou de impugnação de um reconhecimento ou de uma acção de filiação o que o artigo 132.º determina com relação á *acção directa* da investigação de paternidade ou de maternidade. Ora o artigo 132.º prohibe a acção de investigação da paternidade ou maternidade dos filhos adulterinos e incestuosos, mas não prohibe essa investigação como meio de defeza, ou como impugnação de um reconhecimento.

O artigo 125.º estabelece uma condição com respeito ao pae perfilhante, como os artigos 123.º e 124.º estabelecem condições com relação á fórma da perfilhação; mas todos estes artigos se referem só á perfilhação dos filhos perfilhaveis, nos termos do artigo 122.º

O artigo 125.º abre, é verdade, a porta ao reconhecimento dos filhos adulterinos por aquelle dos paes que ao tempo da concepção era habil para contrahir matrimonio, assim como ao reconhecimento dos incestuosos por aquelle dos paes que primeiro fizer a perfilhação.

E esta perfilhação subsiste e produz effeitos juridicos emquanto não for impugnada; mas fica sem effeito logoque seja julgada procedente e provada a acção de impugnação, e declarado incestuoso ou adulterino o filho perfilhado. Se assim não fôra, o artigo 125.º era a destruição do determinado no artigo 122.º

Seria altamente absurdo que se considerasse nulla a perfilhação, quando das *simples* declarações do pae perfilhante se evidenciasse que o filho era incestuoso ou adulterino, e que subsistisse a perfilhação quando por sentença transitada em julgado a requerimento do marido ou de seus herdeiros contra a mulher adultera ou contra o proprio filho, nos termos do artigo 103.º, se mostrasse que o filho era adulterino.

Desde que para a perfilhação, feita em acto isolado, ser valida basta que o pae perfilhante estivesse livre ao tempo da concepção para contrahir matrimonio, podem ser perfilhados por ambos os paes, mas separadamente, até os incestuosos em linha recta, sempre que cada um dos paes fosse absolutamente habil para contrahir matrimonio no presumido momento da concepção.

O legislador, estabelecendo o preceito consignado no artigo 125.º, partiu da presumpção do que é mais natural, isto é, de que o filho havido por pessoa que era habil para casar ao tempo da concepção não era incestuoso nem adulterino, visto ignorar-se o nome do outro progenitor; mas esta presumpção cede á verdade logoque se prove que o coito foi *damnado*, na phrase da velha ordenação, ainda que não reprovado pelo lado do pae que pretende fazer a perfilhação.

Se o pae perfilhante era habil para contrahir matrimonio durante o tempo da concepção nos termos do artigo 101.º, a perfilhação é permittida, porque *a lei*, diz o projecto de codigo hespanhol, *presume para este caso que o filho é natural*.

As leis da natureza não variam o seu curso por o filho ser ou não

legitimo. O periodo dos cento e oitenta e dos trezentos dias, favoravel á filiação legitima, deve sê-lo igualmente á illegitima. É pois rasoavel applicar á filiação illegitima as regras prescriptas para a filiação legitima quanto ao periodo regular da gestação.

A pessoa ligada por voto religioso póde perfilhar filhos concebidos em tempo em que não podia contrahir matrimonio, ou só o pae, por cujo lado o coito não é sacrilego, póde effectuar a perfilhação, ou nenhum dos paes a póde fazer?

Estarão os filhos sacrilegos sujeitos, em vista do artigo 125.º, á mesma inhibição de serem perfilhados, que os adulterinos e incestuosos, nos termos do artigo 122.º?

A commissão revisora tinha introduzido alterações muito importantes no projecto primitivo, sobre o ponto da perfilhação, e todos em sentido liberal, não só admittindo a perfilhação de quaesquer filhos, que não fossem adulterinos e incestuosos, mas restringindo a classe dos incestuosos; e em vista do projecto feito pela commissão revisora não havia duvida de que as pessoas ligadas por voto religioso podiam perfilhar os seus filhos.

Porém a commissão de legislação da camara dos deputados additando o artigo 1058.º do projecto da commissão revisora com o disposto em o n.º 5.º, e deixando subsistir sem alteração o artigo 125.º, creou duvidas grandes n'este ponto.

Podem ser perfilhados os filhos sacrilegos, mesmo pelo pae, por cujo lado o coito é damnado?

O artigo 122.º é tão claro e expresso, que não deixa duvida alguma a este respeito. Só os adulterinos e incestuosos, diz o artigo, é que não podem ser perfilhados.

A commissão revisora eliminou a doutrina do projecto primitivo, onde era prohibida a perfilhação dos sacrilegos; e nem definindo sequer o que eram filhos sacrilegos que, nos termos da lei anterior, andavam sempre equiparados aos adulterinos e incestuosos, mostrou assim bem claramente que estes filhos não são affectados de vicio algum de origem, que os faça destacar da regra geral de filhos illegitimos, e colloca-los nas excepções que se abriram para os adulterinos e incestuosos. Porém as duvidas levantadas contra esta doutrina nascem do determinado em o n.º 5.º do artigo 1058.º depois do que se achava disposto no artigo 125.º, que exige, para que a perfilhação seja feita isoladamente por um dos paes, que este fosse habil para contrahir matrimonio ao tempo da concepção do filho.

É preciso antes de tudo notar que o principio da perfilhação está consignado clara e expressamente no artigo 122.º, não devendo considerar-se os artigos seguintes como modificações ou excepções áquelle principio, mas sim como as *fórmas* reguladoras da execução do preceito.

Pelo projecto da commissão revisora apresentado ás côrtes não havia duvida sobre a perfilhação dos filhos sacrilegos, ainda pelo pae, por cujo lado o coito era damnado, porque a ordem ou o voto solemne não eram impedimentos, nem dirimentes, nem impedientes, á celebração do casamento civil.

Em virtude porém das modificações feitas nas côrtes, a ordem e o voto solemne são impedimentos impedientes á realisação do casamento civil. Mas ainda assim alguns argumentam que o additamento do n.º 5.º ao artigo 1058.º não fez variar a questão, porque este artigo não trata dos *inhabeis* para contrahirem matrimonio, mas d'aquelles a quem elle é prohibido, e que, contrahindo-o apesar da prohibição, o contrahem validamente.

Dizem que, se a condição indispensavel para a perfilhação é a *habilidade* para contrahir matrimonio na epocha da concepção do filho perfilhando, os paes podem perfilhar os seus filhos sacrilegos, porque a lei os não declara *inhabeis* para contrahirem matrimonio, alias teria mencionado o impedimento no artigo 1073.º, onde se trata dos inhabeis para contrahir matrimonio, e não no artigo 1058.º, onde se mencionam aquelles a quem o casamento é apenas prohibido, mas cujo casamento é válido apesar da prohibição da lei, se chega a effectuar-se.

Para nós o primeiro ponto a averiguar é o alcance da significação da palavra *habil* empregada no artigo 125.º Pela palavra *habil* designará o codigo apenas a capacidade *physica*, ou tambem a capacidade *legal*?

Crêmos que o codigo quiz n'este artigo com o emprego de similhante vocabulo significar a capacidade legal e physica conjunctamente, e que o pensamento do legislador fôra prohibir a perfilhação quando o perfilhante não estivesse *livre*, como diz o projecto do codigo hespanhal, para contrahir matrimonio.

O codigo tratou de regular nos artigos 124.º e 125.º a perfilhação feita por um só dos paes, de modo a evitar o escandalo da revelação do nome do outro pae, e por isso exige só o absolutamente indispensavel para a perfilhação proceder. O codigo contenta-se, ou *basta-lhe*, que o perfilhante na epocha presumida da concepção do filho fosse habil para contrahir matrimonio, contrato que elle não poderia celebrar se não tivera a capacidade physica e legal.

A redacção do artigo 125.º com o emprego da palavra *basta* prova que a *habilidade* para o matrimonio na epocha da concepção do perfilhando é igualmente indispensavel na perfilhação feita por ambos os paes; e as rasões de decidir são as mesmas em ambos os casos.

O pensamento do codigo foi permittir, no reconhecimento feito por um só dos paes, a perfilhação de todo e qualquer filho, por mais criminoso que fosse o coito d'onde elle tivesse provindo.

Não é necessaria porém para a perfilhação a capacidade *legal* que se exige para o matrimonio, porque os parentes em terceiro grau na linha collateral, que são *inhabeis* para entre si contrahirem matrimonio, salvo obtendo dispensa, artigo 1073.º n.º 3.º, são todavia *habeis* para perfilhar em commum o filho, em vista da expressa e inequivoca disposição do artigo 122.º § 2.º

Póde porventura admittir-se que não possam perfilhar os filhos os paes, a quem o matrimonio é apenas prohibido, mas que é válido se chegam a effectua-lo, e que possam perfilha-los os parentes em terceiro grau, a quem não só é prohibido o casamento, mas que é nullo se o celebrarem sem dispensa do governo?

Se os paes estivessem inhibidos de perfilhar os filhos por terem contra si um impedimento impediente, pela mesma rasão o tutor ou o seu descendente não poderia perfilhar o filho havido da pessoa tutelada, durante a tutela, e antes de approvadas as contas d'esta, artigo 1058.º n.º 2.º; nem o que fosse menor de vinte e um annos ao tempo da concepção poderia tambem perfilhar o filho, artigo 1058.º n.º 1.º; o que importaria a revogação do artigo 122.º

O certo é que a commissão revisora não negava a perfilhação aos filhos sacrilegos, nem admittia, como classe distincta e especial, os filhos nascidos de coito sacrilego. O pensamento da commissão de legislação da camara dos deputados foi apenas prohibir o *casamento*, e não a *perfilhação*, aos individuos ligados por voto religioso, e tanto que a doutrina da commissão revisora sobre perfilhação foi conservada sem a mais leve alteração, e mal póde comprehender-se, sem a

disposição estar expressa na lei, que o nosso legislador quizesse marcar restricções anti-liberaes, não admittidas no direito anterior, porque antes da promulgação do codigo civil ninguem duvidava de que os padres podiam perfilhar os seus filhos sacrilegos.

Porém se póde haver alguma duvida a respeito da perfilhação dos filhos sacrilegos pelo pae por cujo lado o coito é damnado, nenhuma póde haver com relação ao outro progenitor. Este póde fazer a perfilhação, e ninguem póde impugnar esse acto com o fundamento de que o filho é sacrilego, porque a lei não prohibe a perfilhação d'esta qualidade de filhos.

Pelo contrario a perfilhação feita por mulher solteira de filho, havido de homem casado, ainda que ella occulte, como tem de occultar, o nome do pae, póde ser impugnada com o fundamento de que o filho é adulterino, porque a lei prohibe a perfilhação d'esta qualidade de filhos.

Os filhos incestuosos ou adulterinos por nenhum dos paes podem ser perfilhados, logoque se descubra e se prove a natureza da copula. Nos adulterinos não ha perigo nenhum de se verificar a perfilhação por aquelle dos paes por cujo lado o coito era reprovado, visto que o perfilhante tem que provar que ao tempo da concepção era habil para contrahir o matrimonio.

Com relação aos incestuosos porém não acontece o mesmo. Como já dissemos, o pae póde perfilhar o filho que teve de sua filha, e o irmão o que teve da irmã, sem poder obstar-se á perfilhação.

A rasão é porque o impedimento do pae adulterino conhece-se unicamente pelo seu estado, independentemente de se averiguar o nome da pessoa de quem teve o filho. Pelo contrario o incesto não póde apreciar-se sem se saber quem foi o pae e a mãe do perfilhando.

Quando a perfilhação é feita conjunctamente pelo pae e pela mãe, é fóra de duvida que se revela o nome de ambos os paes; mas, ou seja feita conjuncta ou separadamente, não é permittida ao pae que não era habil para contrahir matrimonio ao tempo da concepção do filho.

Escusado é dizer que a contagem dos graus se faz n'esta hypothese segundo o direito civil, e não conforme o direito canonico.

O disposto no artigo 124.º quasi que exclue a perfilhação isolada do pae quando, para determinar a identidade do filho perfilhando, se não poder prescindir de revelar o nome da mãe, ou de indicar circumstancia, por onde esta venha a conhecer-se.

Se o pae, receiando a morte antes do nascimento do filho, pretende perfilhar o nascituro, o que lhe é permittido em vista do que dissemos em a nota ao artigo 6.º, não póde faze-lo senão em acto conjuncto com a mãe, porque n'esta especie é absolutamente impossivel a designação do filho sem a indicação da mãe.

A perfilhação em acto isolado, com revelação do nome do outro pae, é nulla em vista do artigo 10.º, e bem terminantemente o declarou o illustrado auctor do projecto nas suas polemicas com o distincto jurisconsulto o sr. Moraes Carvalho.

No caso pois da mãe não acceder á perfilhação conjunctamente, e de o pae ter herdeiros, cuja existencia o inhiba de dispor de todos os seus bens a favor do filho, não tem outro recurso senão declarar por escripto a sua paternidade para o filho poder intentar contra elles a acção de investigação da paternidade illegitima.

Esta restricção do codigo foi dictada de certo no intuito de obviar ao escandalo, que poderia produzir a declaração de um dos paes, indicando o nome do outro, sem o consentimento d'este.

Desde que se prohibiu em regra a investigação da paternidade illegitima, artigo 130.º, não podia permittir-se o reconhecimento isolado com a designação do nome ou de circumstancias que revelassem o nome do outro pae.

Se o outro dos paes já tinha feito a perfilhação por qualquer dos modos indicados em a nota ao artigo 119.º, não é nulla a perfilhação posterior com a revelação do nome do pae primeiro perfilhante, que elle mesmo já tinha publicado. É a doutrina que naturalmente se deriva do espirito do artigo 124.º

O codigo não prescreve expressamente, como o projecto do codigo hespanhol, talvez por o julgar desnecessario, a prohibição ao parocho ou tabellião de escrever, no reconhecimento isolado, o nome do outro pae, ou circumstancias que o dêem a conhecer.

Todavia melhor teria andado o legislador impondo penas, como o referido projecto do codigo hespanhol, ao parocho, official do registo civil, ou tabellião que taes declarações escrevesse, do que fulminar o acto com a pena de nullidade em harmonia com a prescripção do artigo 10.º

Art. 123.º A perfilhação póde ser feita por ambos os paes de commum accordo, ou por qualquer d'elles separadamente, comtantoque seja no registo do nascimento ou em escriptura, testamento ou auto publico.

(Vid. nota ao artigo 119.º)

Art. 124.º Quando o pae ou a mãe fizerem o reconhecimento separadamente, não poderão revelar no documento da perfilhação o nome da pessoa de que houveram o filho reconhecido, nem indicar circumstancias por onde essa pessoa venha a conhecer-se.

Art. 125.º Basta, para que esta perfilhação seja feita por um dos paes separadamente, que o perfilhante fosse habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos, que precederam o nascimento do filho.

(Vid. nota ao artigo 122.º)

Art. 126.º O filho maior não póde ser perfilhado sem consentimento seu.

Art. 127.º Se o perfilhado for menor, poderá impugnar a perfilhação, dentro dos quatro annos immediatos á sua emancipação ou maioridade.

Art. 128.º Tanto o reconhecimento do pae ou da mãe, como a impugnação do filho, podem ser contestados por todos aquelles que n'isso tiverem interesse.

(Vid. nota ao artigo 119.º)

Art. 129.º Os perfilhados espontaneamente, ou por sentença, adquirem os direitos:

1.º De usar dos appellidos de seus paes;

2.º De serem alimentados por elles;

3.º De succederem a seus paes ou haverem parte na herança, conforme o que vae disposto nos artigos 1989.º a 1992.º

No projecto do sr. Seabra vinha este ultimo artigo depois da doutrina relativa á investigação da paternidade illegitima, o que era rasoavel, porque os seus preceitos são applicaveis tanto á perfilhação voluntaria, como á judicial.

Os effeitos da perfilhação não são os mesmos que os da legitimação. Os filhos legitimados são em tudo equiparados aos legitimos, e os perfilhados gosam apenas dos direitos que a lei expressamente lhes confere.

Note-se porém que os filhos perfilhados não gosam só dos direitos designados n'este artigo. O artigo menciona apenas os direitos, de que elles gosam com relação aos paes. Porém os filhos perfilhados têem outros direitos com relação á familia dos paes, como o de serem alimentados pelos irmãos, artigo 175.º, e de succederem aos transversaes, nos termos dos artigos 2002.º e 2005.º

E por uma singular incoherencia, já estabelecida no projecto primitivo, e que a commissão revisora não removeu, não succedem os perfilhados aos ascendentes de segundo grau e seguintes, artigos 1989.º e 1992.º, succedendo-lhes aliás aquelles pela expressa disposição do artigo 1999.º!

Quanto aos effeitos juridicos porém, é preciso attender á *fórma* e á *epocha* da perfilhação.

Os perfilhados judicialmente não estão sujeitos ao patrio poder, artigo 166.º A lei não confia que zelem a pessoa dos filhos aquelles que negaram a qualidade de pae, sendo obrigados a reconhece-la por uma decisão judicial. Os perfilhados depois do matrimonio não gosam na successão das mesmas vantagens que os perfilhados anteriormente, artigos 1785.º e 1814.º Estes são mais favorecidos.

Pela sua parte os filhos perfilhados estão sujeitos a obrigações, como ao patrio poder, no caso de reconhecimento voluntario; e a obrigação dos alimentos e successões é reciproca, salvo com relação aos ascendentes de segundo grau e seguintes, que, como vimos, são mais favorecidos em materia de successões do que os filhos perfilhados.

Os que não são perfilhados não gosam de direitos alguns: consideram-se estranhos á familia, artigo 135.º, salvo o direito a alimentos e sujeição ao tutor designado pelos paes em casos particulares, artigos 279.º e seguintes.

SECÇÃO V

DA INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE ILLEGITIMA

Art. 130.º É prohibida a acção de investigação de paternidade illegitima, excepto nos casos seguintes:

1.º Existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade;

2.º Achando-se o filho em posse d'estado, nos termos do artigo 115.º;

3.º No caso de estupro violento ou de rapto, coincidindo a epocha do nascimento, nos termos indicados no artigo 101.º, com a epocha do facto criminoso.

O codigo francez prohibe a investigação da paternidade illegitima, salva a excepção reconhecida em o n.º 3.º d'este artigo.

A paternidade não póde provar-se physicamente, nem no matrimonio, onde resulta de uma persumpção, que assenta apenas na promessa de mutua fidelidade e na cohabitação dos conjuges.

Na cohabitação extra-matrimonial essa presumpção é muito mais fallivel. Por isso, provada que seja a copula carnal, é preciso ainda averiguar se o filho foi o fructo d'essa copula.

Eis a rasão porque o codigo só por excepção permitte a acção de investigação da paternidade illegitima, ou para o effeito de completar um reconhecimento imperfeito e menos solemne, como nos dois primeiros casos do artigo, ou na hypothese de ter havido um facto que produziu escandalo, que pouco póde ser aggravado pela investigação da paternidade, como no terceiro caso.

A coincidencia da epocha da concepção com a perpetração dos delictos, previstos em o n.º 3.º do artigo, é elemento importante de presumpção da paternidade contra os auctores dos factos criminosos, incumbindo todavia aos tribunaes a apreciação de todas as circumstancias que desvaneçam, attenuem ou completem a força d'aquella presumpção, de modo que a declaração da paternidade fica sempre ao arbitrio justificado e prudente do juiz.

Não basta a prova do facto mencionado em o n.º 3.º do artigo para se julgar provada a paternidade. A coincidencia do rapto ou estupro com o facto da concepção serve para se poder intentar a acção de investigação da paternidade illegitima, e é começo de prova d'essa mesma paternidade; mas não é prova provada que dispense os outros elementos indispensaveis para vingar a acção.

Alem de se provar que o phenomeno da concepção coincidiu com o facto do estupro ou do rapto, é mister provar que a mulher n'essa epocha não teve copula com outro homem, e recorrer-se a todos os meios que fazem presumir a paternidade. Aquella simples coincidencia é *começo* de presumpção de paternidade, mas só por si não completa essa presumpção.

A lei civil procede convenientemente contra similhantes crimes, impondo aos seus auctores a pena mais natural, se pena póde chamar-se o cumprimento dos deveres de pae.

No caso do n.º 1.º basta *qualquer* escripto do pae, ainda sem authenticidade, já porque a redacção assim o indica, não exigindo sequer a assignatura do pae, como se mostra da comparação da sua letra com a do n.º 2.º do artigo 133.º, mas porque em sessão da commissão revisora de 27 de outubro de 1864 propoz o sr. Ferreira Lima que se acrescentasse á palavra *escripto* a palavra *authentico*, o que foi rejeitado.

De resto fóra violencia inqualificavel attribuir a alguem a paternidade á força, quando a prova physica d'esse facto é impossivel.

Na terceira hypothese ha ainda a considerar que a acção de investigação de paternidade no caso de estupro só póde intentar-se se este foi violento, e não se foi realisado por fraude ou seducção; e no caso de rapto póde intentar-se sempre, ou o rapto fosse acompanhado ou não de violencia.

Pela redacção do projecto primitivo, que dizia *no caso de rapto ou estupro violento*, ainda poderia duvidar-se, se a acção de investigação de paternidade illegitima só poderia intentar-se no caso de rapto, quando este fosse violento.

Mas a redacção substituida pela commissão revisora não deixa duvida alguma de que em caso de rapto póde sempre intentar-se a acção, ou elle fosse ou não violento.

Mais se confirma esta opinião em presença da acta da referida sessão da commissão revisora, onde se lê o seguinte: «No n.º 3.º, por proposta dos srs. Ferreira Lima e Simas, venceu-se que se antepozesse ao rapto o estupro violento».

D'esta resolução mostra-se evidentemente que a commissão entendia que, para se intentar a acção de investigação no caso de rapto, bastava que houvesse o *facto* do rapto, ainda que não fosse violento, ou que não havia rapto que não fosse violento.

O certo é que, dizendo-se no projecto primitivo e em todas as edições posteriores até á de 1864 inclusivè *no caso de rapto ou estupro violento*, e alterando a commissão revisora nos seus ultimos trabalhos esta redacção nos termos, que se lêem no codigo, não quiz de certo que a palavra *violento*, fosse modificar a significação da palavra *rapto*, mas sim que apenas fosse applicavel ao vocabulo *estupro*.

O codigo francez restringia a hypothese do n.º 3.º d'este artigo unicamente ao caso de rapto, que o nosso legislador ampliou com rasão ao de estupro violento, que é rapto momentaneo, mas não menos criminoso.

A acção só é permittida na terceira hypothese do § se o filho nasceu passados cento e oitenta dias, e dentro dos trezentos a contar do estupro ou do rapto.

Art. 131.º A acção de investigação de maternidade é permittida; mas o filho deve provar, por qualquer dos meios ordinarios, que é o proprio que se diz nascido da pretensa mãe.

A investigação da maternidade illegitima é permittida, porque a gravidez e o parto são factos materiaes, susceptiveis de prova completa. O mais difficil n'estas acções é a prova da identidade, isto é, de que o filho é o *proprio* que nasceu da pretensa mãe.

Ainda por outro lado o codigo dá mais amplitude á investigação da maternidade do que da paternidade, que é pelo lado das provas, poisque permitte a prova *por qualquer dos meios ordinarios*, não só com relação á identidade, mas com relação ao facto da filiação, visto não estabelecer para a investigação da maternidade as restricções marcadas no artigo 130.º com relação á investigação da paternidade.

Art. 132.º A acção de investigação de paternidade ou de maternidade não é, porém, admittida em juizo nos casos em que a perfilhação é defeza.

(Vid. nota ao artigo 122.º)

Art. 133.º As acções de investigação de paternidade ou de maternidade só podem ser intentadas em vida dos pretensos paes, sálvas as seguintes excepções:

1.º Se os paes fallecerem durante a menoridade dos filhos; porque, n'esse caso, têem estes o direito de intentar a acção, ainda depois da morte dos paes, comtantoque o façam antes que expirem os primeiros quatro annos da sua emancipação ou maioridade.

2.º Se o filho obtiver, de novo, documento escripto e assignado pelos paes, em que estes revelem a sua paternidade;

porque, n'este caso, póde propor acção a todo o tempo em que haja alcançado o sobredito documento; isto sem prejuizo das regras geraes ácerca da prescripção dos bens.

É rasoavel o principio geral estabelecido no artigo, de que a acção de investigação de paternidade ou de maternidade illegitima só póde ser intentada em vida dos pretensos paes, que estão mais habilitados para defender-se, do que os seus herdeiros.

Se o filho durante a menoridade não intentar a acção por via do seu tutor, tem quatro annos desde que se torna *sui juris* para a intentar. Esta excepção funda-se na regra de que contra o menor não corre pelo modo ordinario a prescripção.

Mas que querem dizer as palavras: «se o filho obtiver *de novo*»? Significam, como entende o distincto jurisconsulto o sr. Bruschy, que o filho, obtendo documento, escripto e assignado pelo pae, póde intentar a acção *de novo*, por já ter decaido de outra que tivesse intentado?

As palavras «*de novo*» querem dizer, na nossa opinião, mesmo depois da morte dos paes e de decorrido o tempo marcado no n.º 1.º O n.º 2.º é uma excepção ao principio estabelecido no artigo, pelo qual ha de explicar-se.

Se a acção é intentada em vida dos paes, ou ainda depois da morte d'estes, mas durante a menoridade, ou dentro dos quatro annos subsequentes, basta a *existencia* de escripto do pae, nos termos do n.º 1.º do artigo 130.º; mas morto o pae, e decorrido o praso de quatro annos depois da maioridade ou da emancipação, não póde já propôr-se a acção em juizo, fundada só no *escripto* do pae.

Póde porém o filho propor acção a todo o tempo, se obteve documento *escripto* e *assignado* pelo pae, ainda depois da morte d'este, e de findos os quatro annos subsequentes á maioridade ou á emancipação. Se alcançou o documento *antes* de decorrido este praso não é admittido já em juizo, porque não tem desculpa de não ter proposto a acção dentro do tempo marcado no artigo e em o n.º 1.º, vistoque dentro d'esse periodo obteve o documento.

Que esta é a intelligencia d'aquellas palavras, deduz-se, não só da sua confrontação com o n.º 1.º, mas ainda das palavras *porque, n'este caso, póde propor acção a todo o tempo, em que haja alcançado o sobredicto documento.*

Portanto o filho só póde intentar a acção depois da morte do pretenso pae, se este falleceu durante a menoridade, tendo então quatro annos a contar da maioridade ou emancipação, para a intentar, e ainda mesmo que o pae não fallecesse durante a menoridade, se o filho obteve em *qualquer tempo*, posterior á epocha marcada em o n.º 1.º, documento *escripto e assignado* pelo pae.

Da redacção do n.º 2.º, nas palavras *a todo o tempo em que haja alcançado o sobredicto documento*, infere-se que a acção deve ser posta em juizo, *logo* que se alcance o documento; porém não deve entender-se em tanto rigor esta disposição, que não seja licito ao interessado o espaçar a demanda, depois do descobrimento do escripto, até preparar os elementos indispensaveis para a propor em juizo.

No libello posto em juizo para a investigação da paternidade ou da maternidade depois da morte dos paes, tendo estes fallecido na maioridade dos filhos, ou na menoridade mas depois de decorridos quatro annos desde a maioridade ou da emancipação, é preciso sempre allegar e provar que o auctor só n'aquella occasião descobriu o documento

que serve de base á acção, sob pena de ser declarada improcedente a acção.

Mas se n'esta hypothese a acção de filiação não prescreve, prescrevem os bens, e por isso póde o filho ser reconhecido como tal, e ficar no entretanto privado da fortuna do pae, como dissemos em a nota ao artigo 111.º Se o filho tiver intentado a acção, e d'ella decaido, só póde intentar outra acção com o auxilio do documento, obtido *de novo*, se elle destruir a prova que serviu para o julgamento anterior, sem necessidade de ser coadjuvado por prova testemunhal, artigo 17.º da lei de 19 de dezembro de 1843, e isso difficilmente se ha de verificar.

Pareceu-nos menos conforme ao espirito da lei a interpretação dada pelo sr. Bruschy, comquanto a redacção do artigo se preste a ambas as opiniões.

Não passaremos á secção seguinte sem tocarmos alguns pontos estreitamente ligados com a doutrina d'esta secção, que o codigo não resolve expressamente, e que devem decidir-se segundo os principios geraes de direito, e até com argumentos deduzidos do silencio do proprio codigo.

1.º Assim como aos filhos é permittida a acção de investigação de paternidade illegitima, será igualmente permittida aos paes a acção de investigação de filiação illegitima? Não. A mesma acção de investigação de paternidade illegitima é admittida, como excepção, e as excepções não se ampliam. O illustrado redactor do projecto, na sua resposta ás observações do distincto lente da universidade, o sr. Joaquim José Paes da Silva, desenvolveu largamente esta mesma opinião.

O reconhecimento foi introduzido no interesse dos filhos, que culpa nenhuma têem de serem fructo de uniões extra-legaes, e não no interesse dos paes, que foram os auctores d'esse facto menos legal.

Ao pae é permittido o reconhecimento do filho, que este póde impugnar se era menor na epocha da perfilhação, porque, se era maior, a perfilhação não póde ter logar sem o seu consentimento.

Mas se o pae não póde effectuar a perfilhação, ou porque o filho não consente, ou porque não póde ter logar o reconhecimento sem designação da pessoa de quem elle o houve, fica inhibido de alcançar a paternidade, porque lhe não é permittido pôr acção em juizo para esse fim.

2.º Se os filhos fallecerem antes de propor a acção em juizo, e dentro do periodo em que ella é admittida, podem os seus herdeiros intentar a acção de perfilhação? Não. O codigo não o permitte, e fornece-nos argumentos de inducção para sustentar a negativa.

Se porventura o legislador quizesse permittir aos herdeiros dos filhos illegitimos o direito de proporem a acção de investigação de paternidade, teria disposto com relação a elles o que dispoz com relação aos herdeiros dos filhos legitimos na segunda parte do artigo 112.º

Aos herdeiros dos filhos legitimos ainda o codigo permitte nos restrictos casos da segunda parte do artigo 112.º o propor acções *de novo* para vindicar o seu estado.

Mas aos herdeiros de filhos illegitimos não concede a lei tanto favor, e por isso lhes não deu igual garantia.

Podem proseguir nas acções de vindicação de estado já installadas, como aos herdeiros dos filhos legitimos permitte o artigo 112.º, mas por uma rasão geral de processo. Segundo os principios geraes relativos ao processo as acções, depois de installadas, formam um quasi contracto, que cria direitos e obrigações, que fazem parte da herança, e com esta se transmittem.

3.º A doutrina do codigo ácerca da investigação da paternidade illegitima abrange tambem os filhos existentes ao tempo da promulgação do codigo, mas que ainda não tinham proposto a acção em juizo, ou o direito d'estes ha de regular-se pela lei vigente ao tempo do nascimento?

Todas as acções de perfilhação não propostas em juizo ao tempo da promulgação do codigo são reguladas pela lei nova, vistoque os filhos tinham apenas um direito *facultativo*, e não *adquirido*, unico que a lei nova respeita em homenagem ao principio da não retroactividade, como dissemos em a nota ao artigo 8.º

Alguns sustentam que o filho illegitimo, ainda não tendo intentado a acção ao tempo da promulgação do codigo, fica com os direitos que lhe reconhecia a lei anterior, vistoque, nos termos do alvará de 9 de novembro de 1754, a posse civil se transmittiu logo com todos os effeitos da natural aos herdeiros do auctor da herança por morte d'este.

Porém a doutrina por nós estabelecida não se refere ao caso de o filho estar já com a posse civil da herança, mas á hypothese d'elle carecer ainda de provar a identidade de pessoa, e a legitimidade de herdeiro, e de o não ter feito ao tempo da promulgação do codigo.

4.º Poderá ainda hoje a mãe intentar a acção de creações, reconhecida na nossa lei anterior? Não. Para intentar esta acção será preciso investigar a paternidade illegitima, que não póde ser investigada senão nos termos do artigo 130.º, e a requerimento dos filhos; e os direitos dos filhos perfilhados, e as obrigações dos respectivos paes, são unicamente as determinadas no codigo.

5.º Se o pae do filho que intenta a acção de investigação da paternidade illegitima for estrangeiro, a acção ha de ser proposta em harmonia com o estatuto pessoal do filho ou com o estatuto pessoal do pae? Com o estatuto pessoal do pae, porque este não póde ser sujeito a mais obrigações do que as que lhe impõe a lei do seu paiz, que regula a sua *capacinade* e *estado*, artigo 27.º

SECÇÃO VI

DOS FILHOS ESPURIOS

Art. 134.º Dizem-se filhos espurios os que não podem ser perfilhados.

Só são espurios os filhos adulterinos e incestuosos, artigo 122.º Pela legislação anterior os filhos illegitimos dividiam-se em duas classes: *naturaes*, nascidos de pessoas que não tinham impedimento para casar, e *espurios*, nascidos de pessoas que não podiam *entre si* contrahir matrimonio; e debaixo d'este genero se comprehendiam os adulterinos, incestuosos e sacrilegos.

Porém o codigo, que não considera o voto religioso como impedimento dirimente do casamento civil, com rasão equipara os sacrilegos aos que antigamente se chamavam puramente naturaes, e faz classe á parte só dos incestuosos e dos adulterinos.

Deve notar-se que não só são *espurios* os que não podem ser perfilhados, mas os que, podendo ser perfilhados, o não foram.

São espurios os que não estão perfilhados, ainda que sejam nascidos de pessoas que ao tempo da concepção não tivessem impedimento para casar uma com a outra; e gosam dos direitos de perfilhados os que

effectivamente o foram, ainda que adulterinos e incestuosos, se por meio de reconhecimento isolado, nos termos do artigo 124.º, pôde o pae perfilhante occultar o nome do outro progenitor.

Pelo codigo, para se qualificar de espurio o filho illegitimo para os effeitos juridicos, attende-se, não ao vicio da copula, mas á falta de *titulo* de perfilhação.

Art. 135.º Os filhos espurios só têem o direito de exigir de seus paes os alimentos necessarios; em tudo o mais são havidos por inteiramente estranhos aos paes e á familia d'estes.

Art. 136.º O filho espurio só poderá demandar seus paes, para o effeito sobredito, se o facto da paternidade ou da maternidade se achar provado em processo civel ou criminal, controvertido entre seus paes ou outras partes; ou, no caso do n.º 3.º do artigo 130.º, se o facto tiver sido judicialmente provado.

A lei, não permittindo a perfilhação dos espurios para evitar o escandalo da prova do incesto ou do adulterio, sempre que essa prova é feita *entre outras partes* sem a intervenção principal do filho, dá-lhes o direito a alimentos.

Não podem os filhos intentar a acção, para evitar um processo vergonhoso e escandaloso; mas se a prova está de outro modo feita, o mal da publicidade existe, o escandalo já se não evita, e é preciso olhar então pela sorte dos filhos concedendo-lhes *alimentos*, nos termos do artigo 171.º

O pensamento fundamental do artigo 136.º é que os filhos podem aproveitar-se da prova feita por outros, mas não tenta-la elles mesmos.

Se o facto da paternidade se provou entre outras partes em processo civil ou criminal como em processo por adulterio, ou por attentado contra o pudor, ou se no caso de rapto ou de estupro violento tiver havido procedimento criminal a requerimento da parte queixosa ou do ministerio publico, e o facto criminoso se provar, o filho, com a sentença que julgar provado o facto da filiação no primeiro caso, ou o facto de estupro violento ou de rapto no segundo, requer os alimentos.

Note-se que no caso de estupro violento ou de rapto não é preciso ter-se provado a filiação para haver logar aos alimentos, basta ser provado o facto do estupro ou do rapto. E o que se deduz da redacção do final do artigo, que foi introduzido pela commissão revisora, porque as palavras «*ou, no caso, etc.*» não se achavam no projecto primitivo.

Provavelmente a commissão revisora, em odio ao crime, impoz ao criminoso, pelo simples facto da perpetração do delicto, o alimentar o que nasceu passados cento e oitenta dias, e dentro dos trezentos subsequentes á pratica do crime.

Os filhos espurios podem ser instituidos herdeiros pelos paes, como quaesquer *estranhos* á familia, terminando assim o codigo a questão que se ventilava na legislação anterior, se o filho espurio podia herdar testamentariamente do pae independentemente de perfilhação, e sancionando a jurisprudencia que ia vingando ultimamente nos tribunaes.

Não é inteiramente exacta a doutrina do artigo 135.º emquanto dispõe que os filhos espurios, alem do direito a alimentos, são havidos por *inteiramente* estranhos *aos paes*, poisque estes podem nomear-lhes tutor no caso de lhes prestarem alimentos, nos termos dos artigos 279.º a 283.º, como a seu tempo veremos.

Os filhos espurios pois com direito a alimentos só podem considerar-se completamente estranhos aos paes relativamente á successão legitima, porque nem elles succedem *ab intestato* aos paes nem os paes a elles.

SECÇÃO VII

DO PODER PATERNAL NA CONSTANCIA DO MATRIMONIO

Art. 137.º Aos paes compete reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens d'elles: o complexo d'estes direitos constitue o poder paternal.

Art. 138.º As mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas é ao pae que especialmente compete durante o matrimonio, como chefe da familia, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juizo, como fóra d'elle.

(Vid. artigos 155.º e 243.º n.º 1.º, 322.º) A concessão do poder paternal ás mães, que d'elle se achavam privadas pelo direito anterior, é uma das mais rasoaveis innovações do codigo civil. O patrio poder, fundado unicamente na *qualidade* de pae, não devia conceder-se a um dos conjuges com exclusão do outro.

Questionou-se porém logo ao tempo da promulgação do codigo civil, se as mães que tinham enviuvado antes de 22 de março de 1868, e haviam sido privadas da tutela dos filhos, assumiam desde logo com a publicação da nova lei o poder paternal, cessando as funcções do tutor testamentario, legitimo ou dativo.

Triumpharam porém nos tribunaes as verdadeiras doutrinas, que sujeitam á disposição da lei nova tudo quanto é relativo á *capacidade* e *estado* das pessoas, sem offensa de direitos adquiridos.

Em accordão de 6 de junho de 1868 julgou a relação de Lisboa: «Que aggravada foi a aggravante no despacho de que recorre, por onde lhe foi negada a tutela de seus filhos menores, fundando-se para tanto aquella decisão na determinação do testamento, em que o fallecido marido da aggravante assim o ordenava, vistoque similhante disposição era anterior á publicação do codigo civil, e a este se não podia dar effeito retroactivo; e fez-se-lhe aggravo, porquanto o artigo 138.º do codigo dá ás mães o poder paternal, e este fica no conjuge sobrevivo dissolvido o matrimonio (artigo 155.º do codigo), e a aggravante não se achava inhibida de o exercer (artigo 193.º do mesmo codigo).

«Não obsta á applicação d'estas disposições legaes o ter o testamento feito positiva exclusão da aggravante do encargo da tutela, nomeando outrem, porquanto não ha direito adquirido, poisque sendo a tutela um onus, mal se podem considerar offendidos os direitos do tutor testamentario ou dativo, quando este não foi investido no exercicio da mesma. Demais o que requereu a aggravante foi em harmonia com o seu estado de pessoa, *e este regula-se sempre pela legislação nova, porque, resultando da immediata disposição da lei os direitos vinculados a esse estado não dependem da vontade de outrem para ter effeito, mas só sim da qualidade da pessoa, que os exerce.* Finalmente deve attender-se a que a lei nova vigora sempre para os factos ainda não consummados, e que o da tutela, de que se trata, não estava ainda executado, é certo pois que não ha para esta direito adquirido, e por isso hoje deve fixar-se na pessoa da aggravante, o que não importa effeito

retroactivo da lei, mas sim o cumprimento exacto da mesma nos precisos artigos do codigo civil.»

Emquanto o pae vive e está presente, é elle, como chefe da familia, quem tem especialmente o *exercicio* da auctoridade paterna.

A mãe não é competente para representar os filhos, vivo o pae, senão quando faz as suas vezes nos casos determinados no artigo 139.º

Pelo contrario a mulher em juizo e fóra d'elle é protegida e defendida na sua pessoa e bens pelo marido a quem deve obediencia, artigo 1185.º

Porém, dissolvido o matrimonio por morte, o patrio poder continúa na pessoa do conjuge sobrevivo, aindaque seja a mãe, com as mesmas attribuições e faculdades que encerrava na constancia do matrimonio, artigo 155.º, salvas as modificações prescriptas nos artigos 156.º e seguintes.

O projecto primitivo, para não deixar duvida alguma a este respeito, no artigo 157.º, correspondente ao artigo 155.º do codigo, acrescentava em seguida á palavra «*sobrevive*» est'outras «*sem differença de sexo*», que a commissão revisora supprimiu, de certo por desnecessarias e redundantes. E Rogron, em a nota ao artigo 373.º do codigo civil francez, que é fonte do artigo 138.º do nosso codigo, cita uma decisão do tribunal supremo, que julgou que o patrio poder continúa *completo*, depois da morte do pae, ou da mãe, na pessoa de qualquer dos dois que sobreviva, sem que seja alterado ou modificado de modo a ficar sujeito ao conselho de familia, em rasão da qualidade de tutor, de que fica investido o conjuge sobrevivo.

O projecto de codigo civil hespanhol, fonte a mais abundante do nosso codigo civil, tambem dispõe no artigo 164.º: *La madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones.*

O nosso legislador, dando á mãe direitos iguaes aos do pae, mesmo em vida d'este, estabelece indemnisação igual, onde a natureza estabelecêra iguaes cuidados, incommodos e afflicções, e repara com esta justa disposição a injustiça de muitos seculos.

As mães têem pelos filhos em regra ainda mais carinho que os paes, e este sentimento de ternura maternal deve supprir qualquer inferioridade intellectual. Demais as mulheres, se não são em geral tão experientes e aptas para os negocios como os homens, são ordinariamente muito mais economicas e zelosas nos negocios de administração.

Por isso, comquanto as mães não sejam as verdadeiras representantes dos filhos em vida dos paes, devem comtudo ser ouvidas no que disser respeito aos interesses d'elles, prevalecendo no entretanto sempre a opinião do pae em caso de divergencia, como na hypothese da licença para casamento, artigo 1061.º

Se o pae deixar de ouvir a mãe, por exemplo, na emancipação, que é concedida por elle, artigo 304.º n.º 2.º, ficará nullo o acto, em vista e nos termos do artigo 10.º

As attribuições do patrio poder respeitam, ou *ás pessoas* dos filhos, do que se trata até ao artigo 143.º, ou *aos bens*, do que se trata nos restantes artigos até ao fim da secção.

O administrador legal dos bens do filho é o pae ou a mãe, ainda mesmo que não tenha o usufructo, salvo quanto aos bens mencionados em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 147.º, cuja administração pertence aos proprios filhos.

Porém o patrio poder, como a tutela, artigo 243.º n.º 1.º, respeita primeiramente á *pessoa* do menor, que é o principal e mais nobre, tanto no poder paternal, como na tutela, e secundariamente *aos bens*, em cuja administração interessa a pessoa.

Tanto os paes, como o tutor, têem a seu cargo *dirigir* a educação do menor, e representam-no em todos os actos judiciaes e extra-judiciaes, que não são *pessoaes*, como o matrimonio e disposição de ultima vontade.

Não é só o tutor que não representa o menor no casamento, e nos actos de ultima vontade, como expressamente dispõe o artigo 243.º n.º 1.º Os paes tambem não podem representa-lo n'esses actos, apesar do silencio do codigo a este respeito.

Se os paes intervem no casamento do menor, é só para o auctorisarem, como para o mesmo fim intervem o tutor, quando é o avô, artigo 1061.º

Tambem o menor não é representado pelos paes nem pelo tutor nos actos judiciaes, que são por natureza pessoaes, *verbi gratia*: se é chamado a depor como testemunha, ou se tem que responder criminalmente, etc.

Deve notar-se que as disposições do codigo civil, que dão aos paes e tutores o direito de representarem o menor em juizo e fóra d'elle, não revogaram o preceito da reforma judicial, artigo 201.º, e da ordenação, livro III, titulo XLI, que obriga á citação dos menores, que tiverem quatorze annos, sendo varões, ou doze, sendo femeas, para se defenderem conjunctamente com os paes ou tutores.

Durante a menoridade os unicos actos extra-judiciaes que os menores praticam por si são o casamento, que é permittido aos varões, maiores de quatorze annos, e ás mulheres maiores de doze, artigo 1073.º, e a disposição da ultima vontade, que se faz depois dos quatorze annos sem distincção de sexo, artigo 1764.º, com a unica differença de que o casamento carece de ser auctorisado pelos seus superiores legitimos, e o testamento não.

O poder paternal pertence só aos paes, e não a quaesquer outros ascendentes, aos quaes só póde pertencer a *tutela*.

É pois puro romanismo, e sem apoio no systema do codigo, a disposição enunciativa que apparece no artigo 1859.º, de que o patrio poder pertence a outros ascendentes alem dos paes. Parece-nos que o artigo 1859.º deverá entender-se no sentido de que só podem fazer a substituição pupillar os ascendentes do segundo grau e seguintes que exercerem a tutela sobre o menor.

Nenhum dos ascendentes, que não seja pae ou mãe, tem o patrio poder; mesmo o avô é simplesmente tutor, como se mostra do artigo 200.º n.ºs 1.º e 3.º, 224.º n.º 18.º, 1061.º § 1.º, etc.

E carecerão os paes, ou na constancia do matrimonio, ou dissolvido elle, de auctorisação judicial para n'alguns casos pelo menos representarem os filhos em juizo?

Quanto a *defender* os filhos e a intentar as acções conservatorias não carecem de certo de auctorisação, porque nem ao tutor ella é precisa, artigo 243.º n.º 9.º; o mesmo é pelo que respeita ás acções persecutorias, porque, comquanto o tutor careça de auctorisação do conselho de familia para as intentar, o codigo não sujeita o direito dos paes sobre os bens dos filhos a cautela alguma preventiva com relação a pleitos judiciaes. Verdade seja que o direito de propor a acção sem intervenção do juiz ou do conselho de familia importa tambem o direito de transigir e de desistir, independentemente da intervenção do juizo, o que é de summa gravidade.

Porém a lei confia estes actos á simples vigilancia dos paes, e, como o ministerio publico pela nossa lei do processo é ouvido nos pleitos em que intervem menores, poderá requerer tudo o que for de justiça, e até a inhibição do pae da administração dos bens dos filhos, se elle

não proceder como bom pae de familia nas demandas em que estes são interessados.

É certo que a inhibição do patrio poder póde então verificar-se quando o mal já seja sem remedio. Todavia a lei não sujeita o poder dos paes sobre os bens dos filhos a cautela alguma preventiva senão quando se trata de hypotheca ou alienação, artigo 150.º, e na hypothese do artigo 151.º, salvo o caso de passarem a segundas nupcias, artigos 148.º § unico e 162.º

Os paes têem sobre a pessoa e bens dos filhos interdictos os mesmos direitos que sobre a pessoa e bens dos filhos menores, artigo 322.º Portanto gosam tambem do direito ao usufructo, o que nos parece grave injustiça, tendo os interdictos filhos a favor dos quaes podessem accumular-se os rendimentos.

O supremo tribunal de justiça acaba de proferir a seguinte decisão ácerca dos direitos do pae e da mãe sobre os filhos menores:

«Accordam em conferencia os do conselho no supremo tribunal de justiça, etc.:

«Mostra-se d'estes autos que tendo o recorrente requerido, pelo juizo da terceira vara da cidade do Porto, que sua mulher, a recorrida, que d'elle recorrente se achava separada de facto, em companhia de sua mãe, lhe fizesse entrega judicialmente de um filho seu menor, que com ella vivia, a fim de lhe ser dada a instrucção e educação conveniente:

«Mostra-se mais que tendo-se a recorrida recusado a fazer a dita entrega, com o fundamento de que não tendo a creança mais de quatro annos e alguns mezes, mais precisava dos carinhos e desvelos maternaes que de qualquer outro ensino, e que nenhum motivo havia para lhe ser retirada, tendo-se ella sempre conduzido exemplarmente;

«Mostra-se igualmente que tendo decidido o juiz da 1.ª instancia, na sua sentença de fl. 30, que o requerimento do recorrente não podia ser attendido por extemporaneo, attenta a tenra idade da creança reclamada e as rasões expendidas por sua mãe, esta sentença foi confirmada no accordão de fl. 39, de que vem o presente recurso;

«Attendendo porém a que as rasões de conveniencia, quaesquer que ellas sejam, não podem auctorisar o julgador para afastar-se da letra e espirito da lei, a que sómente lhe cumpre obedecer;

«Attendendo a que erradamente se pretende (entre as rasões que o accordão recorrido adopta), que n'este caso a separação de facto deveria *produzir os mesmos effeitos como se fosse de direito, e que o juiz podia designar a qual dos conjuges deveriam permanecer os filhos*, por isso que contra os direitos e obrigações que resultam do vinculo conjugal, não ha facto algum que possa produzir effeitos legaes, sem que esse facto (nos casos em que a lei o permitte) seja verificado e resolvido pelo modo e fórma estabelecidos na lei. E como se não mostra que a separação tenha sido proposta e requerida competentemente, mal pretenderia o julgador antecipar providencias que só n'esse caso poderiam ter logar:

«Concedem portanto a revista requerida, por errada applicação das leis, ordenação, livro I, titulo LXXXVIII, § 6.º, livro IV, titulo LXXXVII, § 7.º e outros, que em geral, acostando-se ao direito commum, attribuem aos paes o direito e obrigação de dirigir, alimentar, e cuidar da educação de seus filhos, resalvados os tres annos de lactação; e mandam que os autos baixem á mesma relação para que por outros juizes se dê cumprimento á lei.

«Lisboa, 8 de março de 1870. = Visconde de Seabra = Conde de Fornos (vencido) = Aguilar (vencido) = Campos Henriques = Cabral.»

A installação da acção sobre que recaiu o accordão foi provavelmente anterior á promulgação do codigo civil, aliás teriam os eximios juizes citado as disposições da nova lei applicaveis á especie, e não os preceitos da velha ordenação.

Não ha duvida alguma, especialmente em presença das disposições do codigo, que ao pae incumbe dirigir a educação dos filhos, e d'este direito não póde elle ser privado senão em caso de abuso, artigo 141.º

Porém em nosso entender não deveria tomar-se conhecimento da questão nos termos em que vinha proposta, porque assim parece terem-se reconhecido effeitos juridicos á separação *de facto* dos conjuges. Pelo codigo a separação de facto só é tida em conta para o effeito de ser excluida a mulher da tutela do marido interdicto, artigo 320.º n.º 1.º, e para o effeito de propor a acção de separação na sua residencia, artigo 1206.º E pela lei anterior effeito nenhum juridico produzia a separação de facto.

Art. 139.º No caso de ausencia ou de outro impedimento do pae, fará a mãe as suas vezes.

(Vid. nota ao artigo 55.º)

Art. 140.º Os paes devem dar a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado.

(Vid. artigo 243.º n.º 2.º) Os paes, que deram aos filhos o sangue e a vida, não devem deixa-los desarmados no meio da sociedade.

São obrigados a prestar-lhes os devidos *alimentos*, isto é, o pão do corpo e o pão do espirito, nos termos do artigo 171.º, e a dar-lhes a conveniente occupação, ou *destino*, como dizia o projecto primitivo e os projectos da commissão revisora de 1863 e 1864, isto é, o modo de vida, para que elles tiverem mais vocação, e que seja compativel com as suas posses ou recursos.

O destino do menor ha de ser determinado em harmonia com a sua fortuna ou com a dos paes, e com o seu *estado*, ou *condição* como se diz em o n.º 2.º do artigo 148.º e em o n.º 2.º do artigo 243.º

Hoje, no estado presente da civilisação, a *posição* social do individuo pouco deve influir na escolha do seu destino; a vocação natural de cada um e as suas circumstancias pecuniarias é que devem determinar a prosecução do seu fim.

Hoje todo o trabalho licito é igualmente honrado, e ninguem se distingue pela carreira que abraça, mas pelo aproveitamento que revela no modo de vida a que se dedica.

A vocação natural é o primeiro elemento a consultar, porque a luta contra a natureza é difficil, e a maior parte das vezes infructifera. Em segundo logar, é preciso attender aos meios de fortuna para occorrer ás despezas de profissão, porque só os bons desejos não bastam para alcançar os fins da vida humana.

Porém estas determinações da lei ficarão em puros preceitos theoricos. O verdadeiro arbitro da escolha do destino do menor, sujeito ao patrio poder, é o pae, que póde até determinar para depois da sua morte a profissão a que o filho deve dedicar-se, artigo 224.º n.º 7.º; e quanto ao menor sujeito á tutela compete ao conselho de familia a escolha do seu destino, citado artigo 224.º n.º 7.º

O ministerio publico, apesar do direito que lhe confere, ou antes da obrigação que lhe prescreve o artigo 141.º, pouco ou nenhum cuidado

tem com os menores sujeitos ao patrio poder durante a constancia do matrimonio dos paes.

Art. 141.º O poder dos paes, emquanto ás pessoas dos filhos menores, não é sujeito a cautela alguma preventiva; mas, no caso de abuso, os paes poderão ser punidos, na conformidade da lei geral, e inhibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministerio publico.

§ unico. Sendo o pae inhibido de reger a pessoa e os bens do menor, será dado tutor ou administrador a este, por nomeação do conselho de familia.

Quanto *ás pessoas* dos filhos menores não são os paes sujeitos a cautela alguma preventiva, e mesmo quanto aos bens só são sujeitos a ella nos termos dos artigos 148.º § unico, 150.º, 151.º e 162.º Porém os tutores, não só quanto aos bens, mas tambem quanto *ás pessoas* dos menores, estão sujeitos á fiscalisação do juizo, do protutor e do conselho de familia.

Pelo que respeita aos paes, confia a lei no amor, proveniente das relações de sangue. Mas a presumpção da lei póde ceder á verdade, e o poder paternal não é tão absoluto e illimitado, que abranja alem da faculdade do uso a do abuso.

Se pois os paes não curam da educação dos filhos, nem de lhes dar modo de vida, ou os maltratam, podem ser inhibidos do exercicio do patrio poder, ou a requisição do ministerio publico, como representante da sociedade, ou dos parentes do menor, como mais interessados no bem estar do filho e mais conhecedores do abuso do pae.

Esta faculdade concedida aos parentes abrange só os que estão dentro do decimo grau, não só porque as relações de sangue em grau mais afastado não são tidas em conta para os effeitos juridicos, mas por argumento do artigo 177.º, onde a commissão revisora acrescentou as palavras *até ao decimo grau*, que não vinham no projecto primitivo.

Com rasão o codigo permitte só ao ministerio publico e aos parentes dos filhos o requerimento para a suspensão temporaria do patrio poder, para evitar o escandalo de ser pelo proprio filho intentada similhante acção; e porque o filho, como menor, não tem representação por si em juizo.

Rogron nas notas ao artigo 373.º do codigo civil francez aponta uma decisão do supremo tribunal de França julgando que os tribunaes, no caso em que o pae prohibe ao avô de seus filhos o visita-los, podem ser chamados a examinar os motivos d'esta prohibição, e a investigar se n'este facto houve abuso ou exageração dos direitos de pae.

Se o procedimento dos paes se traduzir por factos qualificados crimes nos termos da lei penal, serão, alem de inhibidos do exercicio do patrio poder, punidos na conformidade da lei.

Comquanto a má redacção do artigo possa dar logar ao argumento de que os paes só podem ser inhibidos de reger a pessoa e bens do menor no caso de abuso por que devam ser punidos, não póde admittir-se similhante interpretação, que é incompativel com a natureza dos principios que regem o assumpto.

Aqui trata-se unicamente de indicar as circumstancias em que os paes podem ser privados do exercicio do poder paternal, e não de declarar criminosos os factos por elles commettidos contra as pessoas dos filhos, e que forem incriminados pela lei geral. O codigo podia n'este caso, como fez na hypothese do artigo 161.º, prescindir da referencia á punição criminal, porque a este respeito bastam as disposições da lei penal commum.

A referencia á punição é pois uma disposição enunciativa, e muito accidental. Os paes podem ser inhibidos de reger as pessoas e bens dos filhos, quando abusarem da auctoridade paterna, aindaque o abuso não consista em facto punivel pela lei penal.

O abandono da educação dos filhos é inteiramente independente da existencia de factos criminosos praticados pelos paes, e póde dar logar á suspensão ou privação do exercicio do patrio poder.

O § unico deve entender-se no sentido de que o tutor ou administrador só será dado ao menor, sendo inhibido o pae, e não existindo já a mãe, ou estando impedida, porque esta não perde o patrio poder pelo simples facto do pae.

O pae póde ser inhibido de reger a pessoa e os bens do menor, ou só os bens, dando-se ao filho no primeiro caso um tutor, e no segundo um administrador.

É o que se infere do emprego das palavras *tutor ou administrador*, e esta idéa era mais saliente no projecto primitivo, onde o § unico do artigo começava pelas seguintes palavras: «Sendo o pae privado da administração da pessoa *ou* dos bens do menor».

Esta redacção foi conservada em todas as edições posteriores, e só alterada na ultima revisão, propriamente de redacção.

Parece pois, em vista do § unico, e sobretudo da sua comparação com a redacção primitiva que a interdicção da administração dos bens pode subsistir, independentemente da privação da administração da pessoa. Porém a privação da administração da pessoa importa a privação da administração dos bens.

O tutor ou administrador ha de ser nomeado nos termos do artigo 185.º e seguintes, argumento do § unico do artigo 161.º, advertindo que, tendo o tutor de ser nomeado nos termos do artigo 185.º e seguintes, só terá logar a tutela dativa na falta de tutores legitimos, artigo 202.º, e quanto aos tutores legitimos o conselho de familia apenas confirma a nomeação feita pela lei, artigo 201.º § 2.º

Assim seria mais rigorosa a redacção do codigo no § unico tanto do artigo 141.º como do artigo 161.º se estivesse concebida nos seguintes termos: «N'este caso será dado tutor ao menor nos termos dos artigos 185.º e seguintes».

E o pae por esta fórma inhibido de reger a pessoa e bens do filho menor fica por esse facto privado do usufructo, emquanto durar aquella interdicção?

Tocaremos este ponto na analyse do artigo 169.º

A acção para inhibir os paes de reger a pessoa e bens do menor, na falta de disposição especial, que se não acha consignada na lei vigente, nem vem prevenida no projecto do codigo de processo, deve ser a ordinaria, e correr perante o juiz sem intervenção alguma do conselho de familia.

O auctor, quando a acção tiver por fim o privar o pae da administração da pessoa do menor por virtude de maus tratos, poderá requerer o deposito provisorio dos filhos por analogia do disposto no § 4.º do artigo 1206.º com relação ás causas de separação.

Se a acção for julgada improcedente, e os menores não tiverem bens proprios, hão de ser pagas as custas pelos paes, que lhes devem alimentos, e n'estes se comprehende o indispensavel para as despezas da demanda.

ções, deve continuar quem o estava substituindo, ou outra qualquer pessoa, mas em todo o caso da nomeação do juiz, e não do conselho de familia, por analogia do disposto no artigo 241.º

Art. 242.º O tutor ou o protutor removido ficará ao mesmo tempo inhibido de ser vogal do conselho de familia.

Se as causas de exclusão motivam igualmente a remoção, artigo 235.º n.º 4.º, e se as causas de exclusão do tutor e protutor são communs aos vogaes do conselho de familia, é coherente que fique inhibido de ser vogal do conselho de familia quem foi removido da tutela ou protutela. O codigo não diz, nem precisava de dizer, que ficavam inhibidos de ser vogaes do conselho de familia os tutores ou protutores *excluidos*, vistoque as causas de exclusão são communs a todos, artigo 234.º Se ha motivo para excluir da tutela ou protutela, esse motivo é igualmente procedente para excluir do cargo de vogal do conselho de familia. As causas de *escusa* da tutela e da protutela é que não são applicaveis, á excepção de duas, ao cargo de vogal do conselho de familia, artigo 233.º; mas as causas de exclusão e de remoção são communs aos tres encargos da tutela.

SECÇÃO XIII

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO TUTOR

Art. 243.º Pertence ao tutor:

1.º Reger e defender a pessoa do menor, e administrar seus bens, como bom pae de familia, e representa-lo em todos os actos civis, excepto no casamento, e na disposição de ultima vontade;

2.º Educar, ou fazer educar, alimentar e tratar o menor, conforme a sua condição, da maneira ordenada pelo conselho de familia:

3.º Reprehender e corrigir moderadamente o menor nas suas faltas, recorrendo, se elle não se emendar, ao conselho de familia, que procederá nos termos do artigo 143.º:

4.º Requerer inventario do patrimonio do menor dentro de oito dias, desde aquelle em que lhe for deferido o juramento, e promover solicitamente o seu andamento;

5.º Requerer a convocação e auctorisação do conselho de familia, em todos os casos em que esta auctorisação é necessaria;

6.º Arrendar os immoveis do menor por tempo, que não exceda a tres annos;

7.º Prover ás reparações e despezas ordinarias dos immoveis, e fazer cultivar os predios rusticos, que não forem arrendados;

8.º Receber as rendas, fóros, censos, quinhões e juros menor, e promover e receber o pagamento de quaesquer vidas, salvo o que fica disposto no artigo 224.º n.º 15.º;

9.º Propor acções conservatorias, e as persecutorias, que forem auctorisadas pelo conselho de familia, e defender o menor em todas as acções intentadas contra elle;

10.º Pagar as dividas do menor, se para isso estiver auctorisado;

11.º Aceitar, a beneficio de inventario, as heranças que sobrevierem ao menor;

12.º Promover a venda dos bens mobiliarios do menor, nos casos em que não possam conservar-se, e a venda dos bens immobiliarios, nos casos em que esta póde admittir-se.

1.º, etc. (Vid. nota aos artigos 137.º e 138.º)
2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 140.º)
3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 143.º)
4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 58.º)
5.º etc. Alias fica responsavel pelas perdas e damnos que resultarem ao menor dos actos que elle praticar sem auctorisação, e que deviam ser auctorisados, e fica sujeito a ser removido da tutela.
6.º, etc. (Vid. nota ao artigo 224.º n.º 14.º)
7.º e 8.º, etc. (Vid. nota ao artigo 59.º)
9.º, etc (Vid. nota aos artigos 59.º, 137.º e 224.º n.º 17.º)
10.º, etc (Vid artigo 2118.º)
11.º, etc. (Vid. artigo 224.º n.º 17.º)
12.º, etc. (Vid. artigos 267.º e 270.º)

Art. 244.º É absolutamente defezo ao tutor:

1.º Dispor, por titulo gratuito, dos bens do menor;

2.º Arrendar, comprar e arrematar os bens do menor;

3.º Tornar-se cessionario de direitos, ou de credito contra o seu pupillo, excepto nos casos de subrogação legal;

4.º Receber doações do menor, entre-vivos ou por testamento, ou do ex-pupillo emancipado ou maior, salvo depois de ter dado contas de sua administração, e de ter obtido quitação geral;

5.º Fazer contratos em nome do pupillo, que obriguem este pessoalmente a praticar certos actos, excepto no caso, em que essa obrigação for necessaria para se lhe dar educação, estabelecimento ou occupação.

Art. 245.º A disposição do n.º 4.º do artigo antecedente não é applicavel aos tutores, que forem ascendentes ou irmãos do menor.

(Vid. artigo 262.º) É de notar que as disposições d'este artigo são todas applicaveis ao protutor, artigo 262.º, salvo o disposto em os n.os 1.º e 5.º, que não é applicavel ao protutor, porque pela lei geral não pertencem ao protutor as funcções cujo exercicio, pelos dois numeros, é prohibido ao protutor. Aquelles dois numeros são relativos á *gerencia*, e *gerente* é só o tutor.

O tutor nem com auctorisação do conselho de familia póde praticar os actos que n'este artigo lhe são defezos.

Art. 142.º Os filhos devem, em todo o tempo, honrar e respeitar seus paes, e cumprir, durante a menoridade, os seus preceitos em tudo o que não seja illicito.

Art. 143.º Se o filho for desobediente e incorrigivel, poderão seus paes recorrer á auctoridade judicial, que o fará recolher á casa de correcção para isso destinada, pelo tempo que lhe parecer justo, o qual aliás não excederá o praso de trinta dias.

§ unico. O pae tem, todavia, a faculdade de fazer cessar a prisão ordenada.

(Vid. artigos 243.º n.º 3.º, 1185.º, 1383.º n.º 1.º, 1384.º n.º 1.º) Em qualquer idade o filho deve respeitar os auctores de seus dias. Este dever deriva-se da propria natureza, a lei civil nada mais faz do que reconhece-lo e expressa-lo.

O preceito consignado no codigo civil de que os filhos, qualquer que seja a sua idade, sexo ou condição, devem sempre respeitar seus paes, tem nas nossas leis alguns effeitos juridicos, como a obrigação de os citar *com venia*, formalidade que todavia deve proscrever-se; e nas contestações judiciaes se os filhos, ou no ataque ou na defeza, faltam ao respeito aos paes, podem ser admoestados pelo juiz, ou sujeitos a demonstrações mais severas segundo a gravidade do caso.

Mas, alem do respeito que o filho deve durante toda a vida aos paes, deve-lhes *obediencia* durante a menoridade, em tudo o que não seja *illicito*.

Em tudo o que não for illicito deve tambem o serviçal obediencia ao amo, artigo 1383.º n.º 1.º, e a mulher ao marido, artigo 1185.º, devendo subentender-se tambem n'este caso, apesar do silencio do artigo, a restricção *em tudo o que não for illicito*. Igualmente o tutelado deve obediencia ao tutor, vista a disposição do artigo 243.º n.º 3.º

A ordem deve ser desobedecida quando tem por objecto a pratica de uma acção criminosa ou immoral.

O juiz da criminalidade ou immoralidade da acção é a pessoa, a quem cumpre obedecer, e mais tarde a auctoridade publica, se os factos assumirem tal gravidade, que reclamem a sua intervenção.

Como consequencia do direito de educação póde o tutor castigar o tutelado menor, artigo 243.º n.º 3.º, bem como o amo o serviçal menor, com relação ao qual faz as vezes de tutor, artigo 1384.º n.º 1.º, e por maioria de rasão o pae ao filho, como tambem se infere do artigo 143.º

Porém os castigos devem ser *moderados*, isto é, accommodados á indole e idade do menor, e á gravidade do facto.

O direito de castigar o menor não póde ir até rigores excessivos e brutaes. Quando o menor se não corrigir por meio de advertencias moderadas, e de castigos compativeis com a boa educação, deve recorrer-se ao juizo ou ao conselho de familia, segundo elle está sujeito ao patrio poder ou á tutela, para soffrer a pena de prisão.

E na hypothese do artigo 143.º o juiz não tem mais do que prescrever a *execução* da prisão ordenada pelo pae, ou conhece elle mesmo dos motivos da prisão, e é elle quem a ordena?

O codigo francez a este respeito distingue, segundo a idade dos menores, e a sua qualidade de filhos do primeiro matrimonio, se o pae é binubo.

O nosso codigo não reconhece estas distincções, e defere ao juiz o *conhecimento* dos motivos da prisão, como se infere das palavras *pelo tempo que lhe parecer justo*. O pae requer ao juiz a prisão do filho, allegando os motivos que tem para isso, e o juiz, conhecendo summariamente do allegado, ordena ou não a prisão pelo tempo que lhe parecer justo, comtantoque não exceda a um mez, garantia estabelecida no interesse da liberdade do filho, contra o arbitrio do pae e do magistrado.

Póde porém o pae fazer cessar a prisão, porque verdadeiramente é elle o offendido, e não a sociedade.

Na prisão do menor tutelado são exercidas as funcções do juiz pelo conselho de familia, sem que o juiz tenha outra intervenção que não seja fazer cumprir a deliberação do conselho.

Não crêmos que o amo, apesar do direito de corrigir o serviçal menor, como se fôra seu tutor, possa requerer a sua prisão, vistoque o serviçal tem superior, a quem o amo deve dirigir-se, e que poderá proceder, nos termos do artigo 143.º ou 243.º n.º 3.º, segundo as circumstancias; e o amo tem alem d'isso a faculdade de o despedir.

A mulher, comquanto deva obediencia ao marido, sendo obrigada a viver com elle e a acompanha-lo para toda a parte, a não ser para paiz estrangeiro, como dispõe o artigo 1186.º, não póde ser por elle corrigida com castigos corporaes. Essa faculdade dada ao marido repugnaria á igualdade de direitos, que competem ao marido e á mulher na sociedade matrimonial.

A obediencia, que a mulher deve ao marido, segundo o disposto no artigo 1185.º, não deriva de direito algum de tutela, que sobre ella exerça o marido, mas da posição de chefe de familia, que lhe compete nos termos do artigo 138.º Logoque o marido ponha mãos violentas sobre a sua mulher, entendemos que se dá o caso de sevicias ou injurias graves, que justificam a separação, artigo 1204.º n.º 4.º

O disposto no artigo 143.º continuará a ser letra morta, como o tem sido até aqui, apesar de reconhecido na legislação anterior ao codigo. Poucos são os exemplos de paes ou de tutores recorrerem ao juiz para os auxiliar no castigo dos filhos ou tutelados.

Por outro lado não temos casas de correcção destinadas *para este fim*. Portanto, emquanto as não houver, suspensa está a execução do codigo n'esta parte, por força do disposto no artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867.

Alem d'isso é indispensavel um regulamento do governo, que prescreva o modo de executar o preceito do artigo, devendo determinar que nos registos judiciaes não fiquem vestigios d'esta punição de familia, que póde prejudicar o homem no futuro, recordando faltas da sua infancia, como succede em França e succedia entre nós nas causas de supprimento do consentimento paterno para o casamento dos filhos, cujos processos, depois de findos, se queimavam.

O ministerio publico deverá ser ouvido antes de se passar a ordem de prisão, por argumento do disposto no artigo 221.º O projecto de codigo de processo não providenceia a este respeito.

Art. 144.º Pertence aos paes a propriedade e usufructo dos bens, que os filhos adquirem emquanto estão em sua companhia, com o emprego de meios ou capitaes pertencentes aos mesmos paes, salvo o direito de os remunerar, dando-lhes alguma parte dos ditos bens.

Art. 145.º Pertence aos paes só o usufructo dos bens, que os filhos que estão em sua companhia adquirem por seu tra-

balho, industria e recursos proprios, ou por qualquer titulo gratuito.

Vejamos agora os direitos dos paes quanto *aos bens* dos filhos. Ha bens em que os paes têem a propriedade e o usufructo, artigo 144.º, bens em que têem só o usufructo, artigo 145.º, bens em que têem só a administração, artigo 146.º, e bens em que não têem propriedade, nem usufructo, nem administração, artigo 147.º

Outra innovação importante e justa do codigo é conceder tambem á mãe o usufructo, que até agora se concedia só ao pae que, nem pelo facto da geração, nem pelos sacrificios que custam os filhos, nem pelo amor que lhes votam os progenitores, deve ter garantias e vantagens superiores ás da mãe.

Um dos pontos mais debatidos ao tempo da promulgação do codigo, foi se ás mães que tinham enviuvado antes de 22 de março devia ou não pertencer o usufructo a contar d'aquella data.

É nossa opinião que pela morte do pae ficára o filho definitivamente investido no direito do usufructo, ainda que por si não exercesse a administração, de modo que não podia conceder-se á mãe, apesar da disposição da lei nova, sem offender o direito adquirido do filho. E tanto mais que o usufructo não é attributo essencial e indispensavel do patrio poder, artigos 162.º e 166.º

No entretanto os tribunaes têem decidido que pertencem ao filho todos os rendimentos até á data de 22 de março, mas que o usufructo desde esse dia pertence á mãe.

Em accordão de 11 de dezembro de 1868 julgou a relação do Porto que o tutor testamentario, nomeado antes da execução do codigo civil, deixou de exercer as suas funcções, logoque elle começou a vigorar, pertencendo immediatamente á mãe o usufructo e a administração dos bens, como consequencia do patrio poder.

Diz o accordão:

«Considerando que, ultimado como está o inventario a que se procedeu por fallecimento do conde de Lagoaça, pae do menor, tem este, representado pela requerente, a propriedade exclusiva de todos os bens que lhe couberam em partilha, sendo a mãe a tutora, administradora e usufructuaria de todos elles (artigos 2158.º, 137.º e 155.º do codigo);

«Considerando que, supposto não haja no codigo civil a expressa providencia da antiga ordenação, livro 4.º, titulo 96.º § 22.º, comtudo é certo que, quando no fôro appareçam duvidas sobre direitos e obrigações (como na especie dos autos) que não estejam reguladas pelo codigo, devem ser resolvidas por qualquer dos meios prescriptos no artigo 16.º do mesmo codigo;

«Considerando que desde que a lei reconhece um direito, cumpre tambem legitimar os meios indispensaveis para o exercicio d'esse direito (artigo 12.º do codigo);

«Considerando que não póde deixar de ser do espirito do citado codigo que depois de estabelecer os direitos que pertencem ao conjuge sobrevivo em relação aos filhos menores e á administração dos seus bens, esse conjuge fosse investido na posse e no exercicio dos direitos conferidos, e da propriedade exclusiva dos bens que em partilha couberam aos filhos, poisque essa posse e exercicio são a consequencia da concessão d'aquelle direito;

«Considerando que, se assim não fôra, haveria na lei, ou disposições viciosas, ou contradicções e incompatibilidades, o que é absurdo suppor;

«Considerando que na presença de taes motivos não podia a requerente ser tolhida de entrar na posse e no exercicio dos direitos que a lei lhe confere, etc.»

Igual decisão tomou o mesmo tribunal em accordão de 3 de março de 1869.

São dos paes em propriedade e usufructo os bens que os filhos adquirem em companhia dos paes com capitaes d'estes, porque em tal caso a acquisição é uma especie de accessorio do capital, e deve seguir a mesma condição, como acontece quando o filho faz com dinheiro e ordem do pae qualquer transacção mercantil.

Se porém o que o filho adquire, ainda em companhia dos paes, é devido, não aos capitaes do mesmo pae, mas á sua industria e recursos proprios, como ao exercicio de qualquer officio mechanico, pertence a propriedade ao filho, e só o usufructo ao pae.

Por um lado dá-se estimulo e premio ao filho que trabalha, e por outro indemnisa-se o pae, que o sustenta e educa.

Se a acquisição proveiu de alguma herança, legado ou doação feita ao filho, ao pae tambem pertence só o usufructo, porque os seus meios em nada concorreram para similhante acquisição.

Por direito romano o que era dado ao filho em attenção ao pae, tambem pertencia a este. Porém pelo codigo só o que o filho adquire em companhia do pae com capitaes d'este é que pertence em usufructo e propriedade ao pae.

Se a acquisição foi a titulo oneroso, como a compra de qualquer predio rustico ou urbano, pertence ao pae em propriedade e usufructo, sendo a compra feita com dinheiro d'este, e só em usufructo sendo a compra feita com ganhos do filho.

Este direito de usufructo não dura todo o tempo que os filhos viverem *em companhia* dos paes, cessa pela emancipação ou maioridade dos filhos, e por todas as outras causas marcadas no artigo 149.º

Se os filhos continuam a viver em companhia dos paes depois da maioridade ou da emancipação, a adquisição dos bens d'ahi em diante não está sujeita aos principios geraes em que assenta o patrio poder, mas rege-se pelas disposições relativas á sociedade familiar, artigo 1281.º e seguintes.

Que significarão as palavras *salvo o direito de os remunerar*, empregadas no artigo 144.º?

Parece á primeira vista escusado que se garanta aos paes o *direito* de remunerar os filhos com parte do que estes adquirem, sendo talvez mais racional impor aos paes, como *obrigatoria*, e não como facultativa, essa remuneração.

Inclinâmo-nos porém a que estas palavras, traducção fiel, como o resto do artigo, do artigo 151.º do projecto do codigo hespanhol, significam que a remuneração feita pelo pae, não virá á collação nos termos do artigo 2098.º Esta interpretação parece-nos plausivel, e sem ella não achâmos rasão de ser para aquelle preceito. O filho com relação a estas doações deve ser considerado como estranho. O mesmo é se o pae, em logar de lhe doar cousa determinada, o associa nos lucros, dispensando-lhe uma certa percentagem nos ganhos, como fazem muitos, para incitar os filhos ao trabalho.

Os paes dos perfilhados não têem sobre os bens d'estes o direito de usufructo, artigo 166.º Mas se a perfilhação for voluntaria, nos termos do referido artigo, como gosam do patrio poder, são os administradores dos bens dos filhos, e devem gosar do direito que o artigo 144.º concede aos paes dos legitimos e dos legitimados.

Art. 146.º Pertence aos paes só a administração:

1.º Dos bens doados ou deixados aos filhos com exclusão do usufructo dos paes;

2.º Dos bens provenientes de successão, de que os paes forem excluidos por causa de indignidade. Mas esta disposição não abrange o conjuge não declarado indigno.

(Vid. artigo 1877.º e 1979.º) 1.º, etc. O testador ou doador que contempla algum menor póde determinar, como consequencia do seu direito de dispor, a exclusão dos paes do contemplado, tanto do usufructo como da administração dos bens, ou porque não queira ampliar aos paes o beneficio concedido aos filhos, ou porque os julgue inhabeis para administrarem os bens. E similhante clausula não é contraria ao poder paternal, porque, segundo a decisão de um tribunal francez citada por Rogron nas notas ao artigo 387.º do codigo civil Napoleão, o direito de administração, e por maioria de rasão o de usufructo, não póde considerar-se como consequencia *essencial* do patrio poder, o que não succede com a administração da pessoa do filho, de que o pae não póde ser privado por uma condição escripta n'um testamento; e o disposto no artigo 162.º do nosso codigo conforma-se com aquella decisão.

A condição de tirar ao pae a administração dos bens dados ao filho não póde considerar-se das prohibidas. Se se lhe póde negar o usufructo, que é o util e positivo, por maioria de rasão póde negar-se-lhe a administração, que é um encargo e verdadeira responsabilidade; aliás subsistiria a liberalidade contra a expressa vontade de quem a fez, ou se annullaria com grave prejuizo do filho, a quem se quiz favorecer.

O usufructo póde negar-se ao pae, expressa ou tacitamente, dando-lhe destino, como para as despezas do filho na carreira das armas, da industria, das letras, etc.

A condição, que exclue os paes do usufructo dos bens dos filhos, como expressamente declara o projecto do codigo hespanhol no artigo 154.º, fonte d'este, não póde impor-se sobre a legitima, que quanto aos herdeiros necessarios deve ser respeitada nos termos que a seu tempo veremos.

Cada qual póde impor as condições que lhe aprouver á sua liberalidade, mas não ao pagamento de uma divida, e a legitima é verdadeira divida para aquelle que tem herdeiros necessarios.

2.º Se houver desherdação, nos termos determinados nos artigos 1876.º e 1877.º, a pena de desherdação não abrange os filhos do desherdado, que não póde estender-se a pena alem da pessoa do delinquente.

Exemplo. A, tinha dois filhos, B e C, e desherdou a C por este ter commettido contra elle delicto grave; por morte de A, ou C seja vivo, ou tenha fallecido, deixando um filho por nome D, reparte-se a herança entre B e D, porque D não tem culpa do facto criminoso praticado por seu pae.

Se A morre antes de C, este não tem o usufructo dos bens de A, e vão-se accumulando os rendimentos para se entregarem a D, logoque este chegue á maioridade ou se emancipe. Mas a mãe de D tem direito ao usufructo, apesar de ser conjuge de C, porque a exclusão não abrange o conjuge innocente, mas sim e unicamente o culpado.

Por direito anterior fazia-se differença entre *incapazes* e *indignos*.

Reputavam-se *incapazes* os que por circumstancias de sua natureza ou posição não podiam receber a herança, como as corporações

ecclesiasticas e os religiosos professos; e *indignos* os que pelo seu mau procedimento se tornavam desmerecedores de ter parte na successão, como os desherdados.

O codigo falla n'este artigo de *indignos*; nos artigos 1978.º e 1979.º de *incapazes*; e, com relação aos donatarios, para significar a mesma idéa, usa da palavra *inhabeis*, artigo 1481.º No artigo 1541.º do projecto, correspondente ao artigo 1481.º do codigo, vinha a palavra *incapazes*, que a commissão revisora, em sessão de 4 de dezembro de 1863, resolveu substituir pela palavra *inhabeis*.

N'outros artigos, como no 2181.º, a palavra *incapazes* acha-se empregada para designar os que não podem por si reger-se e administrar seus bens.

Os effeitos juridicos da incapacidade e indignidade em materia de successão são exactamente os mesmos. Era importante esta differença emquanto estava em vigor a velha ordenação, que destinava para o fisco as heranças dos indiguos. Porém, desde que a carta constitucional acabou com a pena do confisco, a distincção não tem importancia juridica.

Esta doutrina só tem applicação em materia de successões ab intestato. Os artigos 1877.º e 1979.º são a reproducção do disposto em o n.º 2.º do artigo 146.º, com a differença de ampliarem *expressamente* a todos os descendentes o que o referido numero d'este artigo applica aos filhos, e de darem a rasão do preceito da lei, que vem a ser *a incapacidade do herdeiro terminar n'elle*.

Hoje não ha incapacidade para a successão senão em relação ás religiosas professas e ás corporações de instituição ecclesiastica. Os egressos são hoje considerados como quaesquer outros parentes. O codigo revogou toda a legislação especial, e portanto a lei de 13 de julho de 1855 e todas as outras anteriores, que restringiam a capacidade successoria dos religiosos secularisados, e a este respeito é bem expresso o n.º 1.º do artigo 1779.º

A *incapacidade* do herdeiro é um facto personalissimo, e o que é pessoal não se transmitte, termina na pessoa em quem se dá.

O projecto primitivo só concedia aos descendentes do incapaz o haverem a herança a este deferida quando n'ella succediam por direito proprio.

O projecto do sr. Seabra dizia assim no artigo 2130.º, correspondente ao artigo 1979.º do codigo: «Os filhos e descendentes do incapaz, ou do que haja sido desherdado, não serão comtudo excluidos de succeder pelo facto de seus paes, ainduque vivos sejam, se forem chamados por direito proprio; mas, se forem chamados simplesmente por direito de representação, só poderão reclamar a legitimaria porção que houvesse de pertencer ao incapaz».

A commissão revisora desde logo alterou a redacção nos termos que hoje se lêem no codigo, devendo ter supprimido na ultima revisão, por desnecessaria, a palavra *filhos*, que se lê no artigo 1979.º, como a supprimiu no artigo correspondente ao artigo 1877.º do codigo, visto que estão comprehendidos na palavra «*descendentes*».

A redacção do artigo 2130.º do projecto primitivo, admittindo a representação de *pessoas vivas*, ia de encontro aos principios geraes, que regem a materia das successões, assim como succedendo os descendentes do incapaz por direito proprio só aos ascendentes d'este, mal se explicava como é que o incapaz havia de ter porção *legitimaria* em successões de pessoas que não fossem seus ascendentes, salvo se fossem descendentes.

O codigo estabelece um systema logico. Considera o incapaz como

fallecido, e chama á successão os descendentes do incapaz na herança a este deferida, como se elle já não vivesse.

Os descendentes do incapaz succedem n'este caso sempre por direito proprio, porque esta doutrina é só applicavel ás heranças provenientes dos *ascendentes* do incapaz.

Se em vez de ser o filho o desherdade pelo pae, for o pae o desherdado pelo filho, succede o avô ao neto, mesmo vivo o pae?

Os artigos 1877.º e 1979.º estabelecem a successão dos descendentes do *incapaz* nas heranças provenientes dos ascendentes d'este, mas não estabelecem a successão dos ascendentes do incapaz nas heranças a este provenientes dos seus descendentes. E, o que é mais, o artigo 1879.º, tornando applicaveis aos ascendentes o que os artigos 1876.º e 1878.º dispõem relativamente aos descendentes, não lhes torna applicavel o disposto no artigo 1877.º

No entretanto não póde deixar de applicar-se por analogia aos ascendentes o que o artigo 1979.º dispõe para os descendentes. Se o avô succede ao neto tendo fallecido o pae, não póde deixar de succeder-lhe, achando-se o pae incapaz.

E se o pae sobreviver ao avô, poderá depois haver por intermedio d'este a successão do filho, que d'este não poderia haver directamente? Parece-nos verdadeira a affirmativa. A incapacidade filha de indignidade é sómente *relativa* á pessoa, contra a qual se praticou o facto indigno.

O caso de indignidade não póde dar-se senão entre ascendentes e descendentes, aos quaes só é applicavel a doutrina das desherdações. Os transversaes, como não são obrigados ás legitimas, e podem livremente dispor de seus bens, preterindo os herdeiros não legitimarios, por mais offendidos que tenham sido pelos seus proximos parentes, suppõem-se que esqueceram todas as offensas pelo facto de não os excluirem da successão.

Casos de *incapacidade individual* não podem dar-se pela nossa legislação vigente, porque, alem das corporações de instituição ecclesiastica, *incapazes* propriamente temos apenas as religiosas professas, se alguma d'ellas tem ainda ascendente, nenhuma terá de certo descendentes *successiveis*. Quanto aos condemnados, sem embargo do disposto em o n.º 2.º do artigo 1779.º, nenhuma pena importa a incapacidade de ser instituido herdeiro, nem mesmo a pena de morte. O artigo 52.º do codigo penal diz que o condemnado á morte perde todos os direitos politicos, mas não diz que perde todos os direitos civis.

A perda da propriedade, posse e administração de todos os bens não importa a perda de *faculdade* de adquirir novos bens, comquanto immediatamente á acquisição elles devam passar tambem aos herdeiros legitimos.

Art. 147.º Não pertence aos paes, nem o usufructo, nem a administração:

1.º Dos bens que os filhos adquirem por seu trabalho e industria, vivendo sobre si com permissão dos paes;

2.º Dos bens que os filhos adquirem pelas armas, letras ou artes liberaes, vivam, ou não, em companhia dos paes;

3.º Dos bens que forem doados ou deixados aos filhos com exclusão de administração dos paes.

(Vid. artigo 1536.º n.º 2.º) Dos bens comprehendidos em os n.ºs 1.º e 2.º é o proprio menor o administrador, considerando-se para este effeito como emancipado, segundo dispõe o projecto de codigo civil de Hespanha nos artigos 154.º e 155.º, fontes d'este, e se infere do artigo 1536.º n.º 2.º

É singular que o codigo não declare positivamente quem é o administrador legal d'estes bens, vistoque não pertence a administração ao pae, deixando-nos assim reduzidos ao argumento indirecto, deduzido do artigo 1536.º n.º 2.º

Porém reconhecendo o artigo 1536.º n.º 2.º que o menor póde ter bens com livre administração, esses bens não podem deixar de ser os comprehendidos em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 147.º

Estes bens podem os menores hypotheca-los, vende-los e fazer a respeito d'elles qualquer transacção, como se fossem maiores. Se o menor teve a capacidade precisa para os adquirir não póde deixar de ter a aptidão necessaria para os administrar. Não póde haver pois inconveniente em conferir ao menor n'este caso tão ampla faculdade, não só porque similhantes acquisições não podem ter logar na epocha proxima á maioridade, em que a rasão tem já grande desenvolvimento, mas porque é um estimulo e premio dado ao menor que em certa idade soube adquirir bens com o seu trabalho. Este favor já existia em direito romano com relação aos bens castrenses e quasi castrenses.

Aqui entrega-se a administração dos bens ao menor por motivos de utilidade publica, vistoque a sociedade interessa em promover o amor pelo trabalho. Não succede o mesmo com relação aos bens comprehendidos em o n.º 3.º, em cuja adquisição só interessa o adquirente, e que podem recair n'uma creança sem uso de rasão.

Em vez das palavras «*sobre si*» empregadas em o n.º 1.º do artigo, liam-se no projecto primitivo as palavras «*em economia separada*», que foram conservadas pela commissão revisora nas edições de 1863 e 1864, e substituidas apenas nos trabalhos da ultima revisão, d'onde resultou o projecto definitivo que foi apresentado pelo governo ás côrtes.

A permissão dos paes para os filhos viverem sobre si póde ser tacita ou expressa. O filho que vive em separado do pae, sem reclamação d'este, presume-se auctorisado por elle.

Não poderia admittir-se que o pae se prevalecesse da falta de permissão expressa para depois se aproveitar do usufructo dos bens adquiridos pelo filho.

O pae não tem o usufructo dos bens que os filhos adquirem fóra da sua companhia, artigo 144.º

Pelas nossas leis anteriores o filho menor só tinha a propriedade, usufructo e administração dos bens que adquiria pelas armas ou pelas letras, vivesse ou não em companhia dos paes. O codigo porém ampliou n'esta parte o direito dos filhos, equiparando ao antigo peculio castrense e quasi castrense todos os bens adquiridos no exercicio das artes liberaes, e deu-lhes o mesmo direito sobre os bens adquiridos pelo seu trabalho e industria, comtantoque vivessem em economia separada dos paes com permissão d'estes, porque se vivessem em companhia dos paes era a estes que pertencia o usufructo e a administração, artigo 144.º

Dos bens comprehendidos em o n.º 3.º, se o testador ou doador não providenciou, nos termos do artigo 197.º § unico, será o administrador o nomeado pelo conselho de familia, argumento do artigo 141.º § unico. (Vid. nota ao artigo 146.º n.º 1.º)

Art. 148.º Os encargos do usufructo pertencentes aos paes são:

1.º Todos aquelles a que em geral estão sujeitos os usufructuarios, excepto a caução;

2.º A decente sustentação e educação dos filhos, conforme a sua condição e os seus haveres;

3.º O pagamento de quaesquer prestações ou interesses atrazados, a que os bens usufruidos estejam obrigados.

§ unico. A excepção feita no n.º 1.º relativamente á caução cessará para o pae, se passar a segundas nupcias.

As obrigações principaes do usufructuario são fazer inventario e prestar caução, artigo 2221.º Quanto á caução exceptua a lei o pae d'este onus pela presumpção que elle inspira de que zelará com todo o cuidado os bens do filho, presumpção que cessa apenas pelo facto de elle passar a segundas nupcias. Passando o pae a segundas nupcias não póde ser dispensado da caução senão na hypothese do § 2.º do citado artigo 2221.º

Se a mãe, apesar de binuba, póde ser dispensada de prestar caução, ainda continuando na administração dos filhos, é porque perde em todo o caso o usufructo, artigo 162.º

Se o pae póde ser dispensado de prestar caução na especie do artigo 151.º é porque se não dá então a hypothese de elle ter passado a segundas nupcias.

A commissão revisora com rasão supprimiu nos trabalhos da ultima revisão as palavras «*a que sómente serão obrigados passando a segundas nupcias*» por que terminava o n.º 1.º do artigo 148.º no projecto primitivo, e que a commissão ainda conservou nas edições de 1863 e 1864, substituindo-as pelo disposto no § unico do artigo, porque a mãe desde que passar a segundas nupcias perde o usufructo dos bens dos filhos, salvo o caso previsto no § 2.º do artigo 2221.º, mas não é necessariamente obrigada a prestar caução pela administração dos bens dos filhos, podendo ser dispensada de a prestar por deliberação do conselho de familia.

Portanto na constancia do matrimonio, ou depois de dissolvido, mas antes de passarem a segundas nupcias, não são os paes obrigados a prestar caução pelos bens dos filhos senão na hypothese e nos termos prescriptos no artigo 151.º

Depois de passarem a segundas nupcias o pae é obrigado a prestar caução, e a mãe póde ser obrigada a presta-la não pelo usufructo, que perdeu, mas sim pela continuação da administração dos bens dos filhos, se n'ella for conservada. Só não podem ser obrigados a prestar caução, apesar de terem passado a segundas nupcias, se d'esse onus tiverem sido dispensados pelo testador ou doador, nos termos do artigo 2221.º § 2.º

As nossas leis, tanto antigas como modernas, trataram de precaver os interesses dos filhos do primeiro matrimonio, pela presumpção de que os paes binubos inclinariam mais as suas affeições para o segundo conjuge e para os filhos do segundo leito.

Não providenceia o codigo expressamente com relação aos encargos dos paes que são meros *administradores* dos bens dos filhos, sem direito a usufructo. Os paes n'este caso são obrigados a dar contas não só dos bens, mas dos rendimentos, artigo 152.º, não prestando o pae caução n'este caso pelo facto de passar a segundas nupcias, visto ser mero administrador, e não usufructuario, mas prestando-a a mãe, se assim for determinado pelo conselho de familia.

Que significam as palavras «*quaesquer prestações ou interesses atrazados*»? O n.º 3.º do artigo 385.º do codigo civil francez, fonte d'este, diz assim: *des arrérages ou intérêts des capitaux*; e diz Rogron que *arrérages* não significa interesses atrazados, mas sim os productos de rendas perpetuas ou vitalicias, e que *ou intérêts* significa o producto de capitaes com qualquer collocação que não seja a renda; e accrescenta que o tribunal de Nimes julgou que *les arrérages ou intérêts des capitaux*, vencidos antes da successão do usufructo, são de pleno direito a cargo do menor, e não do usufructuario.

O nosso codigo não seguiu á risca o codigo francez, porque faz pesar expressamente sobre o pae, como usufructuario, *os interesses atrazados* que não estão a cargo d'este, segundo a legislação franceza.

O pae usufructuario fica obrigado ao pagamento de quaesquer pensões e juros ainda atrazados que pesem *especialmente* sobre os bens usufruidos. O pae, assim como recebe as pensões, rendas e juros de capitaes mutuados pertencentes ao menor, igualmente os deve pagar pelo usufructo, e não só as que se vão vencendo, mas as que estavam *atrazadas* ou vencidas ao tempo da successão no usufructo.

O usufructuario não é obrigado a pagar o *capital* de quaesquer dividas ou encargos, mas só os *rendimentos* d'esse capital ou encargos. A *propriedade* dos bens e o *capital* dos encargos passa ao proprietario, o *rendimento* dos bens e os *onus* do capital ao usufructuario.

É o que se infere da letra do artigo, e ainda mais se confirma com o disposto nos artigos 2234.º a 2239.º, onde se determina que o pagamento do capital é por conta do proprietario, e o dos juros por conta do usufructuario.

Art. 149.º O direito de usufructo concedido aos paes extingue-se:

1.º Pela emancipação ou maioridade dos filhos;

2.º Por condemnação criminal dos paes, que envolva interdicção do poder paternal;

3.º Se a mãe passa a segundas nupcias;

4.º Se o pae ou mãe, por morte do outro conjuge, não promove inventario dentro do praso estabelecido no artigo 156.º;

5.º Pela renuncia.

§ unico. A renuncia feita em favor do filho será tida em conta de doação.

(Vid. artigos 156.º e 162.º) 1.º e 2.º, etc. Sendo o usufructo uma consequencia do patrio poder, como meio de indemnisar o pae e a mãe dos cuidados e dos serviços que prestam aos filhos, é claro que cessando o patrio poder cessa o usufructo.

Por isso o usufructo se extingue em todos os casos em que, segundo o artigo 170.º, termina o patrio poder. O artigo 149.º não menciona o primeiro caso especificado no artigo 170.º, porque a menção d'esta hypothese é escusada tanto lá como aqui.

A interdicção do patrio poder, como veremos em a nota ao artigo 158.º, póde ser decretada, ou como pena principal, ou como accessorio de pena criminal, e em qualquer dos casos a privação do usufructo acompanha a privação do patrio poder, e o usufructo revive quando os paes reassumem o exercicio do patrio poder.

O usufructo, no caso de interdicção por condemnação criminal dos paes, só se extingue quando a interdicção é *perpetua*, porque se é

temporaria suspende-se apenas, e só nos termos prescriptos nos artigos 168.º a 170.º

3.º, etc. A mãe binuba perde, em pena de passar a segundas nupcias, o *usufructo* dos bens dos filhos de anterior matrimonio; e a continuação na *administração* dos bens depende da resolução do conselho de familia. A mãe que passa a segundas nupcias, tendo filhos do anterior matrimonio, revela tão pouco amor por estes, que são justificadas todas as restricções que a lei lhe imponha nas vantagens que ella gosava na qualidade de mãe.

O seu poder emquanto *ás pessoas* dos filhos não o perde, porque é uma consequencia tão *essencial* do patrio poder que só se perde ou suspende no caso de interdicção judicial, e por isso póde exigir que o conselho de familia arbitre as mezadas convenientes para a decente sustentação e educação dos filhos, conforme a sua condição e haveres, quando seja privada da administração de seus bens.

O conselho de familia póde priva-la ou mante-la na administração dos bens, e n'este caso dispensa-la ou exigir-lhe caução, em harmonia com o disposto no artigo 919.º, isto é, tendo attenção á importancia dos moveis e dos rendimentos, que ella poderá accumular em sua mão, vistoque só dá contas de quatro em quatro annos, artigo 152.º

Se o conselho de familia tiver inteira confiança no seu zêlo pela administração dos bens dos filhos poderá dispensa-la da caução.

A lei, privando de muitas vantagens a mãe que passa a segundas nupcias, cede diante da triste presumpção de que a mãe binuba sacrifica muitas vezes a pessoa e bens dos filhos de anterior matrimonio em proveito do segundo marido ou dos filhos do segundo leito. Mas por uma singular contradicção quasi todos os codigos, tanto antigos como modernos, conservam ao pae binubo a integridade dos seus direitos sobre as pessoas e bens dos filhos.

As rasões especiosas que se têem allegado a favor do pae são refutadas pela triste e constante experiencia de que para os enteados são muito mais funestas as madrastas do que os padrastos.

Deveria estabelecer-se absoluta igualdade entre o pae e a mãe binubos, e a fazer-se alguma differença devia ser a favor da mãe, em attenção á fraqueza do seu sexo.

As mães costumam formar a primeira educação dos filhos, vivem com elles em maior contacto do que o pae, e repugna por isso á natureza que se negue á mãe o que se concede á madrasta á sombra do pae binubo.

Portanto á mãe binuba devia ficar pertencendo o usufructo dos bens dos filhos, como ao pae binubo, ou ambos deviam ser privados d'elle.

Auctorisar o conselho de familia a priva-la da administração dos bens dos filhos é disposição de boa providencia juridica, não só porque a administração dos bens é encargo mais proprio de homens do que de mulheres, mas porque debaixo de outros pontos de vista póde occasionar prejuizos aos filhos menores. Mas revoltâmo-nos contra a theoria que condemna e castiga nas mulheres o segundo matrimonio, que é tão legitimo e honesto aos olhos da moral e do direito como o anterior, theoria que, longe de promover á moralidade nas mulheres, as convida e incita á immoralidade.

A viuva que viver em escandalosa mancebia, e tiver filhos illegitimos com quem haja depois de repartir a fortuna dos legitimos, nem por isso é privada do usufructo dos bens d'estes. Mas no dia em que legitimar a cohabitação por meio do sacramento ou do contrato do matrimonio perdeu immediatamente o usufructo dos bens dos filhos de anterior matrimonio!

As condições, aliás reconhecidas e legalisadas em muitos estabelecimentos que privam a mulher de certas vantagens logoque casa, e as clausulas usadas nas convenções matrimoniaes, pelas quaes lhe são retiradas as vantagens concedidas para a viuvez logoque passe a segundas nupcias, deviam ser reprovadas como immoraes.

Estas condições restrictivas obrigam muitas vezes as mulheres a permanecer na immoralidade, no escandalo e no vicio, para não perderem com a santificação de uma cohabitação illicita vantagens que só são concedidas durante a viuvez.

A viuva que passa a segundas nupcias perde até o direito a alimentos que era obrigado a prestar-lhe o assassino de seu marido, quando este foi victima de homicidio voluntario, artigo 2384.º

Este desfavor exagerado com que a lei trata as mulheres binubas, alem de repugnar aos sentimentos da natureza, offende a moralidade e contraria as boas conveniencias sociaes.

A mulher binuba só póde gosar dos rendimentos dos bens do filho quando tiver a infelicidade de o perder, artigo 1236.º, porque n'esse caso fica com o usufructo sem a propriedade.

Perde igualmente o usufructo o pae sobrevivo que não requer inventario dentro dos sessenta dias a contar da morte do predefunto, nos termos do artigo 156.º

O conjuge sobrevivo requer inventario *dos bens que pertencem ao menor*, se o casamento foi com separação de bens, de modo que o menor só tem a haver o que era do pae predefunto, *ou que deverem ser repartidos com elle*, se o casamento foi por costume do reino, de modo que é necessario proceder a inventario de todo o casal, e effectuar depois a partilha entre o menor ou quaesquer outros interessados e o pae sobrevivo.

5.º etc. A renuncia é um meio ordinario de extinguir direitos, artigo 815.º Se o pae renuncia ao seu direito, reverte este logo em favor do filho; mas como similhante cedencia tem o caracter de doação, o filho ha de trazer á collação por morte do pae o valor do usufructo, nos termos do artigo 2098.º

Art. 150.º Os paes não podem alienar, hypothecar, ou por qualquer outro modo obrigar os bens dos filhos, sendo meros usufructuarios ou administradores dos ditos bens, excepto no caso de urgente necessidade, ou de proveito evidente para o menor, precedendo auctorisação judicial, com audiencia do ministerio publico.

Os bens adquiridos pelos menores, em que os paes têem usufructo e propriedade, bem podem ser vendidos por estes, como seus que são. Os bens porém, de que os paes têem apenas o usufructo ou a administração, não podem ser vendidos sem auctorisação do juiz respectivo com audiencia do ministerio publico, dispensando-se a intervenção do conselho de familia, que aliás era exigida pelo projecto primitivo em vez da auctorisação do juizo.

Porém o despacho do juiz que auctorisar o penhor, a hypotheca ou a venda deve assentar sobre a prova de *urgente necessidade* ou de *proveito evidente*, como para pagar dividas do menor, ou para compra ou troca de qualquer propriedade de reconhecida vantagem para elle.

E a venda ha de ser feita em praça? A dos immoveis sempre; a dos moveis, se forem de pequeno valor, póde o juiz encarregar o pae de os vender particularmente por argumento dos artigos 267.º, 268.º

e 274.º Se o tutor póde ser encarregado de vender particularmente os bens mobiliarios do tutelado, por maioria de rasão póde sê-lo o pae.

A lei dispensa n'estas hypotheses a intervenção do conselho de familia, contentando-se com a fiscalisação judicial, porque não ha conselho de familia durante o poder paternal, artigo 100.º

Porém a venda de bens, ainda mobiliarios, é um acto de tal importancia para os menores, que o legislador não o confiou só ao zêlo e amor dos paes, tornando-o por isso dependente da approvação do juizo.

Art. 151.º Se, durante o exercicio do poder paternal, alguns bens recairem nos filhos, os paes, consistindo a herança em valores mobiliarios de consideravel importancia, serão obrigados a prestar caução, sendo julgada necessaria.

§ unico. Se os paes não podérem prestar a sobredita caução, serão depositados os valores, ou, se os paes o requererem, convertidos em outros valores ou collocados productivamente, com a possivel segurança, e receberão os mesmos paes o rendimento d'elles.

(Vid. nota ao artigo 58.º)

Art. 152.º Os paes não são obrigados a dar contas da sua gerencia, salvo pelo que toca aos bens de que forem meros administradores.

§ unico. Estas contas serão tomadas pelo juiz respectivo, de quatro em quatro annos, e observar-se-ha a respeito do producto liquido ou do alcance, o disposto nos artigos 253.º, 254.º e 255.º

(Vid. nota ao artigo 59.º, e artigos 224.º n.º 20.º e 255.º) Os paes não têem que dar contas dos rendimentos dos bens de que são usufructuarios, porque ninguem dá contas do que é seu.

O projecto primitivo marcando o praso para a tomada das contas dadas pelo pae não marcava praso, nem ao menos o maximo, para as contas da tutela. Porém a commissão revisora em sessão de 26 de outubro de 1860, no exame do artigo 255.º do projecto, que corresponde ao artigo 249.º do codigo, votou os seguintes quesitos: 1.º, que não houvesse praso fixo para a prestação das contas da tutela; 2.º, que ficasse isso ao arbitrio do conselho de familia; 3.º, que se marcasse como maximo o praso de quatro annos.

É resultado d'esta votação o n.º 20.º do artigo 224.º do codigo, que veiu substituir o n.º 20.º do artigo 229.º do projecto, que dizia assim: «Examinar e approvar as contas da tutela nos prasos, que fixar, e em todos aquelles em que extraordinariamente o julgue necessario.»

O pae alcançado nas contas da administração dos bens do filho fica sujeito ao castigo que lhe imponha a lei penal, sem que isso o releve de pagar o alcance quando venha a ter meios, artigo 255.º

É uma excepção até certo ponto á regra de direito penal: *non bis in idem.*

Mas qual é a *lei penal* a que se refere o artigo 255.º?

A reforma judicial no artigo 450.º estabelecia a prisão até pagar todo o alcance para o *tutor que dissipasse* os rendimentos do menor, e não tivesse bens para o indemnisar.

O sr. Seabra no artigo 261.º do projecto primitivo, que corresponde ao artigo 255.º do codigo, adoçando já o rigor do disposto na reforma, dizia o seguinte: «O tutor alcançado que não tiver bens por onde indemnise o menor será removido e preso até que pague o alcance, por tantos dias quantos corresponderem á somma devida, na rasão de 500 réis por dia, não podendo o tempo da prisão exceder a seis mezes»; e no artigo 154.º, que corresponde ao artigo 152.º do codigo, expressamente isentava os paes d'esta pena. A penalidade estabelecida pelo sr. Seabra tinha analogia com o disposto no artigo 101.º § 4.º do codigo penal.

A doutrina ultima do artigo 255.º foi introduzida pela commissão revisora em sessão de 26 de outubro de 1860, sob proposta do sr. José Julio de Oliveira Pinto, hoje fallecido, que todavia só foi approvada depois de larga discussão.

O codigo diz expressamente que o pae ou tutor alcançado fica sujeito ao castigo da lei penal, que não póde ser outra senão o artigo 453.º do codigo penal, que pune com as penas de furto por abuso de confiança o que desencaminha ou dissipa, em prejuizo do proprietario, possuidor ou detentor, dinheiro ou cousa movel, ou titulos ou quaesquer escriptos, que lhe tenham sido entregues por *administração*, para um trabalho, ou para uso e emprego determinado, ou por outro qualquer titulo, que produza obrigação de restituir.

Art. 153.º Se entre os paes e seus filhos menores se levantarem conflictos de interesses, cuja resolução dependa da auctoridade publica, será dado aos filhos, por nomeação do juiz competente, tutor especial que os defenda.

(Vid. artigo 258.º n.º 1.º) Na tutela ha a entidade protutor para defender os direitos do menor em juizo e fóra d'elle, sempre que estejam em opposição com os interesses do tutor, artigo 258.º n.º 1.º Mas durante o patrio poder, que não está sujeito a cautelas preventivas, artigo 141.º, como não ha essa entidade, indispensavel se torna nomear tutor *ad hoc*, sempre que se levante conflicto de interesses entre o pae e o filho.

Este conflicto póde nascer da opposição de interesses, como n'uma questão de partilha. E o meio ordinario de resolver o conflicto de interesses entre qualquer administrador e administrado é nomear a este tutor, ou curador, ou administrador especial que o defenda n'aquelle caso.

Art. 154.º Os paes devem entregar a seus filhos, logoque se emancipem ou cheguem á maioridade, não sendo por outra causa incapazes, todos os bens e rendimentos que lhes pertencem, na fórma declarada nos artigos antecedentes.

§ unico. Os moveis, de que o pae tiver o usufructo, serão restituidos no estado em que se acharem; não existindo, pagará aquelle o valor d'elles, excepto se se tiverem consumido em uso que fosse commum aos ditos filhos, ou tendo perecido por caso fortuito.

Desde que cessa a menoridade devem os paes entregar aos filhos todos os seus bens, de que tinham usufructo ou administração, e todos os rendimentos dos bens, de que eram simples administradores, visto-

que cessou a causa por que os filhos estavam privados da administração de seus bens, que era a menoridade, salvo se os filhos estiverem *incapazes por outra causa,* diz o artigo, como interdicção por demencia, etc.

E não é preciso que a incapacidade *por outra causa* esteja judicialmente declarada, basta que haja processo pendente para esse fim, artigo 313.º N'esta hypothese os paes, como os seus tutores natos, continuam com a administração, salvo se a incapacidade é por demencia, surdez-mudez, ou sentença penal, e o incapaz é casado, porque n'estes casos pertence ao conjuge a administração dos bens, artigos 320.º n.º 1.º, 339.º e 356.º

Só na interdicção por prodigalidade é que os paes excluem da administração o conjuge, que nem é administrador por lei dos bens do prodigo, carecendo, para o ser, de nomeação judicial, artigo 346.º

Os moveis entrega-os o pae no estado em que se acharem, por mais deteriorados que estejam. Se porém não existirem ha de pagar o valor d'elles, salvas duas hypotheses: 1.ª, de terem sido consumidos em uso commum aos filhos, porque acabaram no serviço de seu dono; 2.ª, de terem perecido por caso fortuito, como incendio, inundação, etc., pela regra *res suo domino perit* ou *casus nemo praestat.*

O pae só deveria ser obrigado a repor o valor dos moveis do filho que não existissem findo o usufructo, tendo elle concorrido para a perda dos bens.

Mas se o objecto foi consumido no seu verdadeiro destino, ainda que em uso só do pae, como o animal que morreu, sem ser por caso fortuito, mas no serviço do pae, e de que só este se aproveitava, e não o filho, não vemos rasão para que o pae seja obrigado a pagar, findo o usufructo, o valor do animal que perecer sem culpa sua.

Com esta prescripção, n'alguns casos, o usufructo, em vez de ser vantagem será onus. No entretanto a disposição da lei está redigida com tal clareza, que não admitte duas interpretações.

O pae ha de restituir o valor dos moveis, que perecerem no seu uso, e que não for commum ao menor, se não existirem findo o usufructo, ainda que elle não concorresse para a sua perda.

SECÇÃO VIII

DO PODER PATERNAL, DISSOLVIDO O MATRIMONIO

Art. 155.º Dissolvido o matrimonio por morte de um dos conjuges, o que sobrevive continúa a exercer o poder paternal, devendo conformar-se com as seguintes disposições.

(Vid. nota ao artigo 137.º)

Art. 156.º O conjuge sobrevivo é obrigado a requerer, dentro de sessenta dias, contados desde o fallecimento do outro conjuge, que se proceda a inventario dos bens que pertencem ao menor, ou que deverem ser repartidos com elle.

§ unico. O conjuge que assim o não cumprir perderá o usufructo dos bens do filho.

(Vid. nota ao artigo 149.º n.º 4.º)

Art. 157.º Se, ao tempo da morte do marido, a mulher ficar gravida, fará constar dentro de vinte dias, ou logoque conheça a gravidez, o seu estado ao juiz dos orphãos competente, para que este nomeie curador ao ventre, que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro.

§ unico. Esta curatela dura só emquanto durar a gestação.

Este artigo não vinha no projecto primitivo. Foi introduzido pela commissão revisora logo na primeira revisão, e apparece nas edições de 1863 e 1864 com a mesma redacção, que hoje se lê no codigo, salvo o ter em seguida á palavra *gravida* est'outras *e não tiver outros filhos do mesmo marido,* que a commissão revisora com rasão eliminou, visto que a mãe é excluida da administração dos bens do nascituro, por uma rasão, em que nada influe a circumstancia de ter ou deixar de ter outros filhos do mesmo marido. A mãe não gosa do patrio poder sobre o filho, senão depois de nascido. Durante a gestação o nascituro só se considera como nascido, em tudo o que respeita *aos seus interesses,* e não pelo que respeita aos interesses e direitos dos paes.

Por outro lado se o filho nasce morto ou sem figura humana não perdeu a mãe os direitos que lhe tiverem recaído durante a gestação.

Porém a doutrina do artigo é consequencia do preceito consignado no artigo 6.º Como o individuo, depois de concebido, fica debaixo da protecção da lei, o legislador cuida da conservação dos direitos do nascituro como se elle fôra já nascido.

Desimpedida que seja a mãe da gestação do feto com o nascimento d'este, cessa immediatamente a curadoria provisoria, porque ella assume o patrio poder. Se elle nascer sem vida e sem figura humana reputa-se não nascido para o effeito da herança do pae ser dividida unicamente entre os restantes filhos, e para quaesquer outros effeitos juridicos.

A mãe não póde ser administradora do filho, apenas concebido, e ainda não nascido, administrando por elle a herança do pae, que lhe não pertence, se nasce morto, ou sem figura humana.

Tambem a administração não deve ser confiada aos herdeiros do marido, que não têem direito algum sobre a successão, no caso do posthumo nascer com vida e figura humana.

Nomeia-se portanto um curador ao ventre, encarregado de administrar provisoriamente os bens, cujos proprietarios são incertos; o qual, logoque finda a incerteza, entrega a administração e dá contas a quem de direito for.

Art. 158.º O curador dos orphãos promoverá o andamento e conclusão do inventario, e requererá o que for de direito a favor dos menores, sob pena de perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 62.º)

Art. 159.º O pae póde nomear em seu testamento um ou mais conselheiros, que dirijam e aconselhem a mãe viuva em certos casos, ou em todos aquelles em que o bem dos filhos o exigir.

§ unico. Não gosará d'esta faculdade o pae, que, ao tempo de seu fallecimento, estiver interdicto do poder paternal.

Art. 160.º Só podem ser nomeados conselheiros os individuos que podem ser tutores.

Art. 161.º A mãe, que, em prejuizo de seus filhos, deixar de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae, ou, por qualquer modo, abusar da sua auctoridade materna, poderá ser inhibida, por deliberação do conselho de familia, a requerimento do dito conselheiro, do curador, ou de qualquer parente dos filhos, de reger as pessoas e bens d'estes.

§ unico. N'este caso nomeará o conselho de familia pessoa que sirva de tutor aos filhos menores, nos termos dos artigos 185.º e seguintes.

A auctoridade do pae não póde ser limitada, mas póde sé-lo a da mãe, e unicamente pelo pae. Não póde o pae privar a mãe da administração da pessoa e dos bens dos filhos, mas póde sujeita-la ao *conselho* de pessoa da sua confiança, se a julgar incapaz de per si só administrar vantajosamente.

Os artigos 159.º e 161.º tiveram por fonte os artigos 165.º e 166.º do projecto do codigo civil hespanhol, e Goyena nas respectivas notas dá a rasão das suas disposições, que foi uma transacção entre a opinião dos que queriam conservar ao pae a faculdade de nomear tutor aos filhos com absoluta exclusão da mãe, e dos que pretendiam que ella, dissolvido o matrimonio pela morte do marido, ficasse exactamente com os mesmos direitos sobre os filhos, que teria o pae se fosse o sobrevivo.

Conservar ao pae a faculdade de excluir a viuva da administração da pessoa e bens dos filhos, nomeando-lhes tutor, equivalia a destruir pela base o principio, que garantia o patrio poder ás mães, fazendo-as passar pela vergonha de se verem declaradas indignas de cuidarem da pessoa e bens dos filhos, e pela dor de os verem confiados a um estranho com a exclusão da sua auctoridade. E o mesmo inconveniente havia se se désse força obrigatoria ao parecer do conselheiro nomeado pelo pae.

Porém os que não confiavam na mãe, pela incapacidade e debilidade do seu sexo, e por outras supposições exageradas, não se contentavam com a nomeação do conselheiro, cujo parecer não era obrigatorio para a mãe.

Por isso chegaram á transacção de que o parecer do conselheiro não fosse obrigatorio, mas que se ella deixasse de seguir o conselho *maliciosamente*, como diz o artigo 166.º do projecto de codigo civil hespanhol, ou *em prejuizo de seus filhos*, como diz o artigo 161.º do nosso codigo, podesse ser excluida de reger a pessoa e bens d'estes.

Esta nomeação tem por fim em todo o caso tranquillisar as inquietações do pae, juiz competente sobre a capacidade de sua mulher.

E as funcções dos conselheiros não cessam pelo facto de ella passar a segundas nupcias, mas unicamente pelo facto da emancipação ou maioridade dos filhos.

Não póde ser nomeado conselheiro, senão quem podér ser tutor, visto que os conselheiros são ouvidos sobre actos que constituem as funcções da tutela.

Esta nomeação não póde ser feita senão em acto de ultima vontade, o que aliás não acontece com a nomeação de tutor testamentario, que póde ser feita tambem em acto authentico *inter vivos*, artigo 193.º, comquanto de ordinario só se faça em testamento.

Podem nomear-se conselheiros sem numero fixo, e ou para darem parecer exclusivamente sobre os negocios especificados pelo testador, ou para darem parecer em geral sobre tudo quanto *interessar* ao menor.

A latitude e extensão das funcções dos conselheiros é fixada pelas disposições testamentarias.

Se porém no testamento se não fizer especificação alguma quanto aos actos, em que devem ser ouvidos os conselheiros, é obrigação da mãe ouvi-los em tudo o que interesse á pessoa e bens dos filhos menores.

O pae que não conservar o poder paternal ao tempo da sua morte não póde nomear os conselheiros, ou a interdicção resulte de condemnação judicial, ou de incapacidade pessoal, ou de ausencia.

A palavra *interdicto* não abrange só a privação, filha de condemnação judicial, mas a proveniente de outra qualquer origem.

Era o pensamento do projecto primitivo, no qual o § unico do artigo 159.º era redigido nos seguintes termos: «Não gosará d'esta faculdade o pae que, ao tempo do fallecimento, *não conservar* o poder paternal»; e era o pensamento da commissão revisora, que em sessão de 16 de junho de 1860 approvou o artigo, limitando-se a substituir as palavras *não conservar* por *tiver perdido*, comquanto depois na redacção appareçam, já na edição de 1863, as palavras *estiver interdicto* em vez de *tiver perdido;* e a interdicção abrange tanto a perda temporaria, como a perpetua, do patrio poder.

A restricção, consignada no § unico do artigo 159.º só seria justificada, se se limitasse a interdicção, resultante de condemnação judicial.

O projecto de codigo hespanhol no artigo 165.º, fonte do artigo 159.º do nosso codigo, não amplia a restricção aos casos da interdicção do patrio poder provir de ausencia ou de demencia.

O artigo 165.º do projecto do codigo civil hespanhol acha-se redigido nos seguintes termos:

El padre podrá nombrar á la madre en su testamento uno ó mas consultores, cuyo dictámen haya de oir esta para todos los actos que el padre determine. No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de locura ó ausencia, ni valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior á la pérdida ó suspension de la patria potestad.

O nosso codigo aceitando o principio consignado no artigo 165.º do projecto do codigo civil hespanhol de que a nomeação de conselheiros não é permittida ao pae, que na occasião da morte não estava no goso do patrio poder, não aceitou as excepções.

O certo é que pela nossa lei a nomeação dos conselheiros feita em testamento, ainda anterior á suspensão ou perda do patrio poder, não vale em caso algum. Valem porém as outras disposições do testamento em conformidade das regras geraes de direito, artigos 1762.º e 1765.º

Tambem não tem justificação a pena imposta á mãe no artigo 161.º pela fórma ahi determinada.

A mãe póde deixar em boa fé de seguir o parecer do conselheiro, nomeado pelo pae. Supponhamos que o conselheiro lhe dá parecer para ella empregar capitaes do menor na compra de fundos publicos, convencido de que estes papeis de credito vão subir, e que a mãe, receiosa exactamente do contrario, os não compra, e depois os fundos sobem, é privada a mãe da administração da pessoa e bens dos filhos, porque *em prejuizo* d'estes deixou de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae?

O projecto do codigo hespanhol no artigo 166.º, fonte d'este, esta-

belece doutrina rasoavel, dizendo: «A mãe que *maliciosamente* deixar de seguir o parecer do conselheiro, etc.» Esta disposição vae de harmonia com os bons principios de direito.

Mas pelo preceito do nosso codigo a mãe póde ser inhibida de reger as pessoas e bens dos filhos, se deixar de seguir o parecer do conselheiro com *prejuizo* dos filhos, ou o prejuizo resulte da malicia, ignorancia, ou negligencia ou ainda de acaso.

E o mais é que, por esse simples facto, a mãe póde ser inhibida de reger *as pessoas e os bens dos filhos*, quando pelo projecto primitivo podia ser inhibida de reger só as pessoas ou só os bens dos filhos.

Em presença do codigo sendo inhibida de uma cousa, fica igualmente inhibida da outra, nomeando-se desde logo um tutor aos menores.

Felizmente o rigor da lei achará o devido correctivo no prudente arbitrio do conselho de familia, que poderá tomar em attenção todas as circumstancias determinativas do prejuizo que resultou de a mãe não ter seguido o parecer do conselheiro, e releva-la de qualquer falta.

As palavras do artigo 161.º «*ou, por qualquer modo abusar da sua auctoridade materna*» são uma redundancia em presença do disposto no artigo 141.º

Em conformidade com o legislado já no artigo 141.º, não permitte o artigo 161.º ao filho o requerer a inhibição da mãe do exercicio do patrio poder.

Pelas rasões, que démos no referido artigo 141.º, só o conselheiro, ou parente dos filhos dentro do decimo grau, ou o curador dos orphãos, e não os filhos, podem intentar a acção, que tem por fim inhibir a mãe de reger as pessoas e bens d'estes.

Se algum dos conselheiros morre, ou se impossibilita, ou recusa exercer as suas funcções, não póde ser substituido, porque similhante escolha é exclusivamente do pae. A mãe administrará sem elle. O conselheiro nomeado póde recusar o encargo, como o podem recusar os tutores testamenteiros.

Estes artigos serão provavelmente letra morta; e especialmente em quanto o governo não regular a sua execução.

É mister determinar o modo como ha de funccionar este *conselho especial* quando se nomeia mais de um, o modo de intimar o seu *parecer* á mãe, para depois se poderem provar os factos, que dão logar á pena imposta no artigo 161.º; se em caso de empate decide o juiz por argumento do disposto no § 2.º artigo 12.º do regulamento de 12 de março de 1868; se cada um isoladamente tem direito de aconselhar a viuva, sem accordo com os outros, ainda que sejam muitos, como parece, etc.

Art. 162.º A mãe que passar a segundas nupcias perderá, alem do usufructo dos bens dos filhos, a administração dos ditos bens, se n'ella não for mantida por deliberação do conselho de familia; mas conservará o seu poder materno no que disser respeito ás pessoas de seus filhos, e poderá exigir que o conselho de familia lhes arbitre as mezadas convenientes.

§ unico. A mãe binuba, que, por deliberação do conselho de familia, for mantida na administração dos bens dos filhos, é obrigada a dar a caução que ao mesmo conselho parecer necessaria, se elle não julgar conveniente dispensa-la.

(Vid artigo 224.º n.º 1.º) Têem alguns sustentado que as contas, a que é obrigada a mãe binuba, mantida por deliberação do conselho de familia na administração dos bens dos filhos, devem ser prestadas perante este, e não perante o juiz. Nós seguimos opinião contraria.

Effectivamente, a leitura do artigo 162.º, prescindindo do exame dos logares parallelos e da apreciação reflectida do systema do codigo sobre a materia do patrio poder e da tutela, póde levar-nos á conclusão de que a mãe binuba, mantida por deliberação do conselho de familia na administração dos filhos menores, deve prestar contas da sua gerencia perante o mesmo conselho.

Em verdade, a mãe binuba, a quem o conselho de familia conserva a administração dos bens dos filhos menores, parece exerce-la menos pelo direito de mãe, e como consequencia do poder paternal, do que pela *nomeação* do conselho de familia.

Este acto de *manutenção* na administração dos bens tem muita analogia com a nomeação do tutor dativo, ou pelo menos, com a confirmação do tutor legitimo.

É o conselho de familia quem arbitra as mezadas aos filhos, como é o conselho de familia quem taxa no começo da tutela as quantias que o tutor póde despender com o menor e com a administração dos bens, artigo 224.º n.º 8.º

É o conselho de familia quem fixa a caução que a mãe binuba ha de prestar para garantir a administração dos bens dos filhos, e quem tem auctoridade para a dispensar da caução, como é o conselho de familia quem especifica o valor da hypotheca que ha de ficar onerando os bens do tutor, e que o escusa da hypotheca, ou só do registo previo d'ella, e das mais formalidades, para que possa logo entrar em exercicio, artigo 224.º n.º 9.º

No entretanto o principio geral estabelecido nos artigos 138.º e 155.º é que a mãe, dissolvido o matrimonio pela morte, exerce o poder paternal, como este o exercia na constancia do matrimonio, salvas as modificações *expressas* na secção que se inscreve «*do poder paternal, dissolvido o matrimonio*».

Ora, em nenhum dos artigos collocados sob esta epigraphe, nem em qualquer outra disposição do codigo, se altera com relação á mãe binuba o principio geral sanccionado no artigo 152.º, de que as contas de gerencia dos paes devem ser tomadas pelo juiz respectivo.

Em parte nenhuma do codigo a mãe binuba, mantida na administração dos bens dos filhos menores por deliberação do conselho de familia, é considerada *tutora* por este motivo. Não póde pois applicar-se á administração da mãe, ainda no caso do artigo 162.º, as regras relativas á tutela senão taxativamente, nos casos em que a lei fizer applicaveis expressamente estas regras, com exclusão das que regem o patrio poder.

O que a logica juridica pedia, desde que se conferiu ao conselho de familia a faculdade de *manter* a mãe binuba na administração dos bens dos filhos menores, a de arbitrar a estes as mezadas convenientes, e a de regular a caução com que ella deve garantir o desempenho do seu encargo, ou de a dispensar absolutamente d'ella, era que, em vez do juiz, interviesse o conselho de familia em todos os outros casos em que é chamada a intervir a administração orphanologica. Porém o codigo não procedeu assim. Deu ao conselho de familia algumas attribuições para a hypothese especial de a mãe passar a segundas nupcias, sem consignar no artigo 162.º disposição alguma que modifique a regra geral estabelecida no artigo 152.º, ou quanto ao praso da prestação das contas, ou quanto á competencia da auctoridade que ha de toma-las.

Bem necessaria era, por exemplo, n'este caso a nomeação de protutor para fiscalisar a administração da mãe binuba, e todavia a lei não reconhece a existencia de similhante entidade senão nos casos de tutela, assim como o conselho de familia em regra não tem logar durante o patrio poder, ou este seja exercido na constancia do matrimonio, ou depois de dissolvido o matrimonio pela morte de um dos conjuges, ou mesmo sem ter havido matrimonio, como no caso de perfilhação voluntaria, nos termos do artigo 166.º

O certo é que o conselho de familia, pelas expressas disposições do codigo, só é competente para tomar as contas da tutela, artigo 224.º n.º 20.º, 249.º, 321.º e 339.º, com excepção ainda assim das prestadas depois da emancipação ou da maioridade, artigo 257.º

As contas da administração do prodigo, apesar de ahi haver conselho de familia, que não ha em regra na administração da mãe binuba, são tomadas pelo juiz, como as dos ausentes, artigo 351.º

Verdade seja que tambem são arbitradas pelo juiz, e não pelo conselho de familia, as quantias necessarias para as despezas do prodigo, artigo 348.º

Porém n'este arbitramento é ouvido o conselho de familia, citado artigo 348.º § 1.º, e já não é ouvido na tomada das contas, acto importante, e essencialmente ligado com o do arbitramento das despezas.

Se ao juiz, pela tomada das contas, parecerem exorbitantes ou diminutas as mezadas, ou reconhecer a incapacidade da mãe para continuar na administração, póde convocar o conselho de familia e fazer-lhe as convenientes propostas para este alterar o arbitramento das mezadas ou remover a mãe da administração.

Não é indispensavel commetter ao conselho de familia a tomada das contas para elle conhecer da administração da mãe. O juiz, tão interessado como o conselho de familia, tomará a bem dos menores todas as providencias que as circumstancias lhe aconselharem.

Ao tutor taxam-se as quantias a gastar com a *pessoa* e com os *bens* do menor, artigo 224.º n.º 5.º

Não se taxam aos paes, nem mesmo á mãe binuba, as quantias que devem gastar-se na administração dos bens, salvo ao juiz o direito de não approvar as contas, e de propor ao conselho de familia a exclusão da mãe da administração dos bens.

É a conclusão que resulta do disposto no artigo 162.º

Quando a mãe for mantida na administração dos bens dos filhos então não tem o conselho de familia que arbitrar mezadas para a sustentação e educação d'estes. Fica ao prudente arbitrio da mãe o regular a despeza com a pessoa dos filhos segundo as suas posses e condição, incumbindo ao juiz o verificar, na tomada das contas, o que ha de disperdicio e de boa applicação nas despezas feitas pela mãe administradora. Reflectindo-se sobre a redacção do artigo 162.º adquire-se a convicção de que só tem logar o arbitramento das mezadas pelo conselho de familia para occorrer ás despezas com a pessoa do menor, quando a mãe não é mantida na administração dos bens.

Pelo facto de se *conservar* á mãe a administração dos bens se lhe reconhece o zêlo e a capacidade precisa para por si dirigir a educação do menor, e fazer as despezas correspondentes.

A educação e destino do menor fica sempre ao arbitrio da mãe, como consequencia do patrio poder, ainda que ella seja privada da administração dos bens. Sendo a mãe excluida da administração dos bens, como não lhe passam pela mão os rendimentos do menor, ha de o conselho de familia taxar as quantias que lhe hão de ser entregues para custear as despezas com a sustentação e educação dos filhos, segundo o fim a que se destinarem, mas não póde o conselho de familia marcar, como na tutela, artigo 224.º n.º 7.º, a profissão ou officio a que deve dedicar-se o menor, porque essa attribuição é da mãe.

As segundas nupcias podem fazer perder á mãe a administração dos bens dos filhos, que não é consequencia *essencial* do patrio poder, mas não o poder sobre a *pessoa* dos filhos, que é o verdadeiro elemento constitutivo do patrio poder, o qual nunca póde suspender-se, nem perder-se, senão nos termos dos artigos 168.º e 170.º

Art. 163.º Se a mãe binuba for mantida na administração dos bens dos filhos, será o marido solidariamente responsavel com ella pelos prejuizos que resultarem da sua gerencia.

§ unico. Se a mãe for privada da administração dos bens dos filhos, nomeará o conselho de familia pessoa que se encarregue d'essa administração, com os mesmos direitos e obrigações que têem os tutores relativamente aos bens dos menores.

A mãe, tornando a casar, não póde praticar acto algum de administração sem auctorisação do seu segundo marido, e por isso é indispensavel que este se responsabilise com ella pela gerencia dos bens dos menores.

A responsabilidade do marido não se refere senão á gerencia *posterior* ao matrimonio, como expressamente se declara no artigo 395.º do codigo civil francez, e no artigo 168.º do projecto do codigo civil hespanhol, fontes do artigo 163.º do nosso codigo.

A responsabilidade *solidaria* significa que o marido responde para com os menores por todos os prejuizos causados pela mulher, salvo o seu direito contra esta.

A nomeação de tutor, a ter logar, é só para os bens, porque no que diz respeito ás pessoas dos filhos conserva a mãe o patrio poder, ainda que passe a segundas nupcias, artigo 162.º

Do poder paterno não póde ser privado o pae nem a mãe, salvo nos casos expressamente marcados na lei.

Art. 164.º Se a mãe tornar a enviuvar, recobrará o usufructo e a administração dos bens dos filhos, se d'esta se achasse igualmente privada.

Com a morte do segundo marido desappareceu a causa que interrompêra a administração, e por isso é natural, e nem se descobre interesse dos filhos em contrario, que se reuna de novo a administração dos bens na mesma mão que tinha a administração das pessoas.

A providencia especial contida n'este artigo vae de accordo com as idéas modernas, reconhecidas no codigo, que dão á mãe direitos iguaes aos do pae, com restricções apenas durante a constancia do matrimonio posterior.

Não readquire porém a viuva a *propriedade* dos bens dos filhos do leito anterior, que havia perdido por passar a novas nupcias, artigo 1236.º, porque seria offender os interesses dos filhos, que haviam adquirido um direito importante, de que não devem ser privados por evento posterior, independente da sua vontade e da da mãe.

Se a mãe binuba, enviuvando, recobra o usufructo e a administração dos bens dos filhos do leito anterior, é porque o codigo assim o

determina expressamente, poisque simples argumentos de inducção não podiam justificar similhante these.

Não recobra porém a propriedade dos bens dos filhos do leito anterior que falleceram durante o seu matrimonio posterior, porque o codigo não estabelece com relação á propriedade o que no artigo determina a respeito do usufructo e da administração.

Art. 165.º Em caso de annullação de matrimonio, ou de separação judicial, observar-se-ha a respeito dos filhos o disposto nos titulos respectivos.

O casamento dissolve-se pela morte de um dos conjuges, ou pela annullação do matrimonio, e tem-se como dissolvido pela separação judicial.

O disposto n'esta secção quanto á administração das pessoas e bens dos filhos rege só para o caso da dissolução por morte de um dos conjuges. No caso de annullação de matrimonio ou de separação judicial a administração da pessoa e bens dos filhos ha de ser regulada por accordo entre os paes; e, na falta de accordo entre estes, observar-se-ha o disposto nos artigos 1093.º e 1207.º n.º 3.º

SECÇÃO IX

DO PODER PATERNAL EM RELAÇÃO AOS FILHOS ILLEGITIMOS

Art. 166.º Os filhos menores perfilhados 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. Os paes não gosam, todavia, do usufructo dos bens dos filhos perfilhados.

§ unico. No caso excepcional indicado n'este artigo, o menor será tutelado, segundo o disposto nos artigos 279.º, 280.º e 281.º, se o outro progenitor não podér exercer o poder paternal.

Os paes téem o patrio poder sobre os filhos, que perfilharam, como sobre os legitimos e legitimados, porque o patrio poder não resulta do matrimonio, mas sim do facto da geração authenticado, ou pelo casamento ou pela perfilhação.

Tem por consequencia sobre os filhos perfilhados, quanto ás pessoas e administração dos bens, os mesmos direitos que sobre os legitimos, e apenas são privados do usufructo, não só como differença entre uma cohabitação, reconhecida pela lei, e outra que não é legitima, mas ainda para evitar as perfilhações determinadas pelo unico intuito de se aproveitarem os paes dos rendimentos dos bens dos filhos.

N'estas disposições attende-se unicamente ao interesse dos filhos, e não ao dos paes. Tira-se aos paes o que lhes póde ser util, isto é, o usufructo dos bens dos filhos; e conserva-se no interesse d'estes a administração dos bens, e a direcção da pessoa a cargo dos paes. Conseguintemente a administração da pessoa e bens dos filhos perfilhados voluntariamente ha de regular-se pelas disposições relativas ao poder paternal, e não pelas que respeitam á tutela; e ha de regular-se pelas regras relativas ao patrio poder durante a constancia do matrimonio,

sem as modificações a que ella fica sujeita, depois de dissolvido o casamento por morte de algum dos paes, porque o estado de perfilhado não tem analogia alguma com o estado de orphão.

Se porém a perfilhação foi obtida judicialmente a lei não confia a administração da pessoa e bens dos menores a quem foi reconhecido pae, por assim dizer, *á força*.

A negação do patrio poder aos paes no caso de perfilhação judicial é doutrina da commissão revisora, que nos parece melhor do que a do projecto primitivo, que sujeitava os filhos perfilhados ao patrio poder do perfilhante, sem distinguir entre o reconhecimento voluntario e o judicial.

No entretanto póde o juiz nomear tutor do filho perfilhado judicialmente o pae perfilhante, porque nenhuma disposição de lei se oppõe a essa nomeação, se o outro progenitor não exercer o patrio poder, ou pelo não ter reconhecido voluntariamente, ou por impedimento legal.

Os não perfilhados, como espurios, nota ao artigo 134.º, não podem estar sujeitos ao patrio poder, porque não téem pae *legal:* em face do direito consideram-se *estranhos aos paes*, artigo 135.º, salvo com relação a alimentos, nos precisos termos dos artigos 136.º e 279.º e seguintes.

Art. 167.º Os filhos menores não perfilhados não estão sujeitos ao poder paternal, e serão tutelados, como se dirá nos artigos 279.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 279.º)

SECÇÃO X

DA SUSPENSÃO E DO TERMO DO PODER PATERNAL

Art. 168.º O poder paternal suspende-se:

1.º Pela incapacidade dos paes, judicialmente reconhecida;

2.º Pela ausencia dos paes, nos termos do artigo 82.º;

3.º Por condemnação dos paes, que envolva interdicção temporaria d'aquelle poder.

A incapacidade *por demencia* produz necessariamente a suspensão do patrio poder, mas não assim a incapacidade por surdez-mudez. O pae surdo-mudo só será inhibido de exercer o patrio poder, não tendo para isso a capacidade necessaria.

A incapacidade *por prodigalidade*, comquanto prive o prodigo da administração dos bens dos filhos menores, artigo 346.º § unico, como da dos seus proprios, não importa a suspensão do patrio poder, nem a privação do usufructo.

Esta mesma opinião, quanto aos incapazes por prodigalidade, segue Goyena em a nota ao artigo 163.º do projecto de codigo civil hespanhol, que é a fonte dos artigos 168.º e 169.º do nosso codigo.

No caso de ausencia julgada nos termos do artigo 82.º, por terem decorrido quatro annos desde o desapparecimento ou das ultimas noticias, suspende-se o patrio poder, porque a sentença que julga a ausencia fixa a presumpção de morte, e deixa o ausente de ter direito ao usufructo, porque os seus bens são desde logo repartidos entre os filhos nos termos do artigo 90.º e seguintes, pertencendo o usufructo aos filhos, se são maiores, ou sujeitos á tutela, e ao outro progenitor, se estão sujeitos ao patrio poder.

Art. 169.º Os paes conservam, porém, o seu direito ao usufructo dos bens do filho menor, no caso de suspensão do poder paternal por effeito de demencia.

Os paes podem tambem em nosso entender ser suspensos ou privados do patrio poder por sentença condemnatoria, em que a suspensão ou perda do poder paternal seja imposta, ou como pena accessoria, ou como pena principal.

O codigo não é sufficientemente claro a este respeito, como o não era o projecto primitivo. O projecto do sr. Seabra dizia: «*O poder paternal suspende-se por condemnação a pena temporaria, que importe a privação do poder paternal;* e *termina por condemnação a pena, que importe a perda do patrio poder*».

O projecto primitivo pois parecia não reconhecer a suspensão ou perda do patrio poder por condemnação dos paes, senão quando estes eram condemnados em pena criminal, de que a suspensão ou perda do patrio poder era consequencia ou accessorio.

Porém a commissão revisora, supprimindo em o n.º 3.º do artigo 168.º a palavra *pena*, e fallando em o n.º 2.º do artigo 170.º em condemnação *criminal*, pareceu reconhecer que a perda do patrio poder não póde ser imposta senão como consequencia de pena criminal, e que a suspensão póde ser imposta como pena meramente civil, independentemente de pena criminal.

Não vemos porém completa exactidão, nem na doutrina do projecto primitivo, nem na da commissão revisora adoptada no codigo.

Segundo o nosso modo de ver tanto a suspensão como a perda do patrio poder podem ser impostas, ou como pena principal, ou como accessorio de outra pena, comquanto em regra a perda do patrio poder como pena seja consequencia só de pena criminal.

Os paes podem ser inhibidos por sentença de regerem as pessoas e bens dos filhos, no caso de abuso, artigos 141.º e 161.º, ainda que os factos de abuso não constituam delicto previsto nas nossas leis, que importe condemnação criminal. Se a má redacção do artigo 141.º póde dar logar a argumentar-se que os paes só podem ser inhibidos de reger as pessoas e bens dos filhos no caso de abuso, que mereça ser *punido*, cáe esse argumento diante dos bons principios e do disposto no artigo 161.º, em que se permitte inhibir a mãe do patrio poder, na hypothese de abusar da auctoridade materna, sem sequer se alludir ao caso de punição, que deve julgar-se comprehendido nas regras geraes da lei penal.

A inhibição de reger as pessoas e bens dos filhos nos casos dos artigos 141.º e 161.º, comquanto em regra seja e deva ser temporaria, póde todavia ser perpetua em vista da generalidade do preceito dos artigos, embora esteja sempre aberta para os paes a faculdade de requererem sua readmissão ao exercicio do poder paternal.

Póde portanto decretar-se não só a suspensão, mas a perda do patrio poder, como pena principal, independentemente de condemnação a pena criminal.

A *perda* do patrio poder, como consequencia de pena criminal, tem logar na condemnação a qualquer das quatro seguintes penas perpetuas, trabalhos publicos, prisão, degredo, e expulsão do reino, ou das penas alternativas correspondentes segundo o disposto na lei de 1 de julho de 1867.

Quanto ás tres primeiras é expresso o artigo 53.º do codigo penal, dispondo que o condemnado perde o direito á protecção das leis civis

para exercer auctoridade a respeito de sua mulher, *e de seus filhos*, o que equivale á perda do patrio poder perante *a lei*, porque perante a natureza só por morte póde perder-se.

Quanto á pena de expulsão perpetua, como o condemnado perde até a qualidade de cidadão portuguez, codigo civil, artigo 22.º n.º 3.º, se os filhos o não quizerem acompanhar para o paiz estrangeiro, visto não serem obrigados a acompanha-lo, como não o é a mulher, artigo 1186.º, apesar da obrigação que tem de viver com elle, artigo 1184.º n.º 2.º, não póde exercer sobre elles o patrio poder por incompatibilidade com o facto da residencia em paiz estrangeiro. E se a pena de degredo quebra importantes relações juridicas entre o condemnado e a familia, artigo 53.º § 2.º, por maioria de rasão deve quebra-las a expulsão do reino, ainda que, nos termos das nossas leis, a pena de expulsão não se considere tão grave como a de degredo. Em todo o caso durante o tempo da pena de expulsão *cessa* o exercicio do patrio poder do condemnado sobre os filhos que o não acompanharam para o logar do cumprimento da pena.

Quanto á suspensão do patrio poder não ha disposição no codigo penal que a decrete, como consequencia de condemnação a alguma das penas maiores temporarias.

No entretanto duas penas temporarias são reconhecidas na nossa lei penal, com cujo cumprimento julgâmos incompativel o exercicio do patrio poder, e que em face de alguns artigos do codigo importam a sua suspensão, que são as de degredo e expulsão do reino.

O degredo, ainda temporario, porque o artigo 53.º § 2.º não faz distincção, não acompanhando os filhos o condemnado para o logar do cumprimento da pena, importa a suspensão do patrio poder, visto que os filhos deixam de ter o domicilio do pae, que teriam se ao poder do pae continuassem sujeitos, por argumento do artigo 47.º

E o que dizemos a respeito da pena de degredo temporario, procede igualmente para o caso de expulsão temporaria.

Se o condemnado a degredo, que aliás cumpre a pena em territorio portuguez, não exerce o patrio poder sobre os filhos, se estes o não acompanharem para o logar do degredo, não póde tambem exerce-lo o expulso, que cumpre a pena em territorio estrangeiro, se os filhos deixarem igualmente de o acompanhar.

Conseguintemente tanto a pena de suspensão como a de perda do patrio poder podem ser impostas, como pena principal, ou *resultarem* da condemnação a pena criminal, nos termos que deixâmos expostos.

Não ha no codigo penal disposição alguma que fulmine *expressamente* a pena de suspensão ou de perda do patrio poder, como accessorio de outra pena criminal.

Mas *resulta* dos artigos do codigo penal e civil, que temos combinado, e dos principios geraes de direito respectivos, que a suspensão ou perda do patrio poder são *consequencia* da condemnação a certas penas criminaes. Os bens dos filhos é que os condemnados a qualquer das penas maiores, ainda temporarias, com excepção da pena de perda dos direitos politicos, não podem administrar, porque nem administram os seus, que são regidos como os dos incapazes, codigo penal, artigos 54.º e 55.º

O artigo resolve uma questão muito debatida no nosso direito anterior, que vinha a ser se o pae inhibido de reger e administrar as pessoas e bens dos filhos, ficava por esse facto privado do usufructo; e a opinião, que se inclinava á negativa, parecia melhor, porque não póde impor-se pena, que não esteja *expressamente* decretada na lei.

Porém o codigo diz expressamente que os paes conservam o usufructo dos bens do filho menor, quando a suspensão do patrio poder é effeito de demencia, d'onde se infere, por argumento *a contrario sensu* que em todos os outros casos a privação do usufructo é consequencia da suspensão do poder paternal.

O projecto do codigo hespanhol no artigo 163.º, fonte d'este, diz com mais clareza: «Fóra do caso, em que a suspensão do patrio poder procede de demencia, perde o pae o usufructo dos bens dos filhos».

Esta restricção é rasoavel. Nos outros casos de suspensão do patrio poder, ou no caso de ausencia, ou de condemnação, houve sempre da parte do pae, pelo menos *culpa* no facto que determinou a suspensão do exercicio do poder paternal; e conseguintemente deve perder o usufructo, em pena da sua culpa ou dolo.

Porém na demencia não se dão as mesmas circumstancias. Privar o demente do usufructo dos bens dos filhos, porque em virtude de um accidente para elle lamentavel, não póde exercer o patrio poder, seria, contra todos os principios, augmentar a afflicção ao afflicto.

O codigo não declara se o usufructo, assim como se suspende em regra com a suspensão do patrio poder, termina tambem nos casos em que pelo artigo 170.º termina o poder paternal, porque para o primeiro caso, mencionado no artigo 170.º, escusado era fazer a declaração, e quanto aos dois ultimos casos fica já providenciado em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 149.º

Art. 170.º O poder paternal termina:

1.º Por morte dos paes ou dos filhos;

2.º Por condemnação criminal dos paes, que envolva interdicção perpetua d'aquelle poder;

3.º Pela emancipação ou maioridade dos filhos.

(Vid. notas aos artigos 149.º n.ºs 1.º e 2.º, 168.º e 169.º)

SECÇÃO XI

DOS ALIMENTOS

Art. 171.º Por alimentos entende-se tudo o que é indispensavel ao sustento, habitação e vestuario.

§ unico. Os alimentos comprehendem, tambem, a educação e instrucção do alimentado, sendo este menor.

(Vid. artigos 178.º, 1831.º, 1247.º § unico, 1285.º n.º 1.º) Não se trata n'esta secção dos alimentos, provenientes de contrato, ou de disposição de ultima vontade, mas sim dos alimentos devidos *jure sanguinis*.

A palavra alimentos na phrase juridica comprehende a comida, vestido e habitação, e com essa significação expressa se encontra nos artigos 171.º e 1831.º

Mas n'outros logares do codigo é empregada n'uma accepção mais restricta, com uma significação juridica exactamente igual á significação grammatical. Assim no artigo 1419.º acha-se consignado este termo, como exclusivo de habitação, e tambem não comprehendendo o vestuario; e nos artigos 1247.º § unico e 1285.º n.º 1.º, toma-se como exclusivo de habitação e vestuario.

Nos artigos 171.º e 1831.º e nos outros, em que em geral se falla de alimentos, tem esta palavra a mesma significação que a palavra *mantença* nos citados artigos 1247.º § unico e 1285.º n.º 1.º, comprehendendo tambem o tratamento nas molestias. Apesar de que os artigos 171.º e 1831.º não mencionam expressamente esta ultima circumstancia, quando fallam de alimentos, como aliás se menciona quando se falla de *mantença*, julgâmo-la comprehendida na definição de alimentos.

O tratamento nas molestias não é circumstancia menos impreterivel para o desenvolvimento e vida do alimentado, do que o sustento, vestuario e habitação.

Os alimentos são mais valiosos se o alimentando é menor; porque alem dos alimentos, chamados naturaes, como são vestuario, cama, casa e mesa, e tratamento nas enfermidades, deve-se-lhe a instrucção e a educação, conforme a sua condição e as posses do alimentante.

Na obrigação de *educar* comprehende-se a obrigação de dar destino e occupação conveniente, como bem se mostra do § 1.º do artigo 1831.º

Os alimentos de vestuario, sustento e habitação duram toda a vida. Mas os alimentos de educação cessam desde que o alimentado chegue á maioridade, ainda que a esse tempo não haja concluido a carreira scientifica ou artistica, a que porventura se tenha destinado?

O projecto de codigo hespanhol determina expressamente no artigo 694.º que os alimentos de educação cessam logo que o alimentado chegue á maioridade; e a mesma doutrina poderia aceitar-se entre nós, tendo em attenção só a doutrina do artigo 171.º, e mesmo a do artigo 1831.º, considerado isoladamente dos respectivos §§.

Porém o estudo reflectido do § 1.º do artigo 1831.º e a sua historia juridica leva-nos á conclusão opposta.

O projecto primitivo continha no seu artigo 1966.º a disposição do artigo 1831.º do codigo com a mesma redacção, mas sem os §§, que foram introduzidos pela commissão revisora.

Em sessão de 16 de junho de 1862, discutindo-se o artigo 1966.º do projecto primitivo correspondente ao artigo 1831.º do codigo, propoz o sr. Ferreira Lima que se acrescentasse, que «a obrigação da educação dura até á maioridade, e as outras por toda a vida».

O sr. Seabra propoz que ao artigo se addicionasse o seguinte: «A obrigação de subsidio para educação não poderá estender-se alem da maioridade, excepto se o alimentado se tiver applicado a alguma carreira artistica ou litteraria, que dependa de certo numero de annos e a haja seguido com aproveitamento».

O sr. José Julio propoz que o pensamento do sr. Seabra fosse organisado nos termos que hoje se lêem sem differença sensivel no § 1.º do artigo 1831.º, e propoz tambem a doutrina do § 2.º do artigo.

Na sessão immediata de 23 de junho foram approvadas as duas propostas do sr. José Julio, que se acham consignadas nos §§ 1.º e 2.º, e foi alem d'isso introduzida a doutrina do § 3.º

É pois evidente que o legado de educação só dura além da menoridade, e não cessa com esta, se o alimentado se tinha dedicado a alguma carreira ou profissão, e ainda não estava devidamente habilitado, e comtantoque elle faça esforços para concluir o seu estudo ou officio, e não tome a profissão como pretexto para continuar a desfructar o legado.

O pensamento do sr. Seabra, que exigia que o legatario mostrasse *aproveitamento* na carreira a que se dedicára, não deve julgar-se prejudicado com a redacção do § 1.º do artigo 1831.º, aliás poderia ser

completamente illudido o preceito da lei, que de certo só torna obrigatoria a continuação dos alimentos alem da menoridade, para o alimentado adquirir habilitação regular no officio a que se destinou.

Não harmonisou porém a commissão revisora as disposições do artigo 171.º com as do artigo 1831.º, applicando expressamente aquelle as modificações que fizera n'este. No entretanto deve applicar-se por analogia a todos os alimentos, sem prejuizo do determinado no seu titulo constitutivo, o que no artigo 1831.º se dispõe com relação aos alimentos estabelecidos em legado.

Portanto, salvas as disposições ou clausulas de actos juridicos em contrario, o legado de educação só *principia* na menoridade, mas continua na maioridade, se o alimentado prosegue com dedicação na carreira que não concluiu antes da maioridade.

A divida de alimentos é tão privilegiada, que não admitte compensação, artigo 767.º n.º 3.º, e até são validos os emprestimos contrahidos por menores para alimentos sem a devida auctorisação, se estão ausentes das pessoas, que deviam auctorisa-los, artigo 1536.º n.º 3.º

Os alimentos não se negam, nem ao desherdado, artigo 1883.º A obrigação que têem os menores e desasisados de indemnisarem pelos seus bens qualquer prejuizo que causarem, nunca póde ir tão longe que não lhes deixe salvos os alimentos, artigos 2377.º a 2379.º Para alimentos de familia podem até vender-se os bens dotaes, artigo 1149.º n.º 2.º Na indemnisação de perdas e damnos por homicidio voluntario ou involuntario o primeiro elemento de reparação são os alimentos nos termos dos artigos 2384.º e 2385.º

O alimentante não póde fornecer alimentos, alem das suas posses, porque ninguem póde ser obrigado a dar mais do que tem, e o alimentado não póde exigi-los, alem das suas *necessidades*, em harmonia com a sua posição.

É o principio geral estabelecido nos artigos 179.º, 1207.º n.º 2.º, 1232.º, etc.

A julgar pela explicação de Goyena, em a nota ao artigo 71.º do projecto de codigo civil hespanhol, d'onde foi litteralmente traduzido o artigo 178.º do nosso codigo, os *meios* do alimentante consistem no excesso do seu rendimento, depois de satisfeitas as suas necessidades absolutas e relativas, pela regra de que a caridade bem ordenada começa por nós.

Concordâmos com Goyena, em que o alimentante não possa ser obrigado a alimentos, quando os seus rendimentos não cheguem para as suas necessidades absolutas; mas ás necessidades *relativas* póde dar-se tal elasticidade, que com este pretexto o alimentante se subtrahe sempre á obrigação de alimentos.

N'este ponto não podem estabelecer-se regras definidas. A apreciação dos *meios* do alimentante e das *necessidades* do alimentado não póde deixar de ficar dependente do prudente arbitrio do julgador.

Assim o filho do artista não terá direito a exigir instrucção maior do que a precisa para seguir a vida de seu pae; o filho do homem de letras, ou que nasceu n'uma posição elevada, já poderá exigir uma instrucção mais scientifica e mais ampla: mas qualquer exigencia de alimentos é subordinada em regra ás posses do alimentante.

No julgamento dos alimentos deve attender-se unicamente á falta de meios do alimentando, ou tambem á impossibilidade de os adquirir?

O individuo, que tem, por exemplo, uma habilitação litteraria, de que poderia tirar proveito, e que não justifica esforços serios para o conseguir, terá direito a viver, como ocioso, á custa dos alimentos?

Cremos que não. A primeira cousa que os tribunaes têem que fazer, antes de fixarem a importancia dos alimentos, é julgar a *necessidade* d'elles, que em rigor só existe, quando não ha meios de vida, nem possibilidade de obte-los.

É o que claramente se infere do artigo 180.º, que faz cessar a obrigação de alimentos, quando o alimentado *os póde tornar desnecessarios*.

As decisões dos tribunaes francezes citadas por Rogron nas notas aos artigos 203.º e seguintes do codigo civil francez, são n'este sentido. E se, como meio de interpretação, recorrermos aos casos analogos prevenidos em outras leis, temos o artigo 8.º da lei para o recrutamento de 27 de julho de 1855, que só isenta o mancebo recenseado do serviço do exercito por motivo de *amparo*, quando a pessoa amparada não tem meios de subsistencia, nem possibilidade de os haver pelo seu *trabalho*.

Haverá logar a alimentos sempre que o *rendimento* do alimentando não chegue para a sua subsistencia, aindaque elle possa manter-se á custa do capital?

Rogron cita a decisão de um tribunal francez, julgando que, quando os rendimentos do alimentando não são sufficientes, se lhe deve conceder um supplemento a titulo de alimentos, como se lhe deveriam conceder os alimentos por inteiro, se o alimentando não tivesse recursos alguns.

Esta é a doutrina que nos parece mais rasoavel, e mais conforme á doutrina do codigo, que exige a circumstancia de o alimentando *precisar* d'elles; e o alimentando póde carecer d'elles, ou absolutamente, ou como auxilio para viver conjunctamente com os seus recursos, o que bem se infere do artigo 173.º

E se o alimentante não poder satisfazer os alimentos só pelos rendimentos será obrigado a entrar pelo capital?

Em geral o codigo affecta só os rendimentos á obrigação de prestar alimentos, como se mostra dos artigos 1060.º § 1.º, 1231.º e 1883.º

No entretanto cremos que na hypothese dos artigos 2384.º e 2385.º a obrigação de alimentar, que procede de um facto criminoso, pesa como divida até sobre o capital.

As palavras do artigo 1883.º «*salvo se por outra causa dever os ditos alimentos*» não significam que a obrigação de alimentos pese sobre o capital, mas sim que pesa sobre os rendimentos de outros bens do alimentante, alem d'aquelles, de que foi excluido o desherdado.

Os alimentos de que se trata n'esta secção, têem o seu fundamento nos vinculos do parentesco, e nas relações de sangue, nos laços sagrados da familia. Deixaremos aos philosophos o discutir o fundamento d'esta obrigação, que melhor se sente do que se demonstra.

Dos alimentos, que os conjuges reciprocamente se devem, e que têem o seu fundamento no mutuo auxilio, que se deriva dos laços matrimoniaes, bem como dos alimentos provenientes de contrato ou de disposição de ultima vontade trata o codigo n'outro logar: aqui trata unicamente dos alimentos devidos por direito de familia.

É tambem de notar que o codigo não dá direito a alimentos aos affins, porque só teve em consideração para este effeito os vinculos do sangue.

Art. 172.º A obrigação de alimentos é reciproca entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, nos termos seguintes.

Art. 173.º Na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou se esses meios não forem sufficientes, podem os filhos legitimos ou legitimados pe-

di-los aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o seu direito successorio.

Comquanto a obrigação de alimentos possa abranger os parentes até ao decimo grau, artigo 177.º, todavia a *reciprocidade* só se dá entre ascendentes, descendentes e irmãos legitimos, e entre paes, filhos e irmãos perfilhados.

O codigo, por isso que estabelece o principio da *reciprocidade* da obrigação de alimentos, não toca no direito que têem os ascendentes de pedirem alimentos aos descendentes, porque lh'os podem pedir em virtude d'aquelle principio pelo simples facto de que são obrigados a prestar-lh'os.

Se qualquer individuo se achar sem meios de subsistencia, e tiver o pae e o filho com abundancia de meios, a qual ha de pedir os alimentos? Ao filho, porque no pedido dos alimentos segue-se em regra o *direito successorio*, e os filhos ou legitimos ou perfilhados succedem aos paes de preferencia aos ascendentes d'estes.

E se o pae tiver dois ou mais filhos, e todos com abundancia de meios, poderá dirigir-se a um com exclusão dos outros? Não. No codigo não ha disposição que dê á obrigação de alimentos o caracter de solidariedade e indivisibilidade. Pelo contrario estando a obrigação de alimentos na rasão directa do direito successorio, ha de pedir a cada um dos filhos a respectiva quota parte.

Se o pae tiver um filho e um neto, filho de filho já morto, e ambos com meios de subsistencia, tambem não póde dirigir-se a um com exclusão do outro, porque um e outro estão na mesma posição quanto ao direito successorio.

Não se verifica o mesmo com os ascendentes, que são obrigados a alimentos segundo a proximidade do grau, qualquer que seja a linha a que pertençam. Por exemplo, o alimentando que tem avô materno e visavô paterno, e ambos com meios de subsistencia, dirige-se ao avô materno, com exclusão do avô paterno, porque aquelle exclue completamente este no direito de successão. Nos ascendentes não se dá o direito de representação, como nos descendentes, artigos 1981.º e 1998.º

Se houver hypotheca registrada para garantia da prestação de alimentos, artigos 906.º n.º 5.º, 909.º e 932.º, a obrigação é indivisivel, artigo 893.º, podendo o alimentando pedi-los só ao possuidor da hypotheca, salvo a este o recurso contra os coherdeiros, artigo 2123.º

Não é só na falta dos paes, ou no caso de estes não terem meios sufficientes para os alimentos, que os filhos podem dirigir-se aos outros ascendentes, mas tambem no caso de terem commettido contra os paes facto que justifique a desherdação, e de os paes terem sido absolvidos por esse motivo da obrigação de prestar alimentos. A desherdação só póde ordenar-se em testamento, artigo 1880.º, e por isso só póde produzir effeitos depois da morte do desherdante.

Mas se o que praticou o facto, que dá logar á desherdação, vier pedir alimentos ao offendido, póde este impugnar a acção de alimentos com a allegação dos factos, que justificam a desherdação, ainda que depois a não ordene em testamento.

O certo é que, nos termos do artigo 179.º n.º 2.º, o ascendente ou descendente offendido póde em vida subtrahir-se á prestação de alimentos, allegando e provando os mesmos factos, que declarados em testamento e provados privariam depois da sua morte o offensor da respectiva legitima.

O filho por ter feito ao pae uma injuria pessoal, que o inhibe de lhe pedir os alimentos, artigo 179.º n.º 2.º, não fica por isso inhibido de os pedir a qualquer outro ascendente, a quem não fizesse injuria que motive igual pena. Não podem ampliar-se as penas alem dos precisos termos fixados na lei.

Art. 174.º Na falta dos paes e de outros ascendentes, podem os filhos legitimos ou legitimados pedir alimentos a seus irmãos legitimos, germanos, uterinos ou consanguineos, mas subsidiariamente e na ordem em que vão nomeados.

Se o codigo em materia de alimentos seguisse em todo o rigor o direito successorio disporia que os alimentos podiam pedir-se simultaneamente aos irmãos unilateraes e bilateraes, vistoque concorrem juntamente á successão, tendo estes apenas quinhão dobrado na herança, artigo 2001.º

Tambem não ha rasão para estarem primeiro na obrigação de alimentos os irmãos uterinos e depois os consanguineos, sendo estes até preferidos áquelles no encargo da tutela legitima, artigo 200.º n.º 4.º, como parentes por parte do pae, vistoque, segundo a organisação legal da familia, prefere a linha masculina á feminina.

No entretanto o codigo é expresso em que os alimentos só podem ser pedidos aos irmãos uterinos na falta dos germanos, e aos consanguineos na falta dos germanos e dos uterinos.

Tambem, seguindo a regra do direito successorio, tendo o alimentando um irmão, e um filho do primeiro grau de outro irmão já morto, deveria pedir os alimentos conjunctamente a ambos, porque são os seus herdeiros, vistoque o direito de representação na linha collateral comprehende os filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão d'este. No entretanto o codigo é expresso em não admittir a acção de alimentos senão na linha recta e entre irmãos.

Art. 175.º Os filhos perfilhados só podem pedir alimentos a seus paes ou mães e a seus irmãos, segundo a regra estabelecida no artigo precedente.

Os filhos perfilhados ou por acto voluntario dos paes, ou por sentença judicial, só podem pedir alimentos aos paes e irmãos, e não aos outros ascendentes aos quaes não succedem, artigos 1989.º a 1992.º; e com relação aos irmãos devem pedi-los aos germanos, na falta d'estes, aos uterinos e só na falta d'estes aos consanguineos, que é a regra estabelecida no artigo antecedentes.

Os filhos adulterinos e incestuosos não gosam do direito de pedir alimentos, senão em relação aos paes e só nos casos especificados nos artigos 136.º e 279.º

Os ascendentes do segundo grau e seguintes, comquanto possam succeder aos filhos perfilhados, artigo 1999.º, que por uma contradicção inexplicavel não gosam do direito de successão reciproca contra aquelles, não podem pedir-lhes alimentos, vistoque os filhos perfilhados tambem pela sua parte lh'os não podem pedir; de modo que nem n'este caso aquelles ascendentes poderiam invocar o citado principio da reciprocidade.

Art. 176.º A obrigação de prestar alimentos transmitte-se com a herança, tendo sido judicialmente pedidos ou prestados.

O dever de alimentos não se transmitte com a herança, não estando a obrigação effectivamente creada antes da transmissão dos bens. Assim o sobrinho só é obrigado a prestar alimentos ao tio, se este obteve sentença contra o irmão, ou pelo menos lhe poz acção em juizo, porque a installação da acção tem o effeito de transmittir direitos e obrigações, por sua natureza pessoaes.

Os alimentos devem-se desde que são pedidos, reconhecida que seja a obrigação do alimentante. Se o alimentando se demorar em pedir os alimentos, e for contrahindo dividas no intervallo, não póde pedir depois ao alimentante, alem dos alimentos de futuro, os meios para pagar as dividas contrahidas: porque a obrigação dos alimentos não póde retrotrahir-se a uma epocha em que não estava legalmente reconhecida.

Nem obsta a esta doutrina o disposto em o n.º 3.º do artigo 1536.º, que prova apenas que o menor é obrigado a pagar os emprestimos para alimentos contrahidos na ausencia das pessoas competentes para o auctorisarem, se para isso tiver meios, mas não que o alimentante, condemnado mais tarde a prestar alimentos, seja obrigado a pagar, alem dos alimentos, dividas contrahidas pelo alimentado antes de ser effectiva a obrigação do contribuinte.

Este artigo teve a vantagem de resolver a questão, que se ventilava no fôro, sobre se o encargo dos alimentos se transmittia com a herança, não tendo sido prestados ou pedidos em vida do auctor d'ella.

Pena é que a redacção dada ultimamente ao artigo na commissão de legislação da camara dos deputados deixasse de pé ainda algumas duvidas, que de todo teriam acabado, se o artigo ficasse com a redacção que tinha no projecto da commissão revisora, apresentado como proposta de lei ás côrtes.

O artigo correspondente do projecto primitivo achava-se redigido assim: «A obrigação de prestar alimentos transmitte-se com a herança do obrigado.» Logo na primeira revisão se lhe tiron a palavra *obrigado*, e se acrescentaram as palavras *tendo sido judicialmente pedidos;* e com esta redacção apparece o artigo nas edições de 1863 e 1864. Nos trabalhos da ultima revisão propoz o sr. Antonio Gil, em sessão de 27 de outubro de 1864, que se eliminassem as palavras *tendo sido judicialmente pedidos, apresentando a hypothese de que fallecesse o que os prestava voluntariamente e por isso se não pediram judicialmente.* Porém a commissão revisora, em vez de eliminar aquellas palavras, acrescentou em seguida a *pedidos* as seguintes *ou prestados voluntariamente por quem tinha obrigação de os prestar;* e com esta redacção appareceu o artigo no projecto de 1865, apresentado ás côrtes.

Porém a commissão de legislação da camara dos deputados eliminou as ultimas palavras, deixando a redacção do artigo como agora se lê. Quereria a commissão de legislação que a obrigação de alimentos só se transmittisse com a herança, quando elles tivessem sido judicialmente pedidos ou judicialmente prestados, e que a prestação voluntaria não produzisse esta transmissão?

Cremos que não. A commissão de certo julgou a significação das palavras, que eliminou, comprehendida na palavra *prestados;* aliás eliminaria tambem estas palavras, como achando-se a sua significação comprehendida por maioria de rasão na palavra *pedidos,* ou alteraria a redacção, por exemplo, nos termos seguintes, *tendo sido judicialmente prestados ou pedidos* ou diria *tendo sido pedidos ou prestados judicialmente.*

Portanto em nosso entender a obrigação de alimentos tanto se transmitte, tendo elles sido pedidos *judicialmente,* como tendo sido prestados *voluntariamente.* E n'este ultimo caso não é indispensavel que a prestação resulte de accordo em titulo legal, como de transacção, ou de simples contrato, legalisado por escriptura publica, etc.; basta o *facto* de o auctor da herança os ter prestado ao alimentando, e a *posse* d'este os receber, para se transmittir a obrigação com a herança independentemente de quaesquer formalidades documentaes.

Art. 177.º Os filhos legitimos que se acharem sem pae, mãe, avós ou irmãos, que possam prestar-lhes alimentos, serão alimentados até a idade de dez annos por quaesquer outros parentes até ao decimo grau, preferindo os mais proximos.

(Vid. artigos 1231.º e 1232.º) Ainda que o codigo nos artigos 173.º e 174.º falle especificadamente em filhos legitimos e *legitimados,* e aqui não faça expressa menção senão dos legitimos, as palavras *filhos legitimos* comprehendem os filhos legitimados, que em tudo são equiparados aos legitimos, artigo 121.º

A obrigação de alimentos, *em regra,* não vae alem dos irmãos, mas o codigo estabelece uma excepção com respeito aos filhos *legitimos,* que são *menores* de dez annos, aos quaes devem prestar alimentos até esta idade quaesquer parentes dentro do decimo grau pela ordem da proximidade do parentesco. Os filhos perfilhados já não gosam da mesma garantia; e esses parentes, a quem o menor de dez annos póde pedir alimentos, não tem o direito de reciprocidade contra elle, porque a obrigação de alimentos só é reciproca na linha recta e entre irmãos.

A excepção reconhecida n'este artigo funda-se ainda nos laços de sangue, e não transcende os limites do direito successorio, artigo 2004.º

O artigo correspondente do projecto primitivo era redigido nos seguintes termos: «Os filhos legitimos, menores de sete annos de idade, que se acharem sem pae nem mãe, avós ou irmãos, que possam prestar-lhes alimentos, serão alimentados por quaesquer outros parentes, preferindo os mais proximos em grau». A commissão revisora emendou, logo nos trabalhos da primeira revisão, a redacção do artigo nos termos em que se acha no codigo; sendo muito convenientes as modificações introduzidas pela referida commissão.

Em primeiro logar ampliou aos maiores de sete annos e menores de dez o direito de pedirem os alimentos, que o projecto só permittia aos menores de sete annos, quando antes dos dez só por excepção rarissima o individuo estará nas circumstancias de haver pelo seu trabalho os meios de subsistencia; e em segundo logar cortou a duvida, a que poderia dar logar a redacção ambigua do artigo se os alimentos eram devidos aos menores de sete annos só até completarem esta idade, ou se obtidos os alimentos antes de perfeitos os sete annos, poderiam depois durar toda a vida do alimentando segundo os principios geraes sobre a duração ordinaria dos alimentos, ou só até á maioridade, etc.

Tambem a commissão revisora determinou o grau de parentesco até onde se estendia esta obrigação, a respeito do que era omisso o projecto; e oxalá que a commissão revisora tivesse feito o mesmo em todos os artigos, em que o codigo se refere a *parentes* sem determinar o grau.

Porém como a commissão se esqueceu de fazer esta determinação em todos os artigos, em que aliás empregou estas palavras, deve em caso de duvida recorrer-se por analogia ao disposto n'este artigo.

Os alimentos pois vão n'alguns casos até ao decimo grau, como até ao decimo grau vae a successão, artigos 2004.º e 2005.º

É preciso examinar tambem agora a materia dos alimentos, devidos aos conjuges, que está subordinada ás mesmas regras e aos mesmos principios. E para este fim é mister considera-los, ou no estado de interrupção da sociedade conjugal pela separação judicial de pessoa e bens, ou no estado de viuvez.

No estado de separação judicial de pessoa e bens tem direito a alimentos o conjuge, que d'elles carecer, que lhe serão fixados pelo conselho de familia, artigos 1207.º n.º 2.º e 1210.º § unico, com recurso para a relação, artigo 1208.º e regulamento de 12 de março de 1868, artigo 13.º § unico.

Mas nas hypotheses referidas dos artigos 1207.º n.º 2.º e 1210.º § unico o conjuge só terá direito a alimentos, quando não tiver meios de subsistencia nem os poder haver pelo trabalho, correspondente á sua profissão e posição? Assim parece, vista a doutrina geral sobre alimentos, que deve observar-se, salvos os casos especiaes em que a lei ordenar o contrario.

No estado de viuvez tem o conjuge tambem direito a alimentos nos termos dos artigos 1231.º e 1232.º

Estes alimentos são arbitrados pelo juiz, artigo 1232.º, ainda mesmo que se organise conselho de familia, nos termos do artigo 207.º, para a hypothese de ficarem herdeiros do conjuge predefunto menores, interdictos, etc. O projecto primitivo já concedia estes alimentos, com o titulo de apanagio, mas só ás *viuvas*. Porém a commissão revisora em sessão de 27 de janeiro de 1862 ampliou o beneficio tambem aos viuvos.

O direito que tem o conjuge viuvo de ser alimentado pelos rendimentos dos bens do fallecido, não vae até absorver o rendimento integral dos bens, como poderia deprehender-se da leitura isolada do artigo 1231.º Os alimentos serão taxados *em proporção* dos rendimentos dos sobreditos bens, artigo 1232.º, e melhor se confirma esta opinião pela leitura das actas da referida sessão da commissão revisora.

N'esta sessão decidiu-se que houvesse logar a alimentos, mesmo quando o marido não deixou filhos, votando em sentido contrario os srs. José Julio e Levy, porque n'este caso queriam que a mulher tivesse o usufructo dos bens que ficassem do marido. Porém a commissão só admittiu a doutrina dos dois illustres vogaes quando era filho perfilhado o conjuge fallecido e morria sem descendentes, artigos 1995.º e 1999.º

Ora se a commissão revisora não aceitava a doutrina do usufructo dos bens do fallecido marido sem descendentes a favor da mulher, não podia admittir que os alimentos d'esta em caso algum absorvessem todos aquelles rendimentos, porque n'esta hypothese o direito a alimentos transformar-se-ia no direito de usufructo.

O sr. Ferreira Lima propoz que se fixasse a *taxa* dos alimentos, que o conjuge predefunto tivesse a receber, e que não fosse excedente a um quinto. Mas a commissão deliberou não marcar taxa, deixando a sua fixação ao prudente arbitrio do julgador.

Tambem o sr. Seabra declarou votar contra a applicação d'esta doutrina ao caso de haver filhos do matrimonio, porque então tinha o viuvo direito a alimentos, como pae, sem ser necessario dar-lhos, como conjuge.

No artigo 1281.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1231.º do codigo, dizia-se que ficavam obrigados aos alimentos do sobrevivo os bens do conjuge predefunto, *ainda mesmo que sejam vinculados*, phrase que a commissão revisora substituiu por esta *sejam de que natureza forem*, que é mais generica, e talvez para comprehender tambem os prazos de vidas.

Á promulgação do codigo já não havia bens vinculados, e os prazos de vidas acabaram nos termos dos artigos 1697.º a 1700.º Porém em vista da doutrina do artigo ficam obrigados aos alimentos não só os prazos de vidas, que ainda conservassem esta natureza depois da promulgação do codigo nos termos dos referidos artigos, mas tambem os bens da reserva, que nos termos da lei de 19 de maio de 1863 deve passar ao immediato successor do vinculo, e com relação a estes assim o determina a propria lei.

A disposição do § unico do artigo 1231.º é inteiramente inutil. É claro que aos alimentos nunca podiam ficar obrigados os bens, em que o conjuge predefunto tinha só o usufructo, porque longe de os deixar no seu patrimonio, por morte perdia mesmo essa propriedade limitada do usufructo, que sobre elles tinha em vida.

O conjuge presente, ou administre ou não os bens do ausente, tem direito a alimentos, nos mesmos termos em que esse direito pertence ao conjuge sobrevivo sobre os bens designados pelo predefunto, artigo 87.º § unico.

Art. 178.º Os alimentos serão proporcionados aos meios d'aquelle que houver de presta-los, e á necessidade d'aquelle que houver de recebe-los.

(Vid. nota ao artigo 171.º)

Art. 179.º A obrigação de alimentos cessa:

1.º Quando aquelle que os presta não póde continuar a presta-los, ou aquelle que os recebe deixa de precisar d'elles;

2.º Nos casos em que é admittida a desherdação.

1.º A regra geral nos alimentos devidos *jure sanguinis* é que só se dão a quem d'elles precisa, e que só os presta quem os póde dar.

Se pois a fortuna do alimentante se deteriorou, ou o alimentado houve meios de outra parte, cessam os alimentos, porque cessa a *rasão* que os justificava.

2.º Se o alimentado está no caso de ser desherdado por alguma das causas marcadas nos artigos 1876.º e 1878.º o procedimento, que dá causa á desherdação, motiva pela mesma rasão a privação de alimentos.

Mas se o desherdado não póde pedir alimentos áquelle, contra quem commetteu o delicto, póde dirigir-se, *não tendo outros meios de subsistencia*, áquelle que se aproveitou dos bens, e que é obrigado a prestar-lh'os dentro das forças dos rendimentos dos mesmos bens, artigo 1883.º

Por exemplo, se o filho, que contra a pessoa de seus paes commetteu delicto a que caiba a pena de desherdação, não póde conseguir d'elles alimentos, sendo-lhe desattendida a respectiva acção por os paes se defenderem com a allegação e prova de factos por elle praticados, que dariam logar á desherdação, tem direito a exigi-los d'aquelles que succederam nos bens, de cuja herança foi excluido, e que herdaria pelo fallecimento de seus paes.

Se por outra causa forem devidos alimentos ao desherdado, a obrigação de os prestar vae alem dos rendimentos dos bens legitimarios de que foi excluido.

Os bens, por cujos rendimentos o desherdado tem direito de ser alimentado, não são todos aquelles que lhe pertenceriam, se fallecesse *ab intestado* a pessoa contra quem elle commetteu o crime, que determinava a desherdação, mas unicamente os bens que lhe caberiam *em legitima*. A desherdação é relativa só á quota *legitimaria*, marcada nos artigos 1784.º e 1787.º E o codigo da Sardenha dispõe expressamente no artigo 743.º, fonte do artigo 1883.º do nosso codigo, que o que se aproveita da *legitima* do desherdado lhe deve alimentos, que nunca podem exceder os rendimentos d'ella.

O individuo excluido de pedir os alimentos ao parente, contra o qual commetteu crime, que justifica a pena de desherdação, não fica por isso inhibido de os pedir a outro, que seja tambem obrigado a presta-los, e contra o qual o alimentado não commettesse igual delicto.

O filho, por exemplo, que deu motivo a ser desherdado pelo pae, não póde pedir-lhe alimentos, mas póde pedi-los ao avô.

A injuria feita ao pae exclue o filho do direito de exigir d'elle beneficios, mas não se estende a pena a outro qualquer descendente, porque os factos injuriosos ordinariamente não se transmittem; e no silencio da lei as regras da boa interpretação auctorisam a nossa opinião.

Comquanto a desherdação só possa dar-se entre descendentes e ascendentes, porque só na linha recta é que ha legitimas obrigatorias, desde que a obrigação de alimentos vae até aos irmãos é consequencia logica reconhecer a estes o direito de negarem alimentos ao alimentando que commetteu contra elles facto que, praticado contra parente na linha recta, justificaria a desherdação.

Não póde admittir-se que os parentes em linha recta, cujas relações juridicas são muito mais estreitas pela natureza e pela lei, possam subtrahir-se ao comprimento da obrigação de alimentos para com a pessoa que contra elles praticou algum dos factos especificados no artigo 1876.º, e que os irmãos, cujas relações naturaes e legaes são muito mais afastadas, não gosem de igual direito.

Demais, o codigo não determina que possam negar os alimentos os que podem fazer a desherdação, mas sim que a obrigação de alimentos cessa nos casos em que é admittida a desherdação. Portanto logo que qualquer pessoa, obrigada a alimentos, allegue e prove que o alimentando praticou contra ella factos iguaes aos que justificam a desherdação, deve ser absolvida da obrigação de prestar os referidos alimentos.

Art. 180.º Cessa egualmente a obrigação de alimentos, quando a necessidade d'estes resulta de procedimento reprehensivel do alimentado, e este, emendando-se, os póde tornar desnecessarios. Mas se a emenda do alimentado já não póde fazer com que elle deixe de carecer dos alimentos, o acto reprehensivel d'elle será tido em consideração só para o effeito de se lhe arbitrarem menores, ou de se lhe reduzirem os já arbitrados.

A doutrina d'este artigo formava no projecto primitivo o n.º 3.º do artigo antecedente, que era redigido nos seguintes termos: «Quando a necessidade dos alimentos proceda de comportamento reprehensivel dos alimentados».

Esta redacção foi conservada pela commissão revisora nas revisões successivas do projecto; sendo feita pela commissão de legislação da camara dos deputados a alteração, que deu em resultado o ser substituido o referido n.º 3.º do artigo antecedente pelo disposto no artigo 180.º

Diversas são as opiniões sobre a materia do preceito contido n'este artigo do codigo. Entendem alguns que o comportamento irregular do alimentando nunca deve ser motivo para se lhe negarem os alimentos, porque aberta a porta ao exame, se a pobreza é resultado de mau procedimento, cada pleito de alimentos apresentará um espectaculo repugnante e escandaloso entre as pessoas mais estreitamente unidas pela natureza; que o filho prodigo, por exemplo, não deixa de ser filho pelo facto da prodigalidade; e que podem dar-se alimentos ao alimentando, que occorram apenas ás suas necessidades indispensaveis, sem que vão alimentar os seus vicios e as suas fraquezas.

Julgam outros, e era a opinião admittida no projecto primitivo, e adoptada pela commissão revisora, que o parente laborioso e diligente não deve ser victima da má conducta ou desleixo do alimentando, e que é preciso impor a este pena com relação ao passado, e preparar-lhe um estimulo com relação ao futuro.

A commissão de legislação da camara dos deputados adoptou um meio termo, que é de certo o mais conforme á moral e á justiça. O alimentando, que pelo seu mau comportamento se reduziu á indigencia, e que póde emendar-se, deve ir procurar os meios de vida no seu trabalho.

Ninguem é obrigado a resgata-lo da consequencia dos seus vicios emquanto elle pelo seu trabalho podér fazer o resgate. A disposição da lei é um estimulo á sua rehabilitação.

Porém desde que a rehabilitação é impossivel, porque o individuo pelo seu estado physico ou moral não póde haver os meios de vida, negar-lhe os alimentos não seria já um estimulo á rehabilitação, mas uma crueldade da lei, ou uma vingança sem resultado, que n'alguns casos póde ter justificação, mas que nem desculpa encontra na natureza quando se trata da questão de alimentos.

N'este caso o legislador esquece-se do criminoso para não ver senão o desgraçado.

Art. 181.º Os alimentos taxados podem ser reduzidos, se a possibilidade de presta-los ou a necessidade de recebe-los se acharem minoradas.

A doutrina d'este artigo é uma consequencia do disposto no artigo 178.º de que os alimentos serão proporcionados aos meios do que houver de presta-los, e ás necessidades do que houver de recebe-los.

E se as necessidades do alimentado cresceram, e ao mesmo tempo augmentar a fortuna do alimentante, poderá aquelle pedir augmento?

O direito de pedir a *reducção* acha-se expressamente garantido n'este artigo; mas o direito de pedir *augmento* é egualmente consequencia do preceito consignado no artigo 181.º

Se ao alimentando se não arbitraram desde logo rendimentos proporcionados ás suas necessidades, e se depois augmentou a fortuna do alimentante, ou mesmo se cresceram as necessidades do alimentando, não achamos rasão para que se não elevem os alimentos.

Verdade é que na *letra* da lei não se apoia esta doutrina, mas justifica-se pelo *espirito* da lei, segundo o disposto no artigo 178.º

E o supremo tribunal de justiça em accordão de 18 de dezembro

de 1868, publicado no *Diario do governo* n.º 27 de 1869, julgou sem restricção alguma que as sentenças sobre alimentos podem ser alteradas em qualquer tempo, com audiencia dos interessados, nos termos das leis.

Diz o accordão:

«Considerando porém que os alimentos que se mandaram suspender á recorrente, foram convencionados e arbitrados por commum accordo de todos os interessados, que para seu pagamento se separaram bens e se consignaram rendimentos certos e determinados a requerimento do curador *ad bona*, e com o assentimento do curador geral dos orphãos, e que de tudo se lavrou auto, que foi julgado por sentença, mandando-se intimar os rendeiros e passar a respectiva carta a cada um dos interessados;

«Considerando que todos estes actos foram invalidados pela deliberação do conselho de familia, confirmada pelo juiz, *sem convencimento nem audiencia do recorrente*, que não era o interdicto, sujeito á jurisdicção orphanologica do juizo, mas um terceiro, munido de uma sentença regularmente proferida, que fazia direito entre as partes: omissão esta que importa preterição de um acto substancial, e conseguintemente nullidade insanavel de tudo o que ulteriormente se processou sobre este objecto;

Considerando que o ponto preciso do aggravo não era a concessão de alimentos pedidos, mas a cessação de alimentos estabelecidos por accordo das partes e sentença do juizo;

«Considerando que, se é certo em direito que os alimentos e as sentenças que os julgaram ou confirmaram *podem ser alterados em qualquer tempo, segundo as mudanças supervenientes que occorrem nas circumstancias de quem os presta, ou de quem os recebe;* é comtudo igualmente certo que este resultado não póde obter-se senão pela fórma e nos termos regulares estabelecidos nas leis, e não *tumultuaria* e *desordenadamente*» etc.

Da generalidade, com que se acha redigido o ultimo considerando, que acabâmos de transcrever, se mostra que na opinião do supremo tribunal de justiça se podem alterar em qualquer tempo as sentenças, que julgarem alimentos, para os diminuir ou augmentar, segundo a mudança das circumstancias *de quem os presta ou de quem os recebe.*

Art. 182.º O direito aos alimentos não póde ser renunciado, bem que estes possam deixar de ser pedidos, e que possam renunciar-se os alimentos vencidos.

(Vid. artigos 508.º e 1556.º) O direito é uma faculdade, ao contrario da obrigação, que tem o caracter de necessidade.

Porém a lei em consideração pelo interesse publico póde determinar excepções a este principio em casos especiaes, como o faz em materia de alimentos.

A lei não póde auctorisar a renuncia da propria existencia, para cuja conservação se reputam indispensaveis os alimentos; nem admittir negociação sobre um objecto, em que, especulando-se com a indigencia, se poderia ir privar o alimentando dos meios de vida que a lei lhe garantia, ficando em absoluto abandono a troco de qualquer pequena compensação antecipada.

O artigo parece prohibir apenas a renuncia absoluta ao direito de alimentos, sem prohibir a negociação d'esses alimentos dentro de um periodo determinado. No entretanto em vista dos artigos 1556.º e 1594.º

os alimentos devidos por direito de familia não podem ser objecto de compra e venda, nem de troca, não podendo, por identidade de rasão, ser objecto de transacção alguma; e o artigo 182.º, auctorisando expressamente a renuncia dos alimentos *vencidos*, implicitamente reprova a renuncia sob qualquer fórma, dos alimentos vincendos.

Pela mesma rasão por que não póde renunciar-se aos alimentos futuros, não póde renunciar-se ao augmento ou diminuição d'esses alimentos.

Com relação aos alimentos vencidos não se dão as mesmas rasões para a prohibição da renuncia, vistoque a privação dos alimentos já vencidos não póde importar risco para a existencia do alimentando.

Pelo nosso direito anterior era permittida a transacção sobre alimentos futuros, sendo auctorisada judicialmente; porém o codigo supprimiu inteiramente o direito de transigir sobre alimentos futuros.

Os alimentos a que não póde renunciar-se, são os devidos por direito de familia, como se mostra dos artigos 1556.º e 1594.º Se forem devidos por contrato ou por disposição de ultima vontade podem ser objecto de qualquer transacção, porque quanto a estes não estabelece o direito restricção alguma sobre a faculdade de contratar.

A constituição de alimentos devidos por direito de familia não importa doação sujeita ao pagamento da respectiva contribuição de registo, como acontece com os alimentos provenientes de contrato ou de testamento, comtanto porém que n'aquelle caso sob a apparencia de alimentos não se encubra uma doação simulada.

Não póde tambem renunciar-se á prescripção, artigo 508.º, que é de direito publico, e foi introduzida por conveniencia social; essa renuncia inutilisaria o fim da lei, tornando-se clausula sacramental em todos os contratos, poisque os proprietarios e credores nunca deixariam de exigir como obrigatoria esta condição, para não correrem o risco de perder o seu direito pela prescripção.

Porém ao direito adquirido pela prescripção, como de *interesse particular*, póde renunciar-se, ou *expressamente*, por qualquer modo *authentico;* ou *tacitamente*, como pedindo moratoria nos pagamentos, etc.

Art. 183.º Se aquelle que for obrigado aos alimentos justificar, que os não póde prestar como pensão, mas tão sómente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados. O mesmo se observará, se o alimentado, sem justa causa, saiu de casa e companhia d'aquelle que tem de prestar-lh'os.

Em regra não deve obrigar se o que carece de alimentos a ir gosa-los em casa do alimentante. Esta obrigação poderia reputar-se humilhante, especialmente se o alimentando receiasse a falta de respeito e de tratamento devido á sua posição infeliz, e até a incompatibilidade da convivencia, que poderia dar-se no mesmo lar.

O sacrificio de viver juntamente com o alimentante na mesma casa muitas vezes não seria compensado com o goso dos alimentos.

No entretanto se o alimentante justificar que, comquanto possa receber o alimentando em sua casa, lhe não póde prestar a pensão alimenticia, são os tribunaes *auctorisados* a decretar os alimentos por esta fórma. Os tribunaes não são *obrigados* a decretar os alimentos em companhia do alimentante, só porque este justifica impossibilidade de os prestar fóra de sua casa, porque a impossibilidade de convivencia entre alimentante e alimentando inutilisaria os effeitos da sentença.

E se effectivamente se provarem as duas circumstancias de impossibilidade de prestar os meios fóra de casa do alimentante, e de impossibilidade de convivencia, que deverão fazer os tribunaes?

Se o alimentante não podér prestar fóra da sua companhia pensão nenhuma, nem grande, nem pequena, ainda que se prove incompatibilidade na convivencia, devem os tribunaes condemnar o réu na prestação de alimentos em sua casa, para que o alimentado possa gosar d'este beneficio a todo o tempo que se torne possivel a convivencia.

As palavras do ultimo periodo significam que ao alimentando se *podem* decretar alimentos em casa do alimentante, quando saiu sem justa causa da companhia d'este, ainda que o alimentante possa prestar-lhe a pensão alimenticia fóra da sua companhia.

Esta provisão significa um castigo ao alimentando por saír de casa do alimentante sem motivo, e um favor a este, desonerando-o de pagar a pensão alimenticia, porque para o alimentante é em regra mais oneroso pagar a pensão, do que receber o alimentando em sua casa.

Este periodo não vinha no projecto primitivo, nem foi acrescentado pela commissão revisora, foi introduzido pela commissão de legislação da camara dos deputados.

Se porém saiu com justa causa é obrigado o alimentante a prestar-lhe uma pensão, ainda que não possa alimenta-lo senão em sua casa? É claro que se o alimentante não tiver meios para soccorrer o alimentando fóra de sua casa, não póde ser obrigado a prestar-lhe pensão alimenticia. Todavia os tribunaes devem ter muito em conta as rasões de queixa, que tem o alimentando contra o alimentante para imporem a este a obrigação de prestar áquelle a pensão alimenticia, ainda com sacrificio, quando o alimentando foi victima de maus tratos em casa do alimentante.

O projecto primitivo no artigo 184.º, correspondente ao artigo 183.º do codigo, continha um § unico assim redigido: «A disposição d'este artigo será especialmente tomada em consideração entre paes e filhos».

A commissão revisora logo na primeira revisão supprimiu o §, que é de certo inutil, como preceito legislativo, mas cuja doutrina os tribunaes deverão ter em vista para decretarem os alimentos em casa do alimentante. Effectivamente quando o alimentando for pae ou filho menos escrupulo devem ter os juizes, a não se darem circumstancias muito especiaes, de decretarem os alimentos em casa do alimentante, porque é mais facil a convivencia entre paes e filhos, do que entre irmãos, ou entre tios e sobrinhos, etc.

Art. 184.º Os alimentos taxados, ou consistentes em prestações periodicas, serão pagos no principio de cada periodo em que se vencerem.

(Vid. artigo 1841.º) Os alimentos, que se não gosam em companhia do alimentante, mas que consistem em pensões, pagas em periodos regulares, como aos mezes, ou aos semestres, devem ser pagas no principio do periodo, em que se vencem.

Esta disposição é rasoavel. O pagamento deve ser adiantado. O auxilio seria quasi illusorio se o alimentando recebesse no dia 31 de janeiro, por exemplo, o que lhe era preciso desde o primeiro do mez.

Só a prestação periodica a titulo de alimentos é que é exigivel no principio de cada periodo; porque, se não for devida por este titulo, é exigivel só no fim do periodo, artigo 1841.º; e o periodo conta-se da epocha do contracto ou da morte do testador, segundo a pensão foi constituida em contrato, ou em disposição de ultima vontade.

O codigo cortou uma questão importante sobre se fallecendo o legatario de prestação periodica sem completar qualquer periodo, deveria partir-se *pro rata* a pensão correspondente a esse periodo. Por exemplo, devia-se uma prestação semestral a contar do 1.º de janeiro de 1869 *inclusivè*, se o legatario fallece em 1 de julho, isto é, já no periodo da segunda prestação pertence na totalidade aos seus herdeiros, ainda que seja exigivel só em 31 de dezembro, sem que o onerado possa descontar aos herdeiros do legatario a parte correspondente ao tempo que elle não viveu, porque a prestação vence-se no *começo* de cada periodo, comquanto seja exigivel, a não ser a titulo de alimentos, só no fim do periodo.

E o vencimento e exigibilidade d'estas prestações periodicas estabelecidas por contratos regula-se do mesmo modo, que o artigo 1841.º prescreve para as deixadas por disposição de ultima vontade? O contrato regulará as condições da exigibilidade e do pagamento; mas no silencio do contrato deve observar-se por analogia o disposto no artigo 1841.º

O nosso direito anterior ao codigo reconhecia, alem dos alimentos ordinarios ou definitivos, os alimentos *provisionaes*. Quer dizer: «O individuo, que intentava a acção de alimentos, podia em qualquer estado da causa pedir alimentos provisorios para se sustentar durante a demanda, e para as despezas indispensaveis da mesma demanda, que, concedidos, cessavam logoque se obtivessem os ordinarios, visto ter cessado então a rasão que os determinara».

O que os pedia allegava o estado de necessidade em que se achava, o direito provavel de obter os alimentos ordinarios, e os rendimentos do réu. O juiz, ouvidas as partes e as testemunhas, concedia ou negava os alimentos provisionaes, e, concedendo-os, arbitrava a quantia mensal, e procedia ao julgamento sem ordem nem figura de processo.

Hoje não ha logar a alimentos provisionaes, cuja materia é objecto de direito civil propriamente dito, e não de processo, e o codigo não os garante; e pelo artigo 3.º da lei de 1 de julho de 1867 fica revogada toda a legislação geral ou especial que o codigo abrange.

E cessam todas as duvidas a este respeito lendo-se a apostilla do sr. Seabra, em resposta ás observações do distincto lente de direito, o sr. Joaquim José Paes da Silva, que o arguia de não ter fallado nos alimentos provisionaes. Declara o sr. Seabra que o codigo os não reconhecia, porque os alimentos só eram devidos ou por terem em seu favor uma presumpção *juris et jure*, como nos casos de contestação de legitimidade do filho, ou no caso de reconhecimento voluntario ou judicial; porque no primeiro caso a obrigação a alimentos tinha o seu fundamento n'uma presumpção legal, e no segundo tinha o seu fundamento no facto do reconhecimento ou da sentença, e que em nenhuma outra hypothese deviam ser admittidos os alimentos legaes, porque ninguem devia ser condemnado a satisfazer obrigações ou não provadas, ou que não tivessem em seu favor a presumpção *juris et de jure*; e que alem d'isso pelo antigo direito ainda era necessario um processo summario em separado da questão principal, para se concederem os alimentos provisionaes, porque a acção de reconhecimento era ordinaria, mas que adoptado o meio summario tambem para o reconhecimento não tinha rasão de ser o meio summario, separado da acção principal, para obter os alimentos provisionaes.

Ora a commissão revisora, não conservando a doutrina do direito velho sobre alimentos provisionaes, eliminou, como pertencente ao código do processo, em sessão de 18 de junho de 1860, o artigo 185.º do projecto primitivo, que dizia assim: «A acção de alimentos será

processada summariamente»; d'onde se vê tambem que nem sempre o *reconhecimento* era processado summariamente, mas só quando tinha por fim pedir alimentos, ou antes que era a acção de alimentos que se processava summariamente, e não a de reconhecimento, a respeito de cujo processo nada dispunha o projecto, pelo menos aquelle que tomâmos por texto dos nossos trabalhos, que é o de 1859.

Em todo o caso o codigo não reconhece os alimentos provisionaes. Porém o projecto de codigo de processo restabelece a doutrina dos alimentos provisionaes no artigo 190.º, determinando que sejam arbitrados por mensalidade, tendo attenção ao stritamente necessario para *a alimentação* do auctor.

Conformâmo-nos inteiramente com esta doutrina tendo apenas a notar a necessidade de modificar a respectiva redacção do artigo de modo que os alimentos provisionaes abranjam o necessario, não só para a *alimentação* do requerente, mas tambem para a despeza da demanda principal.

E nem póde deixar de ser este o pensamento do illustrado auctor do projecto, como se mostra dos motivos do mesmo projecto a paginas 17, onde se justifica esta innovação nos seguintes termos: «O capitulo 7.º trata dos alimentos provisorios que o codigo civil esqueceu, mas que em verdade são a legitima consequencia dos alimentos definitivos que elle admitte, porque seria rigorosa contradicção dar o direito de pedir alimentos *e negar os meios de os conseguir*».

CAPITULO III

DA TUTELA DOS FILHOS LEGITIMOS E ILLEGITIMOS

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 185.º Na falta ou impedimento dos paes, é o poder paternal supprido pela tutela.

(Vid. nota ao artigo 100.º)

Art. 186.º A tutela é um encargo, de que ninguem póde ser escuso, senão nos casos expressos na lei.

(Vid. nota ao artigo 58.º)

Art. 187.º A tutela é exercida por um tutor, um protutor, um curador e um conselho de familia.

(Vid. nota ao artigo 100.º)

Art. 188.º O juiz do domicilio do menor é o competente para prover ácerca da sua pessoa e bens.

§ 1.º Não obsta a doutrina d'este artigo ás providencias conservatorias, que possam tornar-se necessarias ácerca dos bens que o menor tenha em outros julgados.

§ 2.º N'este caso, serão as providencias, que se tomarem, communicadas officialmente ao juiz e ao curador do menor.

(Vid. artigos 2009.º e 2010.º) A competencia do juizo do domicilio do menor para prover ácerca da sua pessoa e bens, tem vantagens e inconvenientes, como outra qualquer regra geral, que a este respeito se estabeleça e cuja preferencia não nos importa agora discutir.

A nossa difficuldade está em combinar o disposto n'este artigo com o preceituado no artigo 2009.º, onde se estabelece que a successão se abre no domicilio do seu auctor. O domicilio do menor póde ser differente do domicilio do auctor da herança, cuja morte dá logar á nomeação de tutor e á convocação de conselho de familia. Tal é a hypothese do fallecimento do pae ou da mãe, inhibidos de reger a pessoa e bens do menor por abuso nos termos dos artigos 141.º e 161.º do codigo, em julgado diverso d'aquelle, onde reside o tutor dos menores.

Se porventura a interdicção do patrio poder resulta de demencia o domicilio dos paes é o domicilio dos filhos, porque é o mesmo o tutor de uns e de outros, artigos 48.º e 329.º

Se porém a interdição não provém de demencia ou de outra causa que lhe seja comparada, o domicilio do pae póde ser differente do domicilio do menor.

Supponhamos, por exemplo, que é na comarca do Porto o domicilio do pae interdicto do patrio poder, por abuso de auctoridade paterna, e que é na comarca de Lisboa o domicilio do tutor do menor, que é o domicilio d'este: onde se procede a inventario, no Porto ou em Lisboa?

No Porto segundo o artigo 2009.º, em Lisboa segundo o artigo 188.º Salvar-se-ha a antinomia, praticando-se no domicilio do menor só as diligencias relativas á administração da pessoa, e correndo no domicilio do auctor da herança o inventario e todas as questões relativas aos bens? Não.

A letra do artigo, e a sua combinação com os respectivos §§, e com os artigos seguintes, mostram que as providencias ácerca dos bens do menor hão de ser tomadas pelo juizo do seu domicilio, e que no mesmo juizo ha de correr o inventario por morte do auctor da herança.

N'esta antinomia de leis sobre uma hypothese, que todavia raras vezes se ha de verificar, seguimos de preferencia o disposto no artigo 2009.º, onde se trata propriamente a materia e que está de accordo com a nossa lei de processo. Esta é tambem, segundo parece, a jurisprudencia adoptada pelo supremo trtbunal de justiça, como se mostra do accordão de 25 de maio de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 137, de 21 de junho, e de que foi relator o proprio auctor do codigo civil.

O accordão diz assim: «Attendendo a que, segundo a disposição formal do codigo civil, artigo 188.º, o juizo do domicilio dos menores é o competente para prover ácerca de sua pessoa e bens;

«Attendendo a que, segundo a disposição do artigo 47.º do mesmo codigo, os menores não emancipados não podem ter outro domicilio que não seja o do pae ou da mãe, a cuja auctoridade se acham sujeitos;

«Attendendo, outrosim, a que, em harmonia com estes principios, as heranças *em regra se abrem*, por morte de seu auctor, no logar em que teve domicilio; e que, havendo herdeiros menores ou similhantes, ahi mesmo se deve proceder a inventario e partilhas (artigo 2009.º e seu § unico, e artigo 2012.º do mesmo codigo);

«Attendendo a que o inventario do conflicto é de menores, e que o inventariando fallecido, seu pae, tinha o seu domicilio no julgado de Oeiras, bem como a sua consorte, que tem de ser lingua ou cabeça de casal (artigo 2068.º citado codigo);

«Attendendo a que segundo é expresso na carta de lei de 1 de julho de 1867, artigo 5.º, ficou revogada toda a legislação anterior, que recaiu nas materias que o codigo civil abrange, quer essa legislação seja geral, quer especial;

«Attendendo, finalmente, a que o principio regulador da competencia dos inventarios de menores, adoptado na provisão de 13 de maio de 1534, e no assento de 17 de junho de 1651, não foi admittido entre as excepções á regra geral supramencionada, e com manifesta rasão, porque, nos termos da nova legislação, importaria gravissimas difficuldades praticas, sem vantagem alguma que as compensasse:

«Resolvem e declaram, portanto, revogando o accordão recorrido, que o juizo competente para o processo do inventario, sobre que versa o conflicto, só póde ser o do julgado onde o inventariando, pae dos menores, teve o seu domicilio.»

Parece pois que sempre que o domicilio do menor seja differente do domicilio do auctor da herança, prefere este pela jurisprudencia adoptada no accordão, que todavia não é tão explicito como devéra se-lo, e que no primeiro considerando não previne a hypothese de os menores não emancipados terem domicilio differente do do pae.

No entretanto o accordão fixou o principio geral de que os inventarios se fazem no domicilio do auctor da herança, revogando assim o julgado da relação que decidira que o inventario por morte do marido se devia fazer no logar onde se fizera por morte da mulher, em vista da provisão de 13 de maio de 1534 e assento de 17 de junho de 1651, quando o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

Todavia poderá ainda julgar-se em vigor mesmo depois da promulgação do codigo, o disposto no § 1.º n.º 3.º do artigo 4.º do decreto regulamentar de 26 de julho de 1866, fazendo-se por dependencia o inventario do conjuge no officio, onde se fez o do conjuge predefunto quando tiverem fallecido no mesmo julgado.

A disposição d'esta lei e decreto coexiste perfeitamente com o principio estabelecido no codigo sobre a abertura das heranças no domicilio do seu auctor.

N'este caso respeita-se o principio do domicilio reconhecido no codigo, e mantem-se a doutrina da lei anterior para a distribuição no mesmo domicilio, especie esta que o codigo não regulou, nem era da sua competencia regular.

O projecto do codigo de processo restaura a doutrina da provisão de 13 de maio de 1534 e do assento de 17 de junho de 1651, determinando no § unico do artigo 17.º, que quando se tratar de inventario de pessoa que fosse casada, e se tenha procedido a inventario por morte do outro conjuge, será esse juizo competente para o novo inventario, que será appenso ao anterior.

Não podemos subscrever a similhante doutrina que, sem utilidade real na maior parte dos casos, póde dar logar a graves embaraços; e, se o individuo for casado mais de uma vez, importar complicações successivas nos inventarios posteriores.

O codigo regula no artigo 2009.º apenas o *logar* da abertura da herança.

A *occasião* em que se abre a herança, que é pela morte natural ou civil, e pela ausencia, e que determina tambem muitos e importantes direitos, será examinada na nota ao artigo 483.º

O *logar* da abertura, que é igualmente origem de valiosos direitos, é determinado n'este artigo.

Todas as questões relativas á successão são tratadas no *logar* onde

ella se abre. Ahi corre o inventario com todo o seu processo, as questões do direito á herança, as reclamações dos credores, etc. E com rasão as questões, relativas á herança, se põem no logar onde ella se abre, porque é ahi ordinariamente onde se acham os titulos e mais esclarecimentos, relativos aos direitos successorios, e é ahi não poucas vezes a residencia ou domicilio dos representantes da herança.

A successão, até á verificação da partilha, é um ser ficticio, representado pelos herdeiros, e por isso todos os pedidos que lhe são relativos devem ser postos no logar onde ella se abre.

A lei de 31 de agosto de 1869, reproduzindo no artigo 13.º o disposto no artigo 2009.º, estabeleceu que a liquidação da contribuição de registo por titulo gratuito tivesse logar no mesmo sitio, onde se abrisse a herança, o que é de alta conveniencia para as partes.

Pela legislação anterior, como a herança se abria no domicilio do seu auctor, e a contribuição de registo se liquidava no concelho do obito, acontecia frequentes vezes que os dois processos, fiscal e judicial, corriam cada um em terras muito distantes. Pela lei anterior se qualquer individuo saisse d'aqui para alguma possessão ultramarina, onde fallecesse á chegada, comquanto os seus bens fossem inventariados no continente, no julgado do seu domicilio, a contribuição de registo era liquidada no logar do obito.

E se o auctor da herança se finar em paiz estrangeiro, não tendo domicilio nem bens immoveis em Portugal? Parece que as questões deverão n'esse caso correr no domicilio dos herdeiros que se habilitarem por argumento dos artigos 40.º e 188.º

Se o menor tiver bens n'outros julgados, os respectivos juizes podêm e devem tomar as precisas providencias conservatorias.

Assim fallece um individuo com filhos menores em Lisboa, logar do seu domicilio, e tendo casa em Santarem e em Evora, os juizes d'estes julgados devem immediatamente fazer arrecadar e fechar todos os moveis, e tomar as precisas providencias para que nada se extravie; e tanto o juiz como o curador do julgado, onde se tomarem essas providencias conservatorias, devem participa-lo ao juiz e curador do inventario, para estes providenciarem, porque é o juizo do inventario que tem jurisdicção para regular a administração dos bens.

O pensamento fundamental dos dois §§ do artigo é que os bens do menor não fiquem um momento ao desamparo.

Ainduque os bens não sejam sitos em julgado differente, e que os coherdeiros não sejam menores, se houver no proprio julgado valores, a respeito dos quaes haja receio de extravio, póde qualquer auctoridade judicial, ainduque seja o juiz eleito ou o juiz de paz, ordenar a imposição de sellos a requerimento de algum interessado, ou mesmo *ex-officio*.

Igualmente não podendo o tutor administrar bens a grande distancia, e em logares estranhos ao juizo do domicilio do menor, póde ser nomeado pelo juiz da localidade administrador a esses bens, que os administrará sob sua responsabilidade, e isto ou o tutor seja dativo, como positivamente determina o artigo 225.º, ou legitimo ou testamentario, como se deduz do espirito do mesmo artigo.

Art. 189.º Fallecendo alguma pessoa cujos herdeiros sejam menores, ausentes ou incapazes de administrar seus bens, será obrigado o que ficar cabeça de casal, e, na sua falta, qualquer pessoa que morasse com o fallecido a dar parte do falleci-

mento ao curador dos orphãos no praso de dez dias, sob pena de cinco mil réis a cem mil réis de multa.

Art. 190.º O curador dos orphãos requererá ao respectivo juiz, que proveja provisoriamente no que for de urgencia quanto ás pessoas e bens dos menores, se não for possivel convocar promptamente, para esse fim, o conselho de familia, e, bem assim, solicitará, que se comece o inventario dentro de um mez, ao mais tardar, contado desde a participação mencionada no artigo antecedente, que irá sempre junta ao seu requerimento.

(Vid. artigos 210.º, 321.º, 1900.º, 1901.º, 2012.º, 2013.º, 2064.º, 2065.º, 2181.º, e 2184.º). Pela leitura da epigraphe do capitulo e do disposto nos artigos 185.º e 188.º parecia que a doutrina d'esta secção e das seguintes era applicavel só aos incapazes por menoridade.

Porém da provisão d'este artigo e do legislado no artigo 321.º mostra-se que as regras da tutela são em geral applicaveis a todos os incapazes de reger a sua pessoa e administrar seus bens, qualquer que seja o motivo da incapacidade.

O codigo n'este artigo e nos artigos 2012.º, 2064.º e outros manda proceder a inventario judicial sempre que haja herdeiros menores, interdictos, ausentes, ou por qualquer maneira incapazes de administrar seus bens. É a repetição do disposto na nossa legislação anterior, e especialmente na novissima reforma judicial, artigo 392.º

A pratica seguida n'alguns juizos de proceder a inventario judicial, quando era menor apenas algum legatario, não tinha fundamento na legislação anterior, nem o tem no codigo.

O artigo 1901.º apenas impoz a obrigação ao testamenteiro, quando houver legatarios menores, ausentes ou interdictos, de dar conhecimento do legado ao respectivo juiz, sem fallar na obrigação de inventario.

Os artigos, que analysâmos conjunctamente, relativos ao inventario judicial, têem todos redacção differente e sem rasão plausivel, tornando-se indispensavel harmonisa-los, para d'elles colher as verdadeiras regras sobre a materia.

Assim a simples leitura dos artigos 2012.º e 2064.º, não nos dá a certeza de que o inventario judicial é indispensavel nas heranças deixadas a estabelecimentos publicos, sendo preciso para isto recorrer á disposição do artigo 189.º e seguintes, dos quaes se mostra, que deve haver inventario judicial sempre que os herdeiros sejam *incapazes de administrar os seus bens.*

No artigo 2064.º estabelece-se a obrigação de proceder tambem a inventario judicial, quando qualquer dos herdeiros seja *desconhecido.*

Não se usava d'esta palavra na nossa antiga legislação, nem se encontra empregada no codigo senão para aquelle caso, e com relação aos credores e legatarios no artigo 2048.º, que teve por fonte o artigo 845.º do projecto de codigo civil hespanhol, onde se falla de credores *ignorados* do defunto, sem se applicar este termo aos legatarios.

Cremos que as palavras herdeiro *desconhecido,* que se lêem no referido artigo 2064.º correspondem ás seguintes que se encontram no artigo 865.º do projecto de codigo civil hespanhol *y se ignora quien sea su heredero.*

Diremos pois que é desconhecido o herdeiro, quando se não sabe quem é. No caso porém de se não saber quem é o herdeiro, e de ninguem se apresentar a reclamar a successão, feita a descripção e avaliação dos bens, deve o estado habilitar-se a tomar conta da herança nos termos do artigo 2008.º, e pelo processo que em a nota a esse artigo havemos de indicar.

Quanto aos ausentes a primeira duvida a resolver é se a palavra *ausente* tem aqui e no artigo 2064.º a mesma significação que nos artigos 55.º e seguintes.

No artigo 55.º e seguintes o assumpto é differente. Trata-se ahi da nomeação de curador á herança ou aos bens do ausente, e os artigos 189.º e 2064.º occupam-se da representação do ausente, como interessado, ou como herdeiro na successão de um terceiro.

Nos termos do artigo 55.º e seguintes não tem a ausencia effeitos juridicos, senão havendo desapparecido o ausente sem d'elle haver noticias. Será o mesmo em materia de inventarios?

Só será obrigatorio o inventario judicial, em que ha interessado ausente, se d'este não houver noticias?

Supponhamos que ha noticias do ausente, mas que elle vive a longa distancia do paiz e que não poderá providenciar com brevidade, mesmo depois de saber da abertura da successão, não haverá logar ao inventario em rasão de haver noticias d'elle?

N'outros termos: a palavra *ausente* empregada no artigo 2064.º terá a mesma significação rigorosa que no artigo 55.º, designando unicamente aquelle que desappareceu sem d'elle haver noticias?

A não se verificarem as circumstancias de o ausente se achar em parte incerta sem d'elle haver noticias, não se deverá proceder aos termos do inventario sem a citação pessoal d'elle.

O inventario com todos os termos de processo, que o constituem, como avaliações, licitações, collações, partilhas, etc., envolve interesses os mais vitaes para os coherdeiros, que não devem ser entregues á mera vigilancia de um curador quando d'aquelles houver noticias.

Porém se o herdeiro se achar a grande distancia, e forem necessarias providencias conservatorias, deverá o ministerio publico requere-las; e o juiz, mesmo *ex-officio,* ordena-las, por argumento do disposto nos artigos 190.º e 2010.º do codigo.

Inventario judicial, como para o caso de menores ou interdictos, é que não póde fazer-se, havendo do ausente noticias.

Todavia para se requerer inventario judicial, e para o ausente se considerar no caso dos artigos 189.º e 2064.º não é indispensavel que a ausencia esteja reconhecida por uma sentença para o effeito de se deferir a curadoria provisoria ou a definitiva; mesmo porque o facto da ausencia só por si não justifica o deferimento da curadoria provisoria, é preciso alem d'isso que o ausente tenha bens, e que seja necessario prover á sua administração.

Basta pois que se dê o facto de o herdeiro estar ausente sem d'elle haver noticias, ainda que não tenha sido verificado judicialmente, para haver logar ao inventario, como de pessoa incapaz de administrar seus bens.

Para a verificação do facto será sufficiente a declaração do cabeça do casal por argumento do disposto nos artigos 2072.º e 2087.º, que lhe permittem fazer declarações analogas, para se proceder ao inventario judicial. Porém apesar d'essa declaração do cabeça de casal entendemos que a citação por edictos, se ainda não está julgada a ausencia, é necessaria por argumento do disposto nos artigos 2048.º e 2049.º

Se o ausente for casado procede-se ainda assim a inventario, com quanto não haja nomeação de curador, vistoque o legal administrador

dos bens é o conjuge presente nos termos dos artigos 55.º e 82.º, salva a divisão dos bens pelos filhos, se o ausente os deixou, e são já decorridos quatro annos depois das ultimas noticias, artigos 90.º a 93.º

Porém ha de proceder-se a inventario judicial ainda mesmo que não sejam decorridos os quatro annos, que dão logar ao deferimento da curadoria definitiva. Verdade seja que o conjuge presente só passados esses quatro annos é que é obrigado a fazer inventario e prestar caução pela administração dos bens, que o ausente effectivamente possuia ao tempo do desapparecimento ou das ultimas noticias.

Mas quanto aos bens que advieram ao ausente posteriormente ás ultimas noticias por não serem dependentes da condição da sua existencia, ha de o conjuge presente recebe-los por inventario, ainda que a esse tempo não seja chegada a epocha de inventariar os que já tinha no seu patrimonio por não terem sido decorridos os quatro annos desde as ultimas noticias.

Se os coherdeiros do ausente forem menores ou interdictos, que seja por isso preciso nomear-lhes tutor, a nomeação de tutor para os menores e interdictos não dispensa a nomeação de curador para o ausente, devendo ser feita pelo juiz esta nomeação, e pelo conselho de familia a do tutor, quando houver logar.

É igualmente indispensavel a nomeação de curador pelo juizo quando o herdeiro for *desconhecido*, até porque no processo depois instaurado pelo ministerio publico, reclamando para a fazenda a herança, que se não sabe a quem pertence, é esse curador quem representa os interesses do terceiro incerto.

No caso de ausencia, se já havia curador nomeado para administrar os bens que o ausente tinha effectivamente no seu patrimonio ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias, esse mesmo curador receberá os bens que lhe advieram posteriormente nos termos do artigo 72.º

No inventario nem sempre ha logar á partilha, como se deixa ver do artigo 2012.º Muitas vezes conclue o inventario, não pela partilha, mas pela separação de bens: assim casando o individuo com separação de bens, e deixando por sua morte um unico filho, não tem este que fazer *partilha* com o outro progenitor, mas apenas que *separar* os bens, que eram do predefunto e que lhe ficam pertencendo por direito hereditario, dos que eram e continuam a ser do conjuge sobrevivo.

Mesmo a partilha de cousa commum não póde fazer-se senão judicialmente, desde que algum dos condominos é incapaz de reger e administrar seus bens, como expressamente determina o artigo 2181.º

A regra geral é que nos inventarios e partilhas de cousa *commum* deve intervir o juizo, sempre que haja interessados incapazes de se regerem ou administrarem seus bens, para velar pelos interesses d'estes o ministerio publico, ou o curador dos orphãos como representante da sociedade.

Só não ha obrigação de inventario judicial se o incapaz é *legatario*, porque não constando os legados de quotas incertas e eventuaes, mas de valores ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles, artigo 1736.º, não póde a falta de inventario prejudica-los, salvo sonegando-se bens a ponto de se entrar pelos legados para o pagamento dos credores; e contra o facto da sonegação ha tambem os meios competentes reconhecidos em direito.

O inventario judicial cessa, logoque cessou a causa que o determinava, artigo 2064.º § 2.º, como se o ausente appareceu ou se chegou á maioridade o menor.

Podem os interessados requerer a continuação do inventario, mas por auctoridade de justiça é que não prosegue.

E no caso de algum dos interessados requerer a continuação do inventario como de maiores, será preciso distribui-lo de novo na classe 12.ª do § 1.º artigo 4.º do decreto de 9 de julho de 1855, annullando-se todo o processado anterior?

Entendemos que não. O inventario *prosegue* entre maiores, como dispõe o § 2.º do artigo 2064.º, aproveitando-se o que estiver feito do inventario entre menores, independentemente de nova distribuição, mesmo porque pelo codigo é um e o mesmo o processo de inventario entre maiores e entre menores.

Apesar do codigo declarar que o inventario não prosegue, *cessando* a causa que o determina, julgâmos ainda em vigor o disposto no § 6.º do artigo 27.º da lei de 16 de junho de 1855, em virtude do qual achando-se principiado o inventario quando o menor requerer a sua emancipação juntando certidão de idade, não se proseguirá n'elle emquanto se não resolver o incidente de emancipação cessando assim o inventario mesmo antes de cessar *legalmente* a causa que o determina. E por maioria de rasão se lhe não dará principio, emquanto o mesmo incidente nas circumstancias indicadas se não decidir, se porventura o requerimento para a emancipação for apresentado em juizo, acompanhado da competente certidão de idade, antes de ter começado o inventario.

Uma difficuldade grave suscita a redacção d'este artigo comparado com varios outros artigos, que deixâmos indicados em a nota ao artigo 62.º

Segundo ahi demonstrámos o curador dos orphãos vela unicamente pelos incapazes por orphandade; e dos incapazes por dementes, surdos-mudos, prodigos, condemnados, e ausentes cuida o ministerio publico.

Porém quanto ao inventario de bens em que é interessada alguma pessoa incapaz de reger sua pessoa e administrar seus bens, dá o codigo competencia ao curador dos orphãos para promover os seus termos qualquer que seja a causa da incapacidade, ainda que provenha de ausencia, porque o codigo não faz distincção.

Será pois indispensavel para inteiro cumprimento dos preceitos contidos em varios artigos do codigo que no inventario intervenha, alem do curador dos orphãos, o ministerio publico, quando a causa da interdicção não for a orphandade?

Decidimo-nos abertamente pela negativa. É incompativel com os bons principios a intervenção simultanea de dois representantes da sociedade a favor da mesma pessoa, protegida por esta.

Considerâmos antes o preceito do artigo 189.º como excepção á doutrina de todos aquelles artigos em que o ministerio publico é declarado pessoa competente para velar pelos interesses das pessoas que são incapazes de reger-se e de administrar seus bens por todo e qualquer motivo que não seja a orphandade.

Entendida assim a doutrina do artigo 189.º em face dos outros artigos, que conferem ao ministerio publico o direito de velar pelos incapazes, que não são orphãos, segue-se que, aberta uma successão, em que é interessado um interdicto ou ausente, o curador dos orphãos promove todos os termos do inventario até final, e depois de findo o inventario serão entregues os bens ao juizo da ausencia ou da interdicção, sem que na sua administração posterior exerça intervenção alguma o curador dos orphãos. É o meio de conciliar as differentes disposições do codigo.

Se se abrir successão, em que seja interessado algum demente, sem estar ainda julgada por sentença a demencia, como muitas vezes acon-

tece, o curador dos orphãos promoverá o inventario sob a simples declaração do cabeça de casal, de que ha herdeiro demente, pelas razões acima dadas em igual hypothese com relação á ausencia por analogia do disposto nos artigos 1072.º e 1087.º

Se porém houver contestação, o facto da ausencia ou da interdicção será julgado, não no juizo do inventario, mas no juizo competente nos termos dos artigos 55.º e 317.º, com intervenção do ministerio publico, sem que possa ser chamado a estes processos o curador dos orphãos.

Pelo codigo, sendo obrigadas *todas as pessoas* que moram com o fallecido a fazer a participação do obito, se esta se não fizer, todas devem ser multadas.

O projecto primitivo, a exemplo do que dispõe o projecto de codigo hespanhol, obrigava o cabeça do casal e o chefe da casa a participar o decesso ao juiz eleito, sendo este quem fazia depois a participação ao curador dos orphãos; assim como tornava obrigatoria esta participação, ou as pessoas incapazes de se regerem fossem herdeiras ou *legatarias*.

A commissão revisora porém adoptou a doutrina da novissima reforma judicial, não só emquanto manda dar parte do fallecimento unicamente quando são *herdeiros* as pessoas incapazes de administrarem seus bens, mas tambem emquanto manda fazer a participação directamente ao juizo dos orphãos, com a unica differença de mandar fazer a participação ao curador dos orphãos e não ao juiz, como mandava a reforma, e de marcar em vez de oito dias, como determinava a reforma, dez que é o tempo do nojo pelo codigo, artigos 2041.º e 2044.º

Nos inventarios de menores com pae sobrevivo, é a este que compete requerer o inventario; e, se deixa passar os sessenta dias sem o requerer, requere-o então o curador dos orphãos, devendo pedir tambem a sua condemnação na pena da perda do usufructo. Fóra d'este caso o curador dos orphãos requer o *andamento* e *conclusão* do inventario, mas não o começo, se ha conjuge sobrevivo.

Se porém se dá o caso de orphandade de pae e de mãe, quem é obrigado a requer o *começo*, e a promover o andamento e conclusão do inventario, é o curador dos orphãos e o tutor, artigos 235.º n.º 2.º, e 243.º n.º 4.º

A missão do cabeça de casal, não sendo tutor, ou de qualquer outra pessoa, que vivesse com o fallecido, limita-se a participar o decesso, sem poder requerer o inventario.

O curador tem um mez a contar da participação para requerer o inventario, e ao requerimento deve ajuntar a participação, não porque a juncção seja indispensavel para ser attendido o requerimento, mas para se saber se a participação foi dada a tempo, e se o requerimento para o começo do inventario foi apresentado no praso legal, a fim de se tornar effectiva a responsabilidade sobre quem de direito for.

O curador não precisa da participação do cabeça de casal, ou de pessoa que morasse com o fallecido, para requerer o inventario. Pelo contrario, passados dez dias depois do obito, sem haver participação, ou ainda antes se o julgar necessario, deve promover o inventario, e requerer a respectiva multa contra quem devia fazer a participação, e a não fez.

O curador dos orphãos deve requerer e o juiz provisoriamente ordenar tudo o que for tão urgente, que não possa esperar pela convocação do conselho de familia e nomeação de tutor para se fazer nos termos ordinarios.

Assim dado um caso de orphandade em que os moveis, roupa, dinheiro, livros de contas, titulos e outros objectos de casa ficam só em mãos de creados, ou de pessoas que não mereçam confiança, deve o juiz mandar fechar tudo, sellar as portas, e tomar todas as mais providencias indispensaveis, para que nada se extravie, emquanto o tutor não recebe os bens por inventario.

O curador que não requerer e o juiz que não deferir nos termos indicados, são responsaveis para com os menores por perdas e damnos.

Independentemente de todas e quaesquer participações, o curador dos orphãos deve requerer, ou o juiz ordenar officiosamente a convocação do conselho de familia dentro de oito dias, desde que ha noticia da orphandade ou da vacancia da tutela, artigo 210.º, sem que esta convocação prejudique a obrigação de tomar todas as medidas conservatorias, que não possam esperar pela reunião do conselho de familia, artigo 189.º

As palavras *de officio* empregadas no artigo 210.º mostram que a obrigação de convocar o conselho de familia dentro dos oito dias pesa sobre o juiz e curador, desde que tenham noticia do facto por qualquer modo, ainduque não seja pelos modos legaes indicados no artigo 189.º Porém o juiz só é responsavel por perdas e damnos para com os menores por não ter procedido nos termos d'esta secção, se para isso tiver sido *requerido*, como expressamente dispõe o artigo 192.º

Alguem julga que a penalidade prescripta no artigo 189.º é applicavel ao testamenteiro, que não dá conhecimento da herança ou do legado ao respectivo juiz, nos termos do artigo 1901.º, havendo herdeiros ou legatarios menores, interdictos ou ausentes. Porém como as penas se não ampliam por analogia, nem ainda por maioria de rasão, alem dos casos expressamente taxados nas leis, o testamenteiro não póde ser sujeito a similhante pena se não estiver nos precisos termos do artigo 189.º, isto é, se não for cabeça de casal ou morar com o fallecido. Quanto á multa, visto ser igual a disposição do codigo á do artigo 393.º da reforma, e tendo a portaria do ministerio do reino de 9 de setembro de 1840 mandado applicar á execução d'esta pena o artigo 446.º da segunda parte da reforma antiga, ao qual corresponde o artigo 188.º § 1.º da novissima reforma, deve seguir-se hoje a mesma fórma do processo.

O inventario entre maiores só é judicial, requerendo-o os *herdeiros*, como dizem os artigos 2013.º e 2065.º, ou requerendo-o os *interessados*, como diz o artigo 1900.º Mas a palavra *interessados*, que se lê no artigo 1900.º, abrangerá só os coherdeiros ou tambem os legatarios e credores?

O projecto primitivo, cujo artigo 2036.º passou quasi com a mesma redacção para o artigo 1900.º do codigo, comprehendia indubitavelmente, alem dos herdeiros, os legatarios e credores, vistoque o artigo 2232.º d'aquelle projecto, correspondente ao artigo 2065.º do codigo, se achava redigido nos seguintes termos: «Entre maiores, que tenham a livre administração de seus bens, ou não comprehendidos no artigo precedente, não poderá ter logar inventario judicial, senão sendo requerido por algum dos coherdeiros, *ou pelos credores e legatarios para separação de patrimonios*».

A commissão revisora alterando a redacção d'aquelle artigo nos termos que hoje se lêem no artigo 2065.º, esqueceu-se de certo de harmonisar com este o artigo 1900.º Porém o pensamento da commissão revisora com a redacção do artigo 2065.º, bem como determinando que só fosse obrigatorio o inventario judicial, quando as pessoas incapazes de administrar fossem herdeiros e não quando legatarios, foi

circumscrever o direito de requerer inventario unicamente aos herdeiros.

Em nosso entender os credores e legatarios só têem direito de requerer inventario quando os bens não chegarem para o pagamento das dividas e dos legados, e houver receio de sonegados.

O codigo dispensa o inventario judicial para a partilha entre maiores, comtantoque a partilha seja feita em escriptura ou auto publico.

O projecto primitivo só exigia que a partilha fosse feita por escriptura ou auto publico, sendo os bens immobiliarios, e igual providencia continha com relação á divisão das cousas communs. Porém a commissão revisora, adoptando para a divisão dos bens immobiliarios communaes a disposição que se lê no artigo 2184.º do codigo tal qual vinha no projecto primitivo, artigo 2357.º; todavia quanto ás partilhas modificou a doutrina do projecto, resolvendo que estas fossem feitas sempre em escriptura ou auto publico, quer versassem quer não sobre bens immobiliarios, artigo 2013.º

Art. 191.º Se o juiz não for requerido, e tiver noticia de que se dá o caso de proceder judicialmente, assim o mandará desde logo, com citação do curador dos orphãos, que requererá o que for de justiça contra quem não tiver feito as devidas participações.

§ unico. Se o juiz achar, que a negligencia proveiu do curador dos orphãos, assim o participará ao respectivo procurador regio.

A lei tomou todas as providencias para que o inventario não deixasse de fazer-se, impondo a uns a obrigação de participarem o obito, a outros a de requererem o inventario, e ao juiz a de proceder officiosamente, ainda que não houvesse participação nem requerimento.

A redacção do artigo dá logar a sustentar-se que o juiz apenas póde proceder officiosamente depois de decorrido o tempo, em que devem ser feitas as participações do obito, e em que o curador dos orphãos deve requerer o inventario.

Todavia em vista dos principios geraes que regem a jurisdicção orphanologica, e por argumento do artigo 2010.º, e reflectindo devidamente no artigo, parece-nos que o juiz póde proceder officiosamente *desde logo* que *tiver noticia* do obito, processando as pessoas a quem o artigo 189.º impõe a obrigação de fazerem as respectivas participações, se já era passado o praso em que ellas deviam ser feitas, sem o estarem, e queixando-se do curador dos orphãos ao procurador regio, do respectivo districto, se era decorrido o praso que a lei lhe marcava para cumprir o seu dever sem elle ter promovido os termos do processo.

Portanto o juiz póde e deve proceder officiosamente, logoque tiver noticia do obito, impondo ao conjuge sobrevivo a pena da perda do usufructo dos bens dos filhos menores, se elle deixou passar sessenta dias sem requerer o inventario, artigo 156.º, ao cabeça de casal ou ás pessoas que moravam com o fallecido, a multa comminada no artigo 189.º, se não fizeram dentro de dez dias as participações convenientes, e queixando-se do curador dos orphãos ao procurador regio, se elle não requeren o inventario dentro de um mez, contado desde que recebeu a participação.

As multas aos que pelo codigo são obrigados a fazer a participação do obito, e que a não fizeram, parece que não póde o juiz impô-las sem lhe ser requerido pelo ministerio publico, como dispõe o artigo 191.º; e por maioria de rasão não poderá o juiz, sem requerimento do curador dos orphãos, impor a pena da perda do usufructo dos bens dos filhos ao pae sobrevivo que não promoveu o inventario dentro de sessenta dias, contados desde o obito do respectivo conjuge: e tanto mais que a pena da perda do usufructo só por sentença póde ser imposta nos termos do assento de 20 de julho de 1780.

O certo é que, apesar de todas as obrigações impostas ao juiz por este artigo, elle só é responsavel pela falta de cumprimento d'ellas quando tenha sido *requerido*, artigo 192.º

O disposto no § unico, alem de pertencer propriamente ao codigo do processo, era escusado em vista do artigo 1091.º da reforma, que prohibe ao juiz o reprehender o agente do ministerio publico, facultando-lhe apenas o fazer as participações convenientes ao procurador geral da corôa, quando elle não cumprir os seus deveres.

Art. 192.º O curador dos orphãos, que não promover o inventario, e o juiz que, sendo requerido, não proceder nos termos referidos, serão responsaveis por todos os prejuizos que, por sua culpa ou negligencia, os menores venham a padecer.

(Vid. nota ao artigo 62.º)

SECÇÃO II

DA TUTELA TESTAMENTARIA

Art. 193.º O pae póde nomear em testamento, ou por acto authentico entre vivos, tutor ao filho menor ou interdicto, se a mãe é fallecida, ou se acha inhibida de exercer o poder paternal.

§ unico. Na falta, ou no impedimento do pae, tem a mãe a mesma faculdade; mas, se nomear seu segundo marido, ficará a nomeação dependente da approvação do conselho de familia.

(Vid. artigos 195.º, 224.º n.º 5.º e 277.º) O codigo reconhece, como já reconhecia o nosso direito antigo, tres especies de tutela — testamentaria, legitima e dativa.

Todos os codigos têem reconhecido as duas especies de tutela testamentaria e dativa, mas nem todos são de accordo em estabelecer a tutela legitima.

Alguns jurisconsultos combatem a tutela legitima, julgando-a pouco conveniente aos interesses do orphão por ser entregue a sua educação e a administração dos seus bens a pessoas que não interessam na conservação da vida do menor de quem são legitimos successores, e porque não confiam n'uma tutela em que falta a *escolha* de tutor, ou pelo pae, ou pelo juizo.

Porém os codigos, que a admittem, partem de uma presumpção favoravel aos que estão ligados ao orphão por estreitos vinculos de sangue, julgando-os os mais interessados na sua prosperidade, e admittem a tutela legitima pelos mesmos principios por que estabelecem o conselho de familia.

Alguns codigos, como o francez, têem uma secção separada com a epigraphe *da tutela do pae e da mãe,* doutrina que nós não admittimos, porque é offensiva do patrio poder, cuja origem é mais natural, mais elevada, e de maior importancia juridica que a da tutela. Os paes regem a pessoa e bens dos filhos, não como tutores, mas em rasão do patrio poder, que sobre elles têem. A tutela refere-se só aos orphãos de pae e de mãe, é uma defeza subsidiaria, e uma quasi paternidade.

A tutela *testamentaria* é hoje assim chamada, não porque se considere *tanquam hereditatem,* como era por direito romano, mas porque em regra é deferida em testamento, e porque não tem effeito senão depois da morte do que a deferiu, ainda que seja constituida por acto *inter vivos.* Os paes não podem despojar-se simplesmente por facto seu do patrio poder.

Assim o pae, que se vê impossibilitado de preencher as funcções de administrador da pessoa e bens dos filhos, não póde nomear um tutor para o substituir, comquanto possa escolher pessoa para educar o menor, e encarregar um procurador da administração dos bens.

Do patrio poder só o póde privar uma sentença, que o julgue incapaz de o exercer.

A tutela testamentaria, comquanto possa ser constituida tanto em testamento, como em acto *inter vivos,* artigos 193.º, 277.º e 279.º, de ordinario só por testamento se constitue, como o proprio codigo reconhece no artigo 247.º, onde se falla da gratificação arbitrada ao tutor *em testamento,* omittindo-se a circumstancia de ser arbitrada em acto entre vivos.

Porém se a nomeação de tutor tiver logar em acto entre vivos é valido o arbitramento da gratificação feito n'esse mesmo acto, visto que a designação da gratificação é um *accessorio* da nomeação do tutor.

Os paes podem nomear tutor testamentario aos filhos cuja pessoa regem, ainda que estes se achem debaixo do seu poder por motivo de interdicção, artigos 321.º e 322.º

Como todas as disposições testamentarias, a nomeação do tutor póde ser condicional; ou feita *até certo tempo,* como F. será tutor de meus filhos durante seis annos depois do meu fallecimento, ou *desde certo tempo,* como F. será tutor de meus filhos dois annos passados depois da minha morte, ou *sob condição,* como F. será tutor de meus filhos se ganhar a demanda que sustenta nos tribunaes contra F.

A nomeação de tutor aos filhos legitimos póde ser feita pelos paes, ainda que estes sejam menores, isto é, ainda que o pae não tenha dezoito annos, nem a mãe dezesseis, nos termos do artigo 306.º, porque o patrio poder é mesmo n'este caso plenissimo, e presume-se que os paes ordenarão sempre o que for mais util aos filhos.

Os ascendentes do segundo grau e seguintes não podem nomear tutor testamentario aos descendentes, ainda que sejam seus tutores, comquanto possam fazer substituições pupillares, artigo 1859.º, porque a nomeação de tutor é consequencia do patrio poder; e por isso, desde que se admittiu a emancipação pelo casamento, os avós deixaram de ter os netos debaixo do seu poder.

Porém esta faculdade não é concedida senão ao pae sobrevivo, porque a nomeação de tutor não tem logar senão para substituir o patrio poder, que continua no conjuge sobrevivo depois de dissolvido o matrimonio por morte do outro conjuge.

Por isso o pae não póde nomear tutor, salvo sendo a mãe fallecida, ou estando inhibida de exercer o patrio poder, porque ella gosa do poder paternal, que prefere e exclue a tutela.

Os tutores nomeados e em exercicio, com preterição da mãe, ao tempo da promulgação do codigo, ficaram privados das suas funcções desde o dia da referida promulgação, porque as disposições da lei que respeitam a interesse de ordem publica, como é o encargo da tutela, começam desde logo a vigorar, e abrangem todos os factos existentes. É o que os nossos tribunaes têem com rasão julgado, do que póde ver um exemplo no accordão da relação de Lisboa de 6 de junho de 1868, em a nota ao artigo 137.º

Pelo direito anterior, não só a mãe não gosava da faculdade de nomear tutor testamentario, porque não tinha o patrio poder, de que esta nomeação é consequencia, mas podia até ser excluida pelo pae em testamento da administração da pessoa e bens dos filhos, que elle podia commetter a terceiro.

Porém hoje, não só não póde ser excluida a mãe da administração da pessoa e bens dos filhos, mas póde ella mesma nomear tutor, se o pae é fallecido, ou se se acha inhibido de exercer o poder paternal, ou, como diz o codigo, *na falta ou no impedimento do pae,* palavras, que significam a mesma idéa.

Para ter logar esta nomeação, ou seja feita pela mãe ou pelo pae, é indispensavel que o nomeante se ache no goso do patrio poder; circumstancia que é igualmente requerida para o pae nomear em testamento conselheiros que dirijam e aconselhem a mãe viuva, artigo 159.º

Por isso a nomeação póde ser feita pelo pae ou mãe binubos, que pelo facto de passarem a segundas nupcias não perdem o patrio poder. O pae binubo nem da administração dos bens dos filhos póde ser privado; e a mãe, comquanto possa ser privada da administração dos bens, não póde ser privada do patrio poder pelo simples facto de casar segunda vez, artigo 62.º

Portanto a mãe binuba, mesmo n'alguns casos em que está privada em vida da administração dos bens dos filhos, póde nomear quem os administre depois da morte.

O projecto primitivo exigia uma especie de confirmação dos tutores nomeados pelos paes, feita pelo conselho de familia, e por isso no artigo 229.º, correspondente ao artigo 224.º do codigo, indicava em segundo logar como attribuição do conselho de familia *reconhecer os tutores nomeados pelos paes dos menores,* e o mesmo repetia em o n.º 1.º do artigo 240.º, correspondente ao artigo 235.º

A commissão revisora porém, em sessão de 21 de junho de 1860, eliminou o citado n.º 2.º do referido artigo 229.º, e em sessão do dia immediato as palavras *para o seu reconhecimento,* que vinham em seguida a *conselho de familia* em o n.º 1.º do artigo 240.º, correspondente ao n.º 1.º do artigo 235.º

N'esta parte o projecto do sr. Seabra ia ainda mais longe do que a reforma judicial, a qual só exigia a confirmação pelo conselho de familia do tutor nomeado pelo pae binubo, porque ao pae binubo mesmo só permittia ser tutor dos filhos do matrimonio anterior, sendo nomeado pelo conselho de familia.

Hoje porém a confirmação do tutor testamentario só é precisa, quando a nomeação proveiu da mãe binuba, e recaiu em seu segundo marido.

A lei, favoravel aos sentimentos maternos, conservando á mãe binuba o patrio poder, e portanto o direito de nomear tutor, poz apenas uma prudente limitação ao exercicio d'este direito.

Um excesso de amor, ou as suggestões do segundo marido podiam ter influido para a nomeação do tutor, e por isso o conselho de familia é chamado a conhecer n'este caso sómente da utilidade da nó-

meação, devendo ter muito em vista se a confusão dos bens, e o antagonismo dos interesses entre a antiga e a nova familia podem occasionar prejuizos ao tutelado. Se a tutela recair n'outra qualquer pessoa, não ha logar a taes suspeitas, não sendo por isso necessaria a confirmação do conselho de familia.

O projecto primitivo, em harmonia com o disposto no artigo 179.º do projecto do codigo hespanhol, fonte do artigo 193.º do nosso codigo, dispunha que a nomeação feita pelo pae no impedimento da mãe, ou pela mãe no impedimento do pae, ficava sem effeito logoque cessasse o impedimento, o que era logico, porque, achando-se um e outro igualmente investidos do patrio poder, era ao sobrevivo e não impedido que devia pertencer a nomeação.

Porém a commissão revisora, modificando o artigo, e estabelecendo claramente a doutrina de que a nomeação feita pela mãe no impedimento do pae fica sem effeito com a cessação do impedimento d'este, justifica o argumento *á contrario sensu*, de que a nomeação feita pelo pae, no impedimento da mãe, não fica sem effeito pela cessação do impedimento d'esta.

Portanto se o pae nomear tutor, achando-se a mãe impedida, ainda que ella reassuma o exercicio do patrio poder por ter cessado o impedimento, entra por sua morte na tutela o nomeado pelo pae, sem que ella tenha direito de fazer nomeação alguma.

Ha pouca conformidade entre esta doutrina e as disposições que conferem á mãe o patrio poder, e lhe dão o exercicio d'elle depois da morte do marido na mesma plenitude em que este o tinha, salvas as modificações prescriptas nos artigos 155.º e seguintes.

Não podemos porém entender de outro modo o artigo 195.º, desde que o vemos a substituir o artigo 198.º do projecto primitivo, que estava redigido nos seguintes termos: «Quando a mãe nomear tutor a seus filhos por impedimento do pae, ou *vice-versa*, e este impedimento venha a cessar, ficará a dita nomeação sem effeito».

O projecto primitivo era logico, porque não permittia a nenhum dos conjuges na constancia do matrimonio nomear tutor aos filhos, senão quando o outro conjuge estava inhibido do exercicio do patrio poder, porque esta inhibição reputava-se equivalente á falta do conjuge para os effeitos do patrio poder; e esta ficção não póde durar senão emquanto durasse a incapacidade, devendo cessar os seus effeitos logoque cessasse a causa.

Com relação ao filho perfilhado voluntariamente, o progenitor que primeiro o reconheceu, ou seja o pae ou a mãe, é que póde nomear-lhe tutor, ainda que o filho venha a ser reconhecido posteriormente pelo outro progenitor, artigo 277.º, e que este seja o pae, porque o reconhecimento tardio de um dos paes não deve tirar a força a um acto legitimo e consummado do outro, cujo amor foi mais diligente.

E se o perfilhamento é feito por ambos os paes ao mesmo tempo, ou se a mãe, perfilhando primeiro que o pae, não fez a nomeação antes da perfilhação pelo pae? Segue-se o disposto nos artigos 193.º a 195.º, porque, salvas as modificações expressamente consignadas na lei, a tutela dos filhos perfilhados segue a mesma regra da tutela dos filhos legitimos, artigo 275.º

Os paes do filho espurio, assim como os do legitimo, podem tambem nomear-lhe tutor por acto *inter-vivos*, ou em testamento, nos casos em que são obrigados a dar-lhes alimentos, artigos 136.º e 279.º Fóra d'estes casos entre os paes e os filhos espurios não ha relações algumas juridicas de familia; são uns para os outros, como inteiramente estranhos.

N'esta hypothese o direito de nomear tutor não é consequencia do patrio poder, que os paes dos filhos espurios não têem sobre estes, artigo 167.º, assim como o não têem sobre os filhos perfilhados os paes que contestaram a paternidade, e foram convencidos judicialmente, artigo 166.º

E se o pae e a mãe do filho espurio estiverem ambos obrigados a dar-lhe alimentos? Parece que só na falta ou impedimento de um dos progenitores é que o outro poderá fazer a nomeação por analogia e nos termos do que dispõe o artigo 195.º, salvo se o direito de um se constituir primeiro, e este fizer a nomeação antes de se constituir o direito do outro, porque então vale a nomeação feita por aquelle, por analogia do que dispõe o artigo 277.º, com relação aos filhos perfilhados.

Os paes de menores perfilhados judicialmente tambem poderão nomear-lhes tutor? Pelo projecto primitivo do sr. Seabra não havia duvida a tal respeito, porque os filhos perfilhados, ou o tivessem sido voluntaria ou judicialmente, estavam do mesmo modo sujeitos ao patrio poder.

O artigo do projecto primitivo (168.º), correspondente ao artigo 166.º do codigo, achava-se redigido nos seguintes termos: «Os filhos menores perfilhados estão sujeitos ao poder paternal, da mesma fórma que os filhos legitimos. Os paes não gosarão comtudo do usufructo dos bens do filho perfilhado».

Por isso o artigo 295.º do projecto, a que corresponde com a mesma redacção o artigo 277.º do codigo, se referia tanto ao filho perfilhado voluntariamente, como ao perfilhado judicialmente.

Porém, desde que o codigo negou ao pae o patrio poder sobre o filho perfilhado judicialmente, não tem elle o direito de nomear-lhe tutor nos termos prescriptos na secção que se inscreve *da tutela dos filhos perfilhados*.

Póde nomear-lhe tutor, mas nos termos da secção que se inscreve *da tutela dos filhos espurios*, como expressamente se determina no § unico do artigo 166.º

Os paes, que aliás podem nomear tutor, não podem todavia nomear protutor, como diremos em a nota ao artigo 205.º

O direito que tem o pae de nomear tutor ao filho menor abrangerá tambem o posthumo e o desherdado, como expressamente determina o artigo 177.º do projecto do codigo civil hespanhol?

Quanto ao desherdado é indubitavel que o pae póde nomear tutor, porque esta nomeação é um dos direitos do patrio poder, que nada se prejudica nem enfraquece com o facto da desherdação.

E o mesmo dizemos a respeito do posthumo, se a mãe se achar inhibida de exercer o patrio poder. Verdade seja que o posthumo antes de nascido só se considera juridicamente existente para tudo o que respeita aos seus interesses. Porém o direito concedido aos paes de nomearem tutor aos filhos, é determinado mais no interesse d'estes do que no dos paes.

A nomeação de tutor testamentario ao posthumo não póde invalidar o disposto no artigo 157.º; isto é, durante a gestação velará pelos interesses do nascituro um curador nomeado pelo juiz: e só pelo nascimento com vida e figura humana é que o tutor nomeado poderá entrar no exercicio das suas funcções.

Sobre a tutela testamentaria do interdicto veja-se a nota ao artigo 320.º

Art. 194.º Tanto o pae, como a mãe, na falta ou no impe-

dimento d'elle, podem nomear um só tutor para todos os filhos, ou um tutor differente para cada um d'elles.

(Vid. artigos 196.º e 225.º) O codigo não permitte que se nomeie mais de um tutor simultaneamente a cada filho, para evitar os prejuizos que resultariam ao menor d'esta confusão de representações; com um só tutor ha mais unidade, rapidez e boa ordem na administração. Se for nomeado mais de um tutor, para que os nomeados se substituam uns aos outros, em caso de morte, incapacidade, escusa ou exclusão de algum, etc., são chamados segundo a ordem da nomeação, não sendo determinada de outro modo a precedencia.

Sempre que se nomeia mais de um tutor, julgam-se nomeados pela sua ordem, e para o effeito de se substituirem uns aos outros. Por argumento d'esta disposição não podem os paes nomear um tutor para a pessoa, e um administrador para os bens dos menores.

O conselho de familia tambem não póde nomear mais de um tutor, e ha de nomear um só para todos os filhos. Não tem, como o pae, a liberdade de nomear um para cada filho. É o que se infere das disposições relativas á tutela dativa. Se ha bens a grande distancia, póde ser nomeado administrador especial para elles, não pelo conselho de familia, mas pelo juiz da localidade dos bens, a requisição do juiz do inventario, artigo 225.º

Por identidade de rasão nos parece que no caso de tutela testamentaria e legitima póde nomear-se pela mesma fórma administrador especial para bens que estejam a grandes distancias. O tutor e administrador têem responsabilidades distinctas. O administrador dá contas a quem o nomeia, e o tutor não responde por elle, porque não é pessoa por elle escolhida, e de sua confiança.

Art. 195.º Quando a mãe nomear tutor a seus filhos, por impedimento do pae, e este impedimento vier a cessar, ficará a dita nomeação sem effeito.

(Vid. nota ao artigo 193.º)

Art. 196.º Se o pae ou a mãe nomearem mais de um tutor para se substituirem uns aos outros, recairá a tutela em cada um dos nomeados pela ordem da nomeação, se a precedencia entre elles não for de outro modo especificada.

(Vid. nota ao artigo 194.º)

Art. 197.º As pessoas que deixarem ao menor qualquer herança ou legado poderão nomear-lhe tutor, se o pae ou a mãe o não tiverem nomeado, e se o dito legado ou herança forem de maior valor que o patrimonio do menor. Esta nomeação, porém, dependerá da confirmação do conselho de familia.

§ unico. Mas bem poderá aquelle que, por seu testamento, deixar alguns bens ao menor, nomear, em todo o caso, administrador especial para os ditos bens, emquanto durar a menoridade.

O codigo reconhece a nomeação de tutor por um *estranho*, verificados conjunctamente os tres requisitos seguintes: 1.º, que esse estranho deixasse ao menor herança ou legado, mais valioso do que o patrimonio do menor; 2.º, que os paes do menor fossem fallecidos; 3.º, que não houvesse tutor nomeado por estes.

A lei não dá ao estranho o direito de nomear tutor ao menor pelo simples facto de lhe deixar um pequeno legado, mas só quando lhe deixar maior valor do que o menor tem, porque este donativo revela da parte do doador tal affecto pelo menor, que é de presumir que tivesse o maior cuidado na escolha do tutor.

Porém, como a lei não confia tanto no amor do estranho, apesar d'esta prova, como no amor do pae, torna a nomeação dependente de confirmação do conselho de familia.

O projecto em o n.º 2.º do artigo 229.º, correspondente ao artigo 224.º do codigo, mencionava, entre as attribuições do conselho de familia, a de confirmar os tutores nomeados por estranho, disposição que a commissão revisora supprimiu, de certo por inutil, visto achar-se comprehendida n'este artigo, assim como com igual rasão devia ter supprimido muitas outras.

Infere-se d'esta doutrina, que se existir a tutela legitima ou dativa, cessa immediatamente que se torne effectiva a deixa, para dar logar ao exercicio das funcções do tutor nomeado pela pessoa que contemplou o menor.

Á tutela deferida pelo pae ou pela mãe em virtude do patrio poder é que esta não prefere.

Administrador dos bens que deixa ao menor, póde um terceiro nomear, sem com isso prejudicar o exercicio da tutela e confundir as representações do menor.

Se o testiador ou doador póde determinar o modo e as condições do usufructo, póde igualmente determinar as de administração, e por isso a nomeação do administrador não carece da confirmação do conselho de familia.

Esse terceiro póde nomear administrador aos bens, ou os deixasse *por testamento*, como diz o codigo, ou por acto *inter vivos*, porque a rasão de decidir é a mesma em ambos os casos.

As palavras *em todo o caso* significam que o testador, e por analogia o doador, podem nomear administrador aos bens, ou os bens deixados sejam de maior ou menor valor que o patrimonio do menor, ou os paes sejam vivos ou fallecidos, ou tenham ou não nomeado tutor, etc.

Se o estranho nomear *tutor* ao menor fóra dos casos previstos no artigo, ficará o nomeado exercendo apenas as funcções de *administrador*, nos termos do § unico.

Se o estranho excluindo os paes da administração dos bens doados ou deixados ao filho, nos termos do artigo 147.º n.º 3.º, não nomear o respectivo administrador, será este nomeado pelo conselho de familia, por argumento do disposto no § unico do artigo 141.º

Art. 198.º Os tutores testamentarios servirão emquanto durar a menoridade ou a interdicção.

(Vid. artigos 201.º, 204.º, 224.º n.º 2.º e 331.º) O tutor testamentario tem o direito de se escusar da tutela, artigo 232.º, porque este encargo lhe não é imposto pela lei, mas pela vontade do homem. Porém desde que a acceita ha de sujeitar-se ao trabalho durante todo o tempo da menoridade ou da interdicção.

O artigo correspondente do projecto primitivo terminava pelas se-

guintes palavras, que a commissão revisora com rasão eliminou: «salvo se fallecerem ou forem removidos».

O tutor dativo, como não póde escusar-se senão por causa legitima, não é obrigado a exercer as funcções da tutela por mais de tres annos, artigo 204.º, podendo requerer findo este praso a sua substituição, porque os encargos devem ser repartidos por todos.

A disposição do artigo 204.º já vinha no projecto primitivo, mas em seguida ao artigo correspondente ao 246.º do codigo, e com a obrigação do encargo por tempo de dois annos.

A commissão revisora conservou a collocação e a doutrina até á edição de 1864, mas nos trabalhos da ultima revisão passou para aqui a doutrina, e com a modificação do encargo obrigatorio durante tres annos.

Os tutores legitimos são obrigados a servir, não só durante o tempo da menoridade, artigo 201.º, mas durante o tempo da interdicção, artigo 331.º, porque, comquanto sejam sujeitos a este cargo em virtude da lei, não estão nas mesmas circumstancias dos dativos. O encargo da tutela é-lhes até certo ponto compensado com a possibilidade de serem herdeiros do tutelado, e devem ter-se tambem em conta as estreitas relações de parentesco que influem n'esta obrigação. É verdadeiramente a natureza quem lhes impõe este dever. Ainda assim, sempre que ha mais de um parente no mesmo grau, e com idoneidade para a tutela, faz-se a substituição de uns pelos outros de tres em tres annos, citado artigo 201.º § 1.º, para que pese sobre todos o onus, assim como todos têem direito ás vantagens, e porque na mesma força de relações de sangue não ha rasão para onerar um só com privilegio de todos os outros.

A disposição porém do artigo 201.º, com referencia á menoridade, não é inteiramente applicavel á interdicção, onde dura todo o tempo da interdicção só a tutela do conjuge, dos ascendentes e descendentes, artigo 331.º, que são chamados pela ordem determinada no artigo 320.º

Só quando a tutela recair sobre outras pessoas, que não sejam o conjuge, ascendentes ou descendentes, é que ha de observar-se o disposto no artigo 204.º, conforme se infere do artigo 321.º, e ainda porque o artigo 342.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 331.º do codigo, terminava assim: «mas a tutela de quaesquer outras pessoas não poderá ser obrigatoria por mais de quatro annos».

A tutela legitima carece da confirmação do conselho de familia, § 2.º dos artigos 201.º e 224.º n.º 4.º, porque, fundada na presumpção de que o parentesco produz amisade, cede, como todas as presumpções, á verdade.

O projecto primitivo no artigo, que precedia o artigo correspondente ao artigo 198.º do codigo, impunha ao tutor testamentario que recusasse a tutela, ainda mesmo com legitima causa ao tempo da nomeação, a pena da perda do legado deixado no mesmo testamento.

A commissão revisora eliminou o artigo, mas ainda deixou a disposição repetida nos artigos 232.º e 1780.º

SECÇÃO III

DA TUTELA LEGITIMA

Art. 199.º Haverá tutela legitima:

1.º Nos casos de impedimento, suspensão, ou perda do poder paternal;

2.º Na falta de tutor testamentario.

Art. 200.º A tutela legitima pertence aos parentes do menor na ordem seguinte:

1.º Ao avô paterno;

2.º Ao avô materno;

3.º Aos demais ascendentes em linha recta, preferindo sempre o paterno em igualdade de grau;

4.º Aos irmãos varões, sendo preferidos os germanos aos consanguineos, estes aos uterinos e, em cada uma d'estas classes, os de maior idade;

5.º Aos irmãos do pae ou da mãe, preferindo sempre os da linha paterna, excepto sendo menos idoneos. Em igualdade de circumstancias, preferirá o mais velho.

(Vid. artigos 278.º e 328.º) A tutela dos parentes chama-se *legitima* porque é deferida pela lei, e só tem logar quando os menores não podem ser regidos por algum dos paes, e que estes não escolheram tutor, ou o tutor escolhido morreu, ou se impossibilitou, ou se escusou.

A lei só providenciou para o caso da falta dos paes e da pessoa por elles indicada.

Algumas legislações, na hypothese de fallecer o tutor testamentario depois do nomeante, mandam deferir a tutela dativa, e não a legitima, com o fundamento na vontade presumida do pae que, pelo facto de nomear tutor, manifestou falta de confiança nos seus parentes legitimos.

Todavia se o pae, pelo facto de nomear tutor testamentario, tivesse absoluta falta de confiança nos seus parentes, teria substituido o nomeado para o caso d'este não querer ou não poder aceitar a tutela.

Na tutela dos interdictos, como dizemos em a nota ao artigo 320.º, prefere a tutela legitima á testamentaria, e não carecem os tutores legitimos de serem confirmados pelo conselho de familia.

Á tutela dos menores são chamados os parentes, *em regra*, pela ordem da successão, por se julgar que são os mais interessados na administração de bens, em que podem vir a succeder, e que a possibilidade de herdeiros compensa o onus da tutela.

E dizemos «*em regra*», porque os tios, por exemplo, são preferidos aos descendentes dos irmãos, n.ºs 4.º e 5.º, que nem chamados são a esta tutela, apesar dos descendentes dos irmãos estarem primeiro que os tios na ordem da successão, artigo 1969.º

Prefere-se sempre a linha paterna á materna, em igualdade de linha e de grau, e o mais velho ao mais novo, em igualdade de linha e de grau, como consequencia necessaria da organisação da familia.

Com relação aos tios diz o codigo que póde ser preferida a linha materna á paterna, se os parentes d'aquella forem mais idoneos. Mas o conselho de familia, que tem de confirmar os tutores legitimos, poderá applicar esta regra tambem aos ascendentes e irmãos do menor. Todavia da redacção do artigo deprehende-se que quanto aos ascendentes e irmãos do menor o conselho de familia não tem o mesmo arbitrio no direito de confirmar que com relação aos tios.

N'estes a preferencia determina-se pela *maior* idoneidade; n'aquelles só deixa de seguir-se a ordem legal quando não é absolutamente idoneo o primeiramente chamado.

Quanto aos irmãos, são preferidos os germanos, não só porque a duplicidade do vinculo induz maior carinho e affecto, mas porque

tendo os irmãos germanos dobrada parte nas heranças, artigo 2001.º, devem tambem ser preferidos nos encargos, como é a tutela.

O codigo prefere os consanguineos aos uterinos, porque prefere sempre a linha paterna á materna, não se descobrindo, como já dissemos, rasão plausivel para que se faça excepção a este principio em materia de alimentos, impondo esta obrigação aos uterinos, de preferencia aos consanguineos, artigo 174.º

O que tem sido objecto de larga discussão é se na palavra «*ascendentes*», que se acha em o n.º 3.º do artigo 200.º, se comprehendem só os varões ou se tambem as femeas.

N'uma decisão do conselho de tutela, proferida no juizo de direito de Alcobaça, e publicada no jornal *O Direito*, n.º 43, primeiro anno, se declarou que os ascendentes do menor não podem ser tutores legitimos.

Funda-se aquella decisão em que o principio geral consignado no artigo 200.º n.ºs 1.º, 2.º, 4.º e 5.º do codigo é que a tutela legitima pertence exclusivamente aos parentes varões, na ordem por que ali vem designados, que por isso não deve suppor-se que o mesmo codigo quizesse no n.º 3.º estabelecer uma excepção em favor das mulheres, não fazendo d'isso expressa menção; e que a disposição do artigo 234.º n.º 3.º do codigo civil é applicavel unicamente á tutela dativa, como se conhece combinando-a com o artigo 442.º do codigo civil francez, e com o seu commentador Rogron.

A doutrina contida n'aquella decisão é sustentada por muitos jurisconsultos distinctos, mas é incompativel com as disposições do codigo, ou se attenda á redacção do n.º 3.º do referido artigo 200.º, ou aos logares parallelos, ou ás fontes dos respectivos artigos.

O citado n.º 3.º emprega a palavra «*ascendentes*» na sua mais ampla generalidade, sem determinação alguma; e, se o codigo quizesse excluir os ascendentes mulheres, referir-se-ia positivamente aos ascendentes varões, como o faz, por exemplo, no numero 4.º com relação aos irmãos.

O codigo, quando quer referir-se ao ascendente varão, não usa da expressão generica «*ascendente*», como se vê em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 200.º, e no artigo 1061.º §§ 1.º e 2.º

No artigo 234.º n.º 3.º dispõe-se sem restricção alguma que as ascendentes do menor podem ser seus tutores, e não ha rasão para abranger em o n.º 3.º do artigo 234.º a tutela testamentaria e dativa, e excluir a legitima.

Se attendermos á fonte do referido artigo 234.º, que é o artigo 202.º do projecto de codigo civil hespanhol, esse diz assim em o n.º 1.º correspondente ao n.º 3.º d'aquelle artigo: *Las mujeres, á excepcion de las abuelas del menor, que sean viudas.*

Se recorrermos ás fontes do artigo 200.º mais se fortifica a nossa opinião, ou o artigo tivesse por fonte a reforma judicial, ou o projecto de codigo civil hespanhol, como nos parece mais provavel.

A reforma judicial diz no artigo 429.º: «Na falta de pae e mãe, e de tutor nomeado pelo pae, a tutela pertence aos ascendentes dos menores, na ordem seguinte: 1.º, ao avô paterno; 2.º, ao avô materno; e assim continuará na linha dos ascendentes, preferindo sempre o ascendente paterno ao materno do mesmo grau»; e no artigo 435.º diz assim: «Não podem ser tutores, 2.º, as mulheres, excepto as mães, avós e bisavós, com confirmação do conselho».

O projecto de codigo hespanhol diz o seguinte no artigo 182.º: «La tutela legitima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor por el órden siguiente: 1.º, al abuelo paterno; 2.º, al abuelo materno; 3.º, a las abuelas paterna y materna por el mismo órden, mientras se conserven viudas; 4.º, a los hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre estos el de mayor edad. Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el órden que van designadas».

De proposito transcrevemos os artigos, tanto da reforma judicial como do projecto de codigo civil hespanhol, attinentes ao assumpto, porque assim facilmente póde conhecer-se a exactidão com que asseverámos que as fontes do codigo auctorisam a nossa opinião.

A redacção do artigo encosta-se mais á do artigo correspondente do projecto de codigo civil hespanhol. O nosso codigo não restringiu o direito de serem tutoras as ascendentes expressamente ás viuvas, deixando esta circumstancia á apreciação do conselho de familia, que tem de as confirmar para ellas entrarem no exercicio da tutela, artigo 201.º § 2.º, assim como a mãe binuba carece tambem da confirmação do conselho de familia para ser mantida na administração dos bens dos filhos, artigo 162.º

Pelas mesmas rasões expostas as ascendentes do menor podem ser vogaes do conselho de familia.

As palavras «*em linha recta*» empregadas em o n.º 3.º bem podiam dispensar-se, porque não ha ascendentes em linha transversal.

A tutela dos parentes não tem logar com relação aos filhos illegitimos, nem mesmo a respeito dos perfilhados, artigo 278.º, porque estes, propriamente fallando, não pertencem á familia de seus paes, comquanto fiquem em immediatas relações juridicas com estes pelo facto da perfilhação. Com relação pois aos filhos illegitimos, na falta de tutor testamentario, tem logar o dativo.

Mas as disposições relativas á tutela dos menores abrangem os interdictos em tudo quanto lhes forem applicaveis, artigos 321.º e 328.º

Convem notar que as disposições do codigo a respeito da tutela e administração da pessoa e bens de menores e orphãos não derogam o preceito da constituição politica quanto á tutela do successor da corôa. Nos termos da carta constitucional, artigos 15.º § 4.º e 100.º, o tutor do herdeiro presumptivo do reino, durante a sua menoridade, é a pessoa nomeada em testamento pelo pae; na falta de tutor testamentario é a rainha mãe, e na falta d'esta quem as côrtes escolherem. Porém a tutela designada pelas côrtes nunca póde recair em pessoa a quem possa tocar a successão do reino na falta do tutelado, restricção esta que não se refere á tutela testamentaria.

A carta foi redigida ainda sob a influencia do velho direito civil, que negava ás mães o patrio poder, e por isso não só não concede á rainha mãe o nomear tutor testamentario, mas até permitte ao rei o exclui-la da administração da pessoa e bens do filho primogenito, preferindo-lhe em testamento pessoa estranha. Porém como as provisões da carta são relativas unicamente ao successor da corôa, a administração da pessoa e bens dos infantes fica inteiramente sujeita á legislação civil.

Art. 201.º Os tutores legitimos servirão emquanto durar a menoridade.

§ 1.º Se houver diversos parentes, no mesmo grau e igualmente idoneos, servirá cada um d'elles por espaço de tres annos.

§ 2.º A tutela legitima depende da confirmação do conselho de familia.

(Vid. nota ao artigo 198.º)

SECÇÃO IV

DA TUTELA DATIVA

Art. 202.º A falta dos tutores testamentarios e legitimos suppre-se com a tutela dativa.

Art. 203.º Os tutores dativos são nomeados pelo conselho de familia.

(Vid. artigos 224.º n.º 3.º e 228.º) A tutela deferida pelo conselho de familia só tem logar na falta de tutor testamentario e legitimo. Na tutela legitima intervem o conselho de familia unicamente para verificar se é competente para exercer as funcções de tutor a pessoa designada na lei. Na tutela dativa o direito de escolha do conselho de familia não é limitado senão pelas condições da pessoa que esteja no caso de bem desempenhar aquelle encargo, devendo ter todavia em vista o disposto no artigo 228.º, e por isso preferir os parentes que houver no julgado, e que sejam idoneos. O onus deve pesar de preferencia sobre o parente que está ligado ao menor por um dever de familia, e que póde vir a succeder-lhe. Os parentes são os que estiverem dentro do decimo grau. O parentesco em grau ulterior já não serve de fundamento a relações juridicas, artigos 177.º, 345.º e 2005.º A tutela dativa é de absoluta necessidade, porque ha de prover-se de tutor a quem o não tem nem testamentario nem legitimo.

Art. 204.º Os tutores dativos não são obrigados a servir por mais de tres annos.

(Vid. nota ao artigo 198.º)

SECÇÃO V

DOS PROTUTORES

Art. 205.º Em todos os casos de tutela haverá um protutor, nomeado pelo conselho de familia na mesma sessão, em que nomear ou confirmar o tutor.

(Vid. artigo 224.º n.º 4.º e 330.º) A entidade «protutor» é substituição, com pequena variante de attribuições, do que o nosso antigo direito chamava «subtutor». Serve para vigiar a administração do tutor e velar pelos interesses do menor e interdicto, quando se acham em opposição com os do tutor, artigos 258.º n.º 1.º e 330.º Durante o patrio poder, como não existe protutor, citado artigo 330.º, nomeia-se tutor *ad hoc* sempre que ha conflicto entre os interesses do pae e do filho, artigo 153.º A existencia de protutor na tutela torna desnecessaria a nomeação de tutor especial quando os interesses do menor estiverem em opposição com os do tutor, artigo 258.º n.º 1.º Os paes que podem nomear tutor não podem nomear protutor. Este é sempre nomeado pelo conselho de familia, como dispõem os artigos 205.º e 330.º, ao contrario do que se acha estabelecido no artigo 185.º do projecto de codigo hespanhol, que permitte a nomeação ao pae ou á mãe.

A doutrina do nosso codigo é melhor. O pae, escolhendo para tutor uma pessoa da sua confiança, não podia sem contradicção nomear-lhe logo um fiscal; e demais era conveniente que fosse o conselho de familia quem escolhesse um vigia para acautelar os perigos de uma vontade precipitada ou illudida na nomeação do tutor.

Os paes não podem por fórma alguma dispensar ou prohibir a nomeação de protutor. A tutela, emquanto ao seu objecto, pertence ao direito publico, que não póde ser alterado por vontade das partes.

A primeira parte do artigo, exigindo que haja protutor *em todos os casos* de tutela, isto é, ou seja testamentaria, legitima ou dativa, está em contradicção com a segunda, onde se manda fazer a nomeação na mesma sessão em que o conselho de familia nomear ou confirmar o tutor. Deprehende-se da segunda parte do artigo que *em regra* na tutela testamentaria não ha protutor, poisque o tutor testamentario só em dois casos carece de confirmação do conselho de familia: 1.º, quando a mãe nomeia seu segundo marido, artigo 193.º § unico; 2.º, quando a nomeação é feita por estranho, artigo 197.º Accresce ainda que o artigo 224.º dá logar a grandes duvidas com as palavras do n.º 4.º: «nomear protutor, *nos casos em que deve haver esta nomeação*», parecendo que ha algum caso de existencia de conselho de familia em que este não tenha que fazer a nomeação de protutor.

No entretanto estas disposições incidentes devem entender-se por aquellas em que se trata principalmente do assumpto, como são a primeira parte do artigo, que diz expressamente que ha protutor *em todos os casos de tutela*, e o artigo 187.º, pelo qual não ha tutela sem um tutor, um protutor, um curador e um conselho de familia.

Basta transcrevermos aqui os artigos 185.º e 186.º do projecto de codigo civil hespanhol, fontes d'este, para se conhecer que ha protutor em todos os casos de tutela, e que as duvidas, a que dá logar a segunda parte do artigo, provém da pouca critica com que se aproveitou, para significar uma regra absoluta, a mesma redacção do original, que em seguida á regra marcava uma excepção.

Artigo 185.º *En todos los casos de tutela el consejo de familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre ó por la madre.*

Artigo 186.º *En el caso de tutela dativa el consejo de familia nombrará en la misma sesion en que nombre el tutor.*

Se o nosso codigo depois de ter dito, como o projecto de codigo hespanhol, que havia protutor em todos os casos de tutela, restringisse a obrigação de o nomear na mesma sessão em que o conselho de familia confirma ou nomeia o tutor, aos casos da tutela legitima e dativa, como o projecto de codigo hespanhol a restringe ao caso de tutela dativa, já não havia logar a estas duvidas.

No projecto primitivo, cujo artigo 209.º se acha fielmente reproduzido no artigo 205.º, ainda podia ter desculpa aquella redacção, porque pelo projecto do sr. Seabra, assim como os tutores legitimos careciam de ser *confirmados* pelo conselho de familia, careciam de ser *reconhecidos* pelo mesmo conselho os tutores nomeados pelos paes, comquanto a palavra «*reconhecer*» não tivesse n'aquella especie a mesma significação que a palavra *confirmar*, como se mostra do n.º 2.º do artigo 229.º do projecto.

No entretanto, quaesquer que sejam as divergencias de redacção, é certo que em todos os casos de tutela ha protutor, artigos 187.º e 330.º No caso de tutela dativa e de tutela legitima, bem como de tutela testamentaria que careça de confirmação, deve ser nomeado o protutor na mesma sessão em que se nomear ou confirmar o tutor. No caso de tutela testamentaria não sujeita a confirmação deve fazer-se a nomeação de protutor na primeira reunião do conselho de familia, cuja convocação prompta o tutor deve requerer, porque não póde

começar a exercer o seu cargo antes da convocação do conselho de familia e nomeação do protutor, sob pena de remoção, artigo 233.º n.º 1.º

O codigo civil francez dispõe tambem no artigo 420.º que em todos os casos de tutela ha protutor nomeado pelo conselho de familia.

A nomeação do protutor, comquanto tenha logar na mesma sessão em que se confirma ou nomeia o tutor, deve fazer-se depois d'aquelle acto, não só para que o tutor, se é membro do conselho de familia, se abstenha de intervir na nomeação do protutor, mas porque está na ordem natural das idéas que se nomeie primeiro o administrador, e depois o seu fiscal, isto é, primeiro o principal, e depois o accessorio. N'esta mesma sessão são tambem nomeados os louvados, lei de 16 de junho de 1855, artigo 27.º § 4.º

Art. 206.º Se o tutor for parente do menor, o protutor não poderá ser nomeado na mesma linha, salvo sendo irmão germano.

§ unico. Se não houver parentes senão em uma das linhas, e o tutor for nomeado n'ella, o protutor será nomeado de entre os estranhos.

Só nos casos de tutela, e não quando o menor ou interdicto estão sujeitos ao patrio poder, é que ha protutor, artigo 330.º Seria indecoroso nomear um fiscal á administração do pae, em cujo amor pelo filho o legislador descansa.

Seria repugnante com os sentimentos da natureza commetter a um estranho a missão de vigiar a conducta do pae sobre a pessoa e sobre os bens do filho.

A regra geral é que tutor e protutor não pertençam á mesma linha, para evitar que este, longe de ser o fiscal do tutor, com elle se conluie, em rasão das suas relações de parentesco, para se locupletarem á custa do menor, ou deixarem correr á revelia os seus interesses. Assim, se o avô paterno é o tutor, não póde ser protutor o tio paterno, e vice-versa. O codigo exceptua o caso do protutor ser irmão germano do menor.

Esta excepção tem o seu fundamento em que o irmão germano pertence ás duas linhas, e por estas relações de sangue será verdadeiro advogado dos interesses do menor.

Assim, se o tutor é o avô, e protutor um irmão, o menor tem n'este uma garantia contra o desleixo ou malversação d'aquelle.

Se não houver parentes senão em uma das linhas, e o tutor for nomeado n'ella, o protutor será nomeado d'entre os estranhos, preferindo os amigos dos paes do menor, como é de rasão, e se achava expressamente determinado no projecto primitivo.

SECÇÃO VI

DA FORMAÇÃO DO CONSELHO DE FAMILIA

Art. 207.º O conselho de familia compõe-se de cinco parentes mais proximos do menor, residentes dentro dos limites da jurisdicção do juiz do inventario, tres da linha paterna e dois da materna, preferindo os mais velhos, em igualdade de grau.

§ 1.º Se não houver parentes senão de uma das linhas, os outros vogaes serão nomeados de entre os amigos dos paes do menor, com a differença de que, n'este caso, aindaque essa linha seja a materna, subministrará tres vogaes.

§ 2.º Os irmãos germanos, e os maridos das irmãs germanas do menor, podem ser todos conjunctamente membros do conselho de familia, aindaque sejam mais de cinco; mas, se formarem numero par, será chamado mais um parente.

§ 3.º A nullidade, resultante da inobservancia do que fica disposto n'este artigo, póde ser sanada pelos tribunaes, se não intervier dolo, ou não houver prejuizo dos menores.

Art. 208.º Se os parentes, que residirem no julgado do inventario, não forem em numero sufficiente para a formação do conselho de familia, serão chamadas pessoas que tenham tido relações de amisade com os paes do menor, e, na falta d'ellas, quaesquer outras pessoas de probidade.

Art. 209.º Os parentes, que residirem em diversa jurisdicção, podem, querendo, fazer parte do conselho de familia.

(Vid. artigo 318.º) Os paes nem podem nomear nem excluir qualquer individuo de vogal do conselho de familia. A nomeação dos vogaes, que hão de compor o conselho de familia, pertence ao juiz, que ha de escolhe-los nos termos prescriptos n'este artigo. Por direito antigo, reforma judicial, artigo 395.º, podia o pae nomear os membros do conselho de familia.

Do despacho do juiz que nomeia os vogaes do conselho de familia cabe recurso de aggravo de petição ou de instrumento, segundo competir.

Pela legislação antiga o conselho de familia compunha-se de quatro membros e era presidido pelo juiz, o qual não só tinha voto nas suas deliberações, mas para estas serem exequiveis na maior parte dos casos era necessario que elle as approvasse expressamente, citada reforma, artigo 396.º

Agora que o juiz apenas preside e nem sequer tem voto de desempate, foi necessario tomar um numero impar para evitar os empates.

O conselho de familia compõe-se de cinco membros, tirados dos parentes do menor, segundo a proximidade do grau, preferindo em igualdade de grau os mais velhos.

Podem entrar no conselho ordinario os parentes que residem fóra dos limites da jurisdicção do juiz do inventario, com a unica differença de que estes não podem ser compellidos a fazer parte do conselho. Mas se forem admittidos a fazer parte do conselho não podem escusar-se depois da aceitação do encargo com o fundamento de residirem em alheia jurisdicção.

A obrigação imposta aos parentes do menor, que residissem em alheia jurisdicção, de fazerem parte do conselho de familia, não só importaria para elles grandes despezas e sacrificios, mas seria prejudicial ao proprio menor pelas demoras na reunião, quando este interessa em que o conselho possa reunir-se facilmente e vigiar de perto o tutor. Deverão porém ser admittidos ao conselho, se elles quizerem, como já era por direito anterior, reforma judicial, artigo 394.º, porque a presumpção do seu amor e interesse pelo menor não diminue pelo

facto de morarem em jurisdicção alheia, sendo, elles os juizes do prejuizo que soffrem com a sua assistencia ao conselho, achando-se a longas distancias.

No entretanto cremos que, se elles residirem a tão grande distancia, que a sua convocação e comparecimento demandem longas demoras, não deverão ser admittidos, ainda que *queiram*, a fazer parte do conselho.

Poder-se-ha admittir, por exemplo, que o parente, que reside nas ilhas, ou nas possessões ultramarinas, obrigue o juizo a não reunir o conselho de familia, sem primeiramente o chamar por deprecada?

De certo não. O artigo 209.º deve entender-se em termos, que da sua execução literal não resulte absurdo: a sua disposição só poderá referir-se aos parentes que moram nos julgados proximos ao do inventario.

Em todo o caso o juiz do inventario deverá nomear os vogaes do conselho de entre os parentes residentes na sua jurisdicção, procedendo á nomeação dos parentes que residirem em julgado differente só depois que estes fizerem a competente reclamação.

É o que se infere da redacção e collocação dos artigos 208.º e 209.º O codigo na falta de parentes, que residam no julgado do inventario, manda chamar, não os parentes que residam em jurisdicção alheia, mas os amigos dos paes do menor, ou quaesquer pessoas de probidade, artigo 208.º, e só depois, artigo 209.º, é que determina que os parentes, que residem em jurisdicção alheia, possam fazer parte do conselho.

Se os parentes, que residem em julgado alheio, não podem ser obrigados a servir no conselho de familia, por maioria de rasão só podem ser obrigados a servir os estranhos que vivam no julgado do inventario. Se forem chamados estranhos devem ser tirados de entre os *vizinhos* por argumento do artigo 1206.º § 1.º, e no projecto primitivo o artigo 212.º, correspondente ao artigo 208.º do codigo, terminava pelas palavras *da freguezia*, que a commissão revisora com rasão eliminou, porque não só os moradores na freguezia do menor, mas os moradores em qualquer freguezia do julgado do inventario, são obrigados a compor o conselho de familia, comquanto esta obrigação deva começar pelos mais vizinhos.

Tambem é certo que os estranhos, emquanto houver parentes dentro do decimo grau no julgado, que estejam no caso de fazer parte do conselho de familia, não podem ser obrigados a supportar este onus, artigos 228.º e 233.º

Porém muitas vezes terão de ser chamadas extraordinariamente a compor o conselho de familia pessoas estranhas, porque nenhum vogal do conselho de familia tem voto nem sequer póde assistir a deliberação sobre negocio em que elle ou os seus ascendentes, descendentes ou conjuge tenha interesse opposto ao dos menores, artigo 218.º e a incompatibilidade por este motivo ha de verificar-se frequentemente.

Os membros do conselho hão de ser tirados de ambas as linhas, paterna e materna, para poderem zelar os interesses do menor, tanto os parentes do pae, como os da mãe, contribuindo sempre a linha paterna com maior numero de vogaes; e não podendo a linha materna dar tres vogaes, senão quando não houver parentes na linha paterna, que seja necessario supprir com estranhos esta falta.

Por identidade de rasão se n'uma das linhas houver parentes, mas não os precisos para compor o conselho de familia, suppre-se a falta com estranhos; assim como a linha materna dá tres vogaes, não só quando não ha parentes na linha paterna, mas quando os que ha não preenchem o numero de tres.

Nos parentes comprehendem-se os affins? Não, porque não fazem parte da linha paterna, nem da materna.

O codigo em todos os artigos, em que emprega a palavra *parentes*, refere-se unicamente aos ligados pelos vinculos do sangue, excluindo os affins. A reforma judicial chamava expressamente os affins ao conselho de familia, e o codigo, chamando os cunhados a compor o conselho de familia, fez d'elles menção *expressa*.

Entre os ascendentes, como as mulheres podem fazer parte do conselho de familia, artigo 234.º n.º 3.º, preferem estas aos varões em igualdade de grau, se são mais velhas; porque se o projecto de codigo civil hespanhol estabeleceu que os ascendentes varões fossem sempre preferidos ás mulheres, em qualquer grau que se achassem, o nosso codigo não reconheceu essa preferencia, nem mesmo em igualdade de grau.

Nem o silencio do nosso codigo a este respeito implica prejuizo algum; porque nunca se ha de verificar a hypothese de collisão entre os ascendentes do menor, varões e femeas, por causa da constituição do conselho de familia, porque nunca ha de haver nos ascendentes, varões e femeas, nem sequer o numero absolutamente indispensavel para compor o conselho de familia.

A ordem marcada no artigo deve ser observada?

O artigo 207.º, em logar de dizer, como o artigo 1206.º, que o conselho de familia se compõe *dos parentes* mais proximos, diz, como a reforma judicial, artigo 394.º, que o conselho de familia se compõe *de parentes* mais proximos: o que dá logar á duvida se o juiz é obrigado a seguir rigorosamente a proximidade do grau, ou se poderá escolher *d'entre* os mais proximos.

Se porém o juiz, alterando essa ordem, não proceder com dolo, nem d'ahi resultar prejuizo para os menores, não haverá por isso nullidade na composição do conselho, nem nas suas deliberações.

Deverá no entretanto seguir rigorosamente na nomeação a proximidade do grau, a não ter rasões de suspeita contra a idoneidade dos parentes mais proximos.

Supponhâmos porém que ha menores de diversos leitos, porque o pae ou a mãe casou duas ou tres vezes, e portanto mais de uma linha por um lado, como ha de organisar-se o conselho de familia, que não póde compôr-se de mais de cinco membros, salva a hypothese especialissima do § 2.º do artigo 207.º?

Deverá organisar-se um conselho de familia especial para os filhos de cada leito? Entendemos que não.

Attendendo ao *espirito* da lei, nos termos do artigo 16.º, que manda entrar no conselho de familia parentes de ambas as linhas, parece-nos que se deve ir buscar á linha de cada grupo algum vogal para a composição do conselho de familia.

Por exemplo, Maria teve filhos de José, Manuel e Antonio, com os quaes casou successivamente; falleceu ella deixando menores todos os filhos e sendo já tambem fallecido o seu ultimo marido, compõe-se o conselho com dois parentes por parte d'ella, e cada uma das linhas de José, Manuel e Antonio dá seu vogal. Se os filhos são só de dois leitos, como a linha paterna tem que dar tres vogaes, parece que deve dar dois o grupo dos filhos mais novos, porque são esses os que mais carecem, pela sua idade, de todo o zêlo com a sua pessoa e bens.

Só ha um caso em que o conselho de familia póde constar de mais de cinco membros, que é quando os irmãos germanos, conjunctamente com os maridos das irmãs germanas, excederem este numero.

Os irmãos germanos, como parentes do menor pelo lado do pae e da mãe, representam ambas as linhas, e os maridos das irmãs germanas vem como alliados no mesmo grau, vistoque estas são excluidas da composição do conselho de familia, artigo 234.º n.º 3.º Os maridos das irmãs germanas não entram no conselho de familia, senão vivendo estas, como se infere da redacção do § 2.º do artigo 207.º e diz claramente o projecto de codigo hespanhol no artigo 191.º, uma das fontes d'este artigo.

O codigo declara vogaes natos do conselho de familia apenas os irmãos bilateraes e os maridos das irmãs bilateraes, e não assim os irmãos consanguineos e uterinos e os maridos das irmãs unilateraes. Effectivamente, em regra é mais profunda a affeição entre irmãos bilateraes, do que entre irmãos unilateraes; e parece tambem que o legislador quiz chamar á formação do conselho de familia todos os interessados ou participantes na mesma successão, como são os irmãos germanos com relação á successão dos ascendentes.

Entre os irmãos germanos ha na partilha da herança em regra identidade de interesses, e por isso os maiores, promovendo os seus interesses, promovem os dos menores. Todos interessam em que se descreva com fidelidade, se avalie com exactidão, e se reparta com igualdade.

Nos casos em que os interesses sejam oppostos não póde o irmão votar, nem sequer assistir á deliberação do conselho de familia sobre o respectivo negocio, artigo 218.º

Não póde porém o juiz excluir da formação do conselho de familia os irmãos germanos, nem os maridos das irmãs bilateraes do menor, com o fundamento de que elles têem interesses oppostos aos d'este. Nas hypotheses *especiaes* de collisão de interesses é que o juiz deve obstar a que tomem parte, ou mesmo assistam á deliberação do conselho de familia sobre negocio em que elles tenham interesse opposto aos dos menores, nos termos do referido artigo 218.º

A redacção do § 2.º do artigo 207.º dá logar a duvidas ponderosas, que o codigo poderia ter resolvido, e que nós vamos indicar.

Os irmãos germanos, sendo cinco, excluem do conselho de familia os ascendentes, como dispõem o artigo 193.º do projecto de codigo civil hespanhol? Ou compõem o conselho conjunctamente com os ascendentes, qualquer que seja o seu numero, como dispõe o artigo 408.º do codigo francez?

Ou os irmãos não são vogaes natos do conselho de familia, e são apenas chamados, quando ha ascendentes, até com estes comporem o numero de cinco, de modo que só possam ser chamados todos ainda em numero excedente a cinco, quando não houver ascendentes, capazes de serem membros do conselho?

Ainda que o codigo em geral se encostou mais ao projecto de codigo hespanhol, do que ao codigo civil francez, parece-nos que, em presença da redacção do artigo, devemos adoptar a doutrina do codigo francez.

O artigo, ordenando que sejam chamados para compor o conselho de familia os parentes mais proximos, não deroga no § 2.º este principio pelo facto de chamar os irmãos.

O que parece é que os irmãos germanos são, como diz o projecto de codigo hespanhol, vogaes natos do conselho de familia, e que fazem parte d'este, querendo, ainda que haja parentes mais proximos ascendentes e descendentes, em numero para compor o conselho de familia, poisque os descendentes tambem podem entrar na formação do conselho de familia no caso de interdicção, em que a organisação do conselho é a mesma com pequena differença, artigo 318.º

O conselho de familia, que se organisa tanto para ser ouvido sobre o requerimento da interdicção, artigo 317.º, como para fiscalisar o tutor do interdicto, artigo 320.º, se este não é pae ou mãe, que tem o patrio poder, artigo 322.º, é formado como o conselho de familia para os menores, cujas regras são applicaveis aos interdictos, artigos 318.º e 321.º

Não vemos rasão por que do conselho assim formado para os interdictos não possam fazer parte os descendentes, que aliás podem ser tutores, artigo 320.º n.º 3.º

Portanto as maiores differenças na constituição do conselho de familia para os menores e para os interdictos, e que resultam da diversidade das causas de incapacidade, é que na tutela dos interdictos podem entrar no conselho de familia os descendentes e são d'elle excluidos os que requereram a interdicção.

Os que requererem a interdicção não podem ser membros do conselho de familia, aliás seriam juizes e partes ao mesmo tempo e na mesma questão. Como informadores podem assistir, porque as informações não obrigam o conselho a votar n'este ou n'aquelle sentido.

O § 3.º do artigo 207.º foi introduzido pelo sr. Seabra depois da grande polemica com o sr. Moraes Carvalho, em que o illustrado auctor do projecto sustentou em face do artigo 1.º a nullidade de todos os actos praticados pelo conselho de familia, se na organisação d'este se preterisse alguma das disposições do codigo.

Não ha conselho de familia, senão na tutela dos filhos legitimos, pela rasão, que já demos, de que os filhos illegitimos ainda perfilhados não são propriamente membros da familia dos paes. (Vid. nota ao artigo 199.º)

Os membros do conselho de familia, uma vez nomeados, são obrigados a servir durante todo o tempo da menoridade ou da interdicção, sem poderem escusar-se do encargo, passado certo tempo, como é permittido aos tutores dativos, artigo 204.º, e n'alguns casos aos legitimos, artigo 201.º § 1.º O onus do conselho de familia não é tão pesado, nem de tanta responsabilidade, como o de tutor. O conselho de familia não tem a seu cargo administrar, nem dar contas, nem prestar segurança pelas suas responsabilidades, e apenas a obrigação de reunir-se para certos casos especiaes, e com as suas deliberações sujeitas a recurso para o conselho de tutela, nos termos do artigo 226.º, o que attenua ainda a sua responsabilidade.

A organisação dos conselhos de familia pertence propriamente á lei do processo, que é de direito publico e por isso cáe immediatamente sob o dominio da lei nova sem offensa do principio da não retroactividade.

Os conselhos de familia existentes ao tempo da promulgação do codigo devem ser reorganisados nos termos dos presentes artigos, para que possam funccionar legalmente nos processos findos ou pendentes, quando se tornar necessaria a sua convocação.

Art. 210.º O conselho de familia será convocado de officio dentro de oito dias, contados desde a noticia do facto da orphandade, ou da vacancia da tutela, e em todos os outros casos, no praso que parecer necessario.

(Vid. nota ao artigo 189.º)

Art. 211.º O juiz fará sempre declarar no mandado convo-

catorio o objecto principal, que deve ser submettido á deliberação do conselho.

Art. 212.º O tutelado maior de quatorze annos tem o direito de assistir ás deliberações do conselho de familia, e de ser n'ellas ouvido, quando se tratarem negocios de maior importancia; e, não estando ausente, será convocado pela fórma determinada nos artigos precedentes, para que possa, querendo, usar d'aquelle direito.

(Vid. artigos 215.º e 259.º) No mandado convocatorio, ou dos vogaes do conselho de familia, ou do tutelado, deve declarar-se sempre o objecto principal, que ha a tratar, para que elles possam examinar e meditar sobre o negocio, e apparecer na reunião com a sua opinião esclarecida.

O tutelado maior de quatorze annos tem direito de ser ouvido nas reuniões do conselho de familia, em que se tratarem objectos de maior importancia, porque passados os quatorze annos suppõe-se-lhe já o necessario discernimento, se não para por si reger a sua pessoa e bens, ao menos para ser ouvido sobre essa administração. Por isso não só é ouvido sobre o facto da emancipação, mas é preciso o seu accordo para se verificar a emancipação, que se lhe não concede contra sua vontade, artigo 307.º Só não é ouvido sobre os negocios que lhe interessam se estiver *ausente*.

A palavra *ausente* terá aqui a significação rigorosa, que se lhe dá no artigo 55.º, de o individuo não estar presente, nem d'elle haver noticias?

Cremos que não. Para se dar a ausencia n'esta hypothese basta que elle não esteja presente nos limites da jurisdicção do juiz do inventario.

No entretanto a commissão revisora, alterando para peior a redacção do artigo do projecto primitivo, manda convocar o tutelado pela *fórma determinada nos artigos precedentes*, e portanto por precatoria, quanto estiver em jurisdicção differente, como succede com os membros do conselho de familia na hypothese do artigo 209.º, e, o que é mais, dá logar ao argumento *a contrario sensu*, de que, mesmo *ausente*, póde ser convocado, comquanto por fórma differente da preceituada n'estes artigos, porque os ausentes citam-se por editos.

Era incomparavelmente preferivel o artigo correspondente do projecto primitivo, que dizia assim: «O tutelado maior de quatorze annos póde assistir ás deliberações do conselho, e será mesmo ouvido, não estando ausente, nos negocios de maior importancia».

Parece-nos porém que o menor não tem direito de ser convocado por nenhuma das fórmas de intimação marcadas na lei, se estiver ausente, e que o artigo 212.º, referindo-se aos *artigos precedentes*, teve em vista principalmente o artigo 211.º para que no mandado convocatorio do menor se enunciasse o objecto principal, que havia de ser sujeito á deliberação do conselho, como se enuncia no mandado de convocação dos vogaes do conselho de familia.

O artigo 211.º, empregando as palavras *mandado convocatorio*, refere-se unicamente aos vogaes residentes na comarca, mas por analogia deve indicar-se esse objecto nas precatorias para a intimação dos vogaes, que residam fóra da comarca.

Quem ha de decidir se o negocio a tratar no conselho de familia é de *maior importancia* para ser convocado tambem o menor é o juiz, quando determinar a convocação. Se porém o juiz não mandar convocar o menor, e o conselho de familia ou o curador dos orphãos instarem pela sua presença, póde ser até obrigado a assistir á deliberação do conselho, ainda que elle prescinda do direito que o artigo 212.º lhe confere.

O protutor póde assistir ás deliberações do conselho de familia e n'ellas tomar parte sem voto, artigo 259.º; mas não impõe o codigo obrigação ao juizo de o convocar, como aliás impõe com relação ao tutelado maior de quatorze annos. Póde porém igualmente ser obrigado o protutor a assistir ao conselho para dar esclarecimentos, artigo 221.º, ou seja a requerimento do curador dos orphãos, ou por deliberação do conselho de familia, ou por ordem do juizo; e, quando para esse fim for convocado, deve indicar-se-lhe tambem no mandado o objecto principal da convocação por argumento do disposto no artigo 211.º

Os tutores e os curadores dos orphãos é que devem ser necessariamente intimados para assistirem ás sessões do conselho, artigo 215.º, devendo tambem indicar-se-lhes o objecto principal da convocação, salvo se algum d'elles for o requerente, porque então escusado é repetir-lhe o que elle já sabe.

Art. 213.º Os vogaes do conselho são obrigados a comparecer pessoalmente.

(Vid. artigos 216.º, 217.º e 219.º) O nosso codigo não permitte, como o projecto de codigo hespanhol e a legislação franceza, e como permittia a reforma judicial, artigo 397.º, que os vogaes do conselho de familia possam fazer-se representar por procurador, no que não ha grande inconveniente, desde que o conselho funcciona legitimamente ainda que faltem dois membros, artigo 217.º, postoque possa dar-se o caso de negocios graves serem resolvidos só por dois votos, artigo 219.º

O artigo 221.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 217.º do codigo, achava-se redigido assim: «O conselho de familia não poderá deliberar sem que esteja completo. § unico. Se para isso faltar algum vogal poderá o juiz adiar o conselho de familia ou nomear, havendo urgencia, ouvido o curador e os outros vogaes, pessoa idonea, que suppra a sua falta». A doutrina a final adoptada pela commissão revisora parece-nos preferivel áquella.

O codigo, prescrevendo só aos vogaes do conselho de familia a obrigação do comparecimento pessoal, artigo 213.º, implicitamente permitte aos tutores e protutores o fazerem-se representar por procurador, em virtude do preceito consignado no artigo 1332.º

Todavia o juiz póde ordenar o comparecimento pessoal d'elles, quando assim convenha aos interesses dos menores.

O curador dos orphãos tem no seu impedimento o substituto legal, nomeado por elle ou pelo juiz, salvo nas terras onde ha conservatorias privativas fóra de Lisboa e Porto, que é seu substituto legal o respectivo conservador, nos termos do artigo 19.º § unico do regulamento de 28 de abril de 1870.

Quem preside ao conselho de familia é o juiz. A commissão revisora com rasão eliminou as seguintes palavras, porque terminava o artigo 220.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 216.º do codigo «e poderá delegar a presidencia nos seus substitutos, em caso de legitimo impedimento».

Esta substituição do juiz por delegação era escusada, porque está

marcada na lei. Se é juiz ordinario, o seu substituto é o immediato em votos, nos termos do artigo 121.º da reforma judicial. Se é juiz de direito, que não póde exercer aquellas funcções por impedimento absoluto ou relativo, está a sua substituição marcada na lei de 18 de julho de 1855, artigo 1.º

O juiz não vota nas reuniões do conselho de familia, mas propõe os negocios á deliberação do conselho. Porém das decisões do conselho de familia o recurso competente é para o conselho de tutela, como é expresso no codigo, e decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 25 de janeiro de 1870, annullando um accordão da relação do Porto, por ter julgado incompetentemente e com nullidade um aggravo do despacho do juiz pela remoção de um tutor, que fôra removido por deliberação do conselho de familia sob proposta do juiz.

O juiz preside, mas sem voto, rasgando-se assim, sem rasão plausivel ou antes contra todas as rasões juridicas, o disposto na legislação anterior, que não só dava voto ao juiz, mas não dava effeito ás deliberações importantes do conselho de familia, sem serem confirmadas pelo juiz de direito, reforma judiciaria, artigo 396.º Nem ao menos tem o voto de desempate, que aliás se lhe concede nos conselhos de familia formados para julgar as causas de separação, artigo 1206.º § 2.º

Que rasão haveria para alterar n'esta parte a legislação existente? Foi de certo alguma rasão *philosophica*, porque a experiencia constante desde 1832 mostrava a necessidade de coarctar as attribuições dos conselhos de familia, que desgraçadamente são na maior parte dos casos os advogados do tutor ou do cabeça de casal contra os orphãos.

Por isso, nos termos do artigo 396.º da reforma judicial, as deliberações do conselho de familia não podiam ter execução sem a approvação do juiz de direito, e a lei de 16 de junho de 1855 havia restringido a seis os casos em que os negocios de menores podiam ser sujeitos á resolução do conselho de familia.

Verdade é que, organisado o conselho de tutela, a que o juiz de direito preside com voto, e para onde ha recurso das deliberações do conselho de familia, era pouco conforme aos principios geraes de processo que elle interviesse com o seu voto nas deliberações do juizo *a quo* e do juizo *ad quem*.

Porém o conselho de tutela, de cuja decisão não ha recurso, quando confirma a deliberação do conselho de familia, não dá as garantias que se encontravam na approvação das deliberações do conselho de familia pelo juiz de direito, e no recurso da decisão d'este para os tribunaes superiores.

Art. 214.º O que não comparecer no dia e hora designados, não allegando em tempo legitima causa de escusa ou de impedimento, será condemnado pelo juiz na multa de quinhentos réis até cinco mil réis, para os estabelecimentos de beneficencia pupillar.

A formação do conselho de familia de nada serviria sem a sua assistencia posterior ás sessões, e por isso a falta sem causa dos vogaes deve ser punida no caso de no mandado convocatorio se ter marcado o dia e a hora da reunião. Não se tendo marcado, deve fazer-se nova convocação.

A multa imposta aos vogaes do conselho de familia terá o destino que se dá ao producto d'esta pena, em conformidade da legislação vigente, reforma judiciaria artigo 397.º emquanto não estiverem organisados os estabelecimentos de beneficencia pupillar, vista a disposição do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867. Carecem de explicação as palavras *não allegando em tempo legitima causa de escusa ou de impedimento.*

A palavra *escusa* empregada no artigo é a traducção litteral da palavra *excuse* empregada no artigo 413.º do codigo civil francez, que ali corresponde ao que nós chamâmos *impedimento*, como é o caso de doença, etc., (Rogron, nota ao referido artigo); e as palavras correspondentes no codigo civil francez ás nossas *podem escusar-se da tutela*, usadas no artigo 227.º, são as seguintes: *dispensés de la tutelle*, artigo 427.º

O illustrado auctor do codigo, que devia ter adoptado a palavra *impedimento* para significar a idéa expressa pela palavra franceza *excuse*, vistoque empregava a palavra *escusa* para significar a dispensa da tutela nos termos da lei franceza, não o fez, incorrendo na mesma falta a commissão revisora, que se limitou a dar uma redacção e pontuação ao artigo, que parece confundir ou tornar synonymas *n'este caso* as palavras *escusa* e *impedimento*.

A allegação de escusa ou de impedimento a que se refere este artigo é não só o requerimento pedindo a escusa da tutela, a que se referem os artigos 227.º e seguintes, ou pedindo a dispensa da tutela, como diz a lei franceza, mas tambem a allegação da impossibilidade de comparecer no dia para que foi feita a convocação.

O pensamento pois do artigo é o seguinte: Aquelle que não comparecer, tendo sido convenientemente intimado, no local, dia e hora designados para a reunião, sem ter obtido a sua escusa em tempo competente, nos termos do artigo 229.º, ou sem ter allegado ou prevenido o juiz do impedimento que o inhibir de comparecer n'aquella reunião, será condemnado, etc. Portanto, quem se não escusou competentemente da tutela por cada falta que dér, sendo devidamente intimado, soffre a mesma pena a que está sujeito o que não comparece por motivo de impedimento eventual.

A commissão revisora inseriu no artigo as palavras «*ou de impedimento*», que não vinham no projecto primitivo, para tornar bem saliente a idéa de que a condemnação abrangia não só o que faltava por se não ter escusado em tempo e não querer desempenhar-se d'este encargo, mas tambem o que tendo aceitado este onus faltava a alguma reunião por impedimento eventual, como por doença, nojo por morte de pessoa de familia, etc.

Mas n'esta hypothese mesmo não basta *allegar* o impedimento para evitar a condemnação na multa, é necessario prova-lo.

O pensamento do artigo é que o vogal, que não comparece no dia aprasado, e não allega antes d'esse dia a impossibilidade de comparecer, é condemnado na multa, sem que o juiz espere a sua defeza.

O *tempo* para allegar o impedimento é até ao dia marcado para a reunião, devendo na mesma occasião da reunião do conselho lavrar-se a condemnação dos que faltam, ou impor-se a multa por simples despacho nos autos de inventario, se não chegou a reunir a maioria do conselho de familia, nos termos do artigo 217.º

Conseguintemente o vogal do conselho de familia nomeado, que não se escusou da nomeação, é punido faltando á reunião sem impedimento legitimo; é punido como se, podendo escusar-se, não se escusou e deixou de comparecer sem allegar a escusa em tempo legitimo.

O *tempo* para o vogal do conselho de familia allegar a sua *escusa* vem marcado nos artigos 229.º e 233.º Deve ser allegada dentro de

seis dias contados desde a intimação da nomeação, se a causa é anterior a esta, ou dentro de trinta dias desde que d'ella o interessado tiver conhecimento, se for superveniente.

A quem pertence conhecer da escusa, exclusão ou impedimento dos vogaes do conselho de familia é ao respectivo juiz, como dizemos em as notas aos artigos 231.º e 236.º

O projecto primitivo no artigo 218.º, correspondente ao artigo 214.º do codigo, continha um § unico, redigido nos seguintes termos: «D'esta condemnação só poderá haver o recurso de embargos, fundados em justa causa».

A commissão revisora eliminou este §, e por isso subsiste em vigor o disposto no artigo 397.º da reforma judicial, que não admitte recurso algum de similhantes decisões. Fica portanto tolhido até o recurso de embargos.

Aos que foram condemnados por deixarem de fazer a participação do obito de pessoa, cuja herança devia ser inventariada, nos termos do artigo 189.º, é admissivel o recurso da decisão que os condemnou, como se mostra do preceito do artigo 393.º da reforma judicial combinado com o do artigo 397.º

Na hypothese do artigo 397.º da reforma e do artigo 214.º do codigo civil, não se admitte o recurso em attenção á insignificante quantia da multa, que cabe na alçada do juiz de direito, comquanto exceda a do juiz ordinario, reforma judicial, artigos 82.º e 118.º

Qual é a pena dos tutores e curadores que deixaram de comparecer no dia marcado? É omisso a este respeito o codigo e a reforma. Mas quanto ao curador póde o juiz queixar-se ao respectivo procurador regio, argumento do § unico do artigo 191.º; e a falta do tutor póde ser castigada com a pena decretada para os que faltam á obediencia aos mandados da justiça, alem da responsabilidade por perdas e damnos, nos termos do artigo 248.º

Art. 215.º Os curadores dos orphãos e os tutores devem sempre assistir aos conselhos de familia, mas terão tão sómente voto consultivo.

(Vid. nota ao artigo 211.º)

Art. 216.º O juiz preside, sem voto, ao conselho de familia.

Art. 217.º O conselho de familia não póde deliberar com menos de tres membros.

(Vid. nota ao artigo 213.º)

Art. 218.º Nenhum vogal do conselho de familia tem voto, nem póde assistir á deliberação sobre negocio em que elle, ou os seus ascendentes, descendentes ou consorte tenham interesse proprio e opposto ao interesse dos menores; mas póde ser ouvido, se o conselho o julgar conveniente.

É evidente a justiça do artigo. Ao passo que se evita que o vogal do conselho de familia vá ser juiz em causa propria, ou influir com a sua presença no voto dos companheiros, dá-se-lhe logar a expor o seu direito por meio de audiencia prévia; e alem d'isso não fica inhabilitado de o fazer valer tambem em juizo contencioso.

Os ascendentes, descendentes e conjuge são pessoas tão ligadas ao individuo, que se reputam proprios os interesses d'elles. Até os ascendentes, descendentes e conjuge se reputam interpostas pessoas quanto a doações, artigo 1481.º § unico. Quanto ás compras, ao passo que são interpostas pessoas, alem do conjuge, qualquer parente ainda collateral, mas de quem o individuo seja herdeiro presumido, não o são dos parentes em linha recta senão os ascendentes ou descendentes, de quem o individuo é herdeiro presumido, artigo 1567.º § unico, assim como deve reputar-se interposta pessoa a que instituin em testamento publico o inhibido, vista a disposição do artigo 64.º

Na hypothese do artigo 1058.º n.º 2.º só se consideram estreitamente ligados á pessoa os seus *descendentes*.

Na hypothese do artigo 234.º n.º 5.º não podem ser tutores, protutores nem vogaes do conselho de familia os que tiverem demanda com o menor, ou se a tiverem seus paes, filhos ou mulheres, como veremos no respectivo logar.

Quanto á competencia do official publico em actos extrajudiciaes é que o codigo é muito mais rigoroso, porque ahi reputa-se o tabellião interessado, não só quando o interesse é seu, do seu conjuge, dos ascendentes e descendentes, mas tambem quando o interesse é de irmãos ou do conjuge de qualquer d'aquelles parentes, artigo 2495.º n.º 2.º

A palavra «*consorte*» n'este artigo abrange só o conjuge do vogal do conselho de familia, e não o conjuge do ascendente ou descendente do vogal do conselho de familia.

O certo é que em cada artigo, ou a proposito de cada hypothese, o codigo faz differente classificação de pessoas *interpostas*, ou *indirectamente interessadas*, e sem haver rasão plausivel para tantas variantes.

Art. 219.º As decisões do conselho de familia são tomadas por maioria absoluta de votos dos vogaes presentes.

(Vid. nota ao artigo 213.º)

SECÇÃO VII

DOS CURADORES DOS ORPHÃOS

Art. 220.º Os curadores geraes dos orphãos, e os magistrados do ministerio publico que fazem as vezes d'elles, têem a seu cargo velar pelos interesses e direitos dos menores.

Art. 221.º Os curadores devem ser ouvidos em tudo o que diga respeito aos direitos e interesses dos menores, e podem exigir, dos tutores e dos protutores, todos os esclarecimentos de que careçam a bem d'aquelles.

Art. 222.º O curador é responsavel, solidariamente com o juiz, pelas perdas e damnos que resultarem ao menor de providencias illegalmente requeridas por elle, e ordenadas pelo juiz, ou ordenadas pelo juiz com a approvação e acquiescencia do curador.

Art. 223.º O juiz que não ouvir o curador, nos termos do artigo 221.º, é responsavel por erro de officio, aindaque d'esse despacho não resulte prejuizo aos menores.

(Vid. nota ao artigo 62.º)

SECÇÃO VIII

DAS ATTRIBUIÇÕES DO CONSELHO DE FAMILIA

Art. 224.º Pertence ao conselho de familia:

1.º Confirmar a mãe binuba na administração dos bens do filho menor e interdicto;

2.º Confirmar os tutores legitimos;

3.º Nomear os tutores dativos;

4.º Nomear protutor, nos casos em que deve haver esta nomeação;

5.º Confirmar a tutela confiada pela mãe em testamento ao segundo marido;

6.º Remover o tutor nos casos mencionados nos artigos 236.º e seguintes;

7.º Determinar a profissão, o officio, ou o serviço, a que o menor ha de dedicar-se, e resolver, quando o pae ou a mãe do menor exercessem alguma industria ou commercio, se esta industria ou commercio devem continuar a ser exercidos por elle, não tendo os paes disposto a tal respeito, ou se occorrerem graves inconvenientes no cumprimento da sua vontade;

8.º Taxar no começo da tutela as quantias, que o tutor poderá despender com o menor, e com a administração dos bens, sem prejuizo do augmento ou da diminuição, que as circumstancias exigirem;

9.º Especificar o valor da hypotheca, que ha de ficar onerando os bens do tutor, com attenção á importancia dos moveis, e rendimentos, que elle houver de receber, e podêr accumular até ao fim da tutela; designar os bens em relação aos quaes deve ser registada, e assignar um praso rasoavel, dentro do qual seja feito o registo e, bem assim, quando o julgar conveniente, escusar o tutor da hypotheca, ou só do registo previo d'ella, e das mais formalidades, para que possa entrar logo no exercicio da tutela;

10.º Verificar a legalidade das dividas passivas do menor, e auctorisar e regular o seu pagamento, não havendo opposição dos interessados;

11.º Designar a applicação, que devem ter o dinheiro, as joias, ou quaesquer outros objectos preciosos do menor;

12.º Auctorisar o tutor para fazer prender o menor, nos termos do artigo 143.º e seu §;

13.º Auctorisar o tutor para proceder á venda dos moveis, cuja conservação não for conveniente, e deliberar sobre a applicação que lhes deve dar, não havendo comprador;

14.º Auctorisar o tutor para quaesquer bemfeitorias extraordinarias, e para dar os immoveis de arrendamento por mais de tres annos, comtantoque o praso não exceda a epocha da maioridade;

15.º Auctorisar o tutor para levantar os capitaes do menor dados a juros;

16.º Auctorisar o tutor para contrahir emprestimos, emprestar dinheiro do menor, hypothecar ou alienar bens immoveis, em caso de urgente necessidade ou de utilidade reconhecida;

17.º Auctorisar o tutor para acceitar doações feitas ao menor, propor acções persecutorias, fazer composições amigaveis, transacções ou compromissos, em termos determinados;

18.º Auctorisar o casamento, e as convenções ante-nupciaes do menor, não sendo tutor d'este o avô;

19.º Arbitrar, quando não haja opposição, as mezadas ou os alimentos, que deverem ser pagos por conta do menor a seus irmãos ou ascendentes;

20.º Examinar e approvar as contas da tutela nos prasos, que elle proprio designar, os quaes não poderão exceder a quatro annos;

21.º Auctorisar a substituição ou reducção da hypotheca, a que os bens do tutor estejam sujeitos;

22.º Emancipar o menor na falta do pae e da mãe.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 162.º)
2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 198.º)
3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 203.º)
4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 205.º)
5.º, etc. (Vid. nota ao artigo 193.º)
6.º, etc. (Vid. secção XII d'este capitulo.)
7.º, etc. (Vid. artigo 1389.º) Duas obrigações incumbem pelo prescripto n'este numero ao conselho de familia: 1.ª, determinar a carreira a que ha de dedicar-se o menor, escolhendo um fim scientifico, artistico, etc.; 2.ª, decidir se o menor ha de continuar a exercer algum ramo de industria ou de commercio, quando os paes o exerciam.

É singular que o codigo só com relação á segunda parte mande respeitar a vontade dos paes, quando elles a este respeito tenham disposto alguma cousa, e não mande respeita-la igualmente quanto á primeira parte, como preceitua o projecto de codigo civil hespanhol nos artigos 222.º e 227.º, fontes d'este numero.

Apesar da má redacção do codigo, entendemos que o conselho de familia deve attender á vontade dos paes, tanto n'um como n'outro caso, se elles a este respeito tiverem disposto, e não se offerecerem difficuldades ao cumprimento da sua vontade.

O voto e opinião dos paes, se é digno de consideração quando se trata da continuação pelo menor de uma industria que elles exerciam, por maioria de rasão é attendivel quando se trata de dar occupação ao menor, cuja vocação natural os paes melhor do que ninguem deviam conhecer.

Em regra deve respeitar-se a vontade do pae sempre que ella não tenha contrariedades na sua execução.

Se os paes exerciam alguma industria, ainda que determinassem que ella devia ser continuada pelos menores, cumpre ao conselho de familia averiguar se a vontade do paes póde ser cumprida com proveito para o filho.

Póde essa industria depender de conhecimentos especiaes, ou mesmo não ser prudente o deixar os interesses do menor expostos aos azares e perigos inseparaveis do commercio.

A intervenção do conselho de familia é pois o meio prudente de conciliar as determinações da vontade do pae com os interesses do menor.

O destino ou officio a dar ao menor é de certo o ponto de maior interesse e transcendencia de toda a sua vida, e que reclama por isso a intervenção do conselho de familia, que póde ir de encontro ao determinado pelo pae, ou porque este não pesou bem as circumstancias do menor, ou porque estas variaram depois da disposição.

Na attribuição que este numero confere ao conselho de familia se comprehende a de resolver se o menor ha de ser assoldadado no caso dos rendimentos não chegarem para os seus alimentos, nos termos do artigo 171.º

O tutor não está obrigado a sustentar á sua custa o menor. Portanto, se os rendimentos d'este não chegam para os seus alimentos, deve o conselho de familia marcar-lhe um officio, ou mesmo assoldadal-o, se for d'essa condição, porque tirar do capital para cobrir, na falta de rendimentos, as despezas do menor, seria reduzi-lo paulatinamente por este caminho á miseria. Mas emfim a execução de todas estas regras será subordinada ao prudente arbitrio do conselho de familia.

O certo é que na provisão d'este numero se comprehende o direito que tem o conselho de familia de determinar se o menor deve ser assoldadado. Não é valido o contrato de serviço do menor celebrado pelo tutor, nos termos do artigo 1389.º, sem ser auctorisado pelo conselho de familia.

8.º, etc. Durante o patrio poder não ha regras a prescrever quanto ás despezas que os paes hão de fazer com a pessoa do menor e com a administração dos bens, vistoque qualquer dos paes tem o usufructo dos bens do menor com a obrigação de pagar as despezas de pessoas e bens, e mesmo, quando não tem o usufructo, como por não requererem o inventario dentro de sessenta dias, artigo 156.º, a lei confia na solicitude dos paes pelos interesses dos filhos.

Tambem o conselho de familia deve arbitrar as quantias precisas para as despezas de administração propriamente taes, sendo maiores se a fortuna do pupilo é grande e a grandes distancias, que o tutor careça de ter feitores e administradores para o auxiliarem na administração.

Porém o tutor não é absolutamente adstricto á somma fixada. Deve gastar menos, se for possivel, e se gastar mais por motivo legitimo, como por doença do tutelado, etc., deve ser-lhe abonada essa despeza a maior. N'estas despezas de administração não se comprehende a remuneração do tutor *pelo seu trabalho*, que se acha reconhecida no artigo 247.º Porém o conselho de familia apenas determina o *modo* de educação e os meios para lhe fazer face. A execução pratica pertence ao tutor, artigo 243.º n.º 2.º

O arbitramento d'estas quantias póde variar constantemente, segundo as alterações no patrimonio do menor, e outras circumstancias.

9.º, etc. (Vid. artigos 919.º e 921.º, e nota ao artigo 58.º)

10.º, etc. (Vid. artigo 2118.º)

11.º, etc. (Vid. n.º 15.º) O dinheiro do menor, bem como outros quaesquer valores, não devem estar ociosos. Por isso o conselho de familia designará o destino a dar-lhes, e decidirá se o dinheiro ha de ser empregado em emprestimos a juros, n.º 16.º, ou invertido em bens de raiz ou papeis de credito, e se ás joias ha de dar-se o mesmo destino, ou conservarem-se em ser; porque o tutor não póde, sem auctorisação do conselho de familia, levantar os capitaes do menor dados a juro, nem emprestar outros de novo.

Póde o tutor receber quaesquer dividas do menor que não vençam juros, e bem assim rendas, fóros, censos e pensões, independentemente de auctorisação do conselho de familia, artigo 243.º n.º 8.º, porque são actos de mera administração; mas levantar capitaes que vençam juros não, porque é o conselho de familia quem auctorisa a applicação que se deve dar ao dinheiro do menor.

12.º, etc. (Vid. nota ao artigo 143.º)

13.º, etc. (Vid. artigo 243.º n.º 12.º) O pae ou mãe não pódem ser obrigados a vender os moveis, dos quaes tem o usufructo, se d'ahi resultar a privação d'este direito: mas se os consumirem em uso, que não seja commum aos filhos, hão de pagar o valor d'elles, artigo 154.º

14.º, etc. (Vid. artigos 243.º n.º 6.º, 263.º a 266.º e 1602.º) O conselho de familia auctorisa unicamente as bemfeitorias extraordinarias, como a reedificação de um predio urbano. Os reparos ordinarios, bem como a cultura dos predios, são actos de mera administração, que entram nas faculdades do tutor sem intervenção do conselho de familia, artigo 243.º n.º 7.º

O conselho de familia, a quem pertence fixar as despezas a fazer com o menor e dar destino ao excedente, não podia deixar de intervir, por maioria de rasão, para auctorisar os reparos e bemfeitorias extraordinarias.

Já o projecto primitivo dizia em duas partes, nos artigos correspondentes aos artigos 224.º n.º 14.º e 243.º n.º 6.º do codigo, que o tutor podia dar de arrendamento os bens immoveis do menor por tempo que não excedesse a tres annos.

A commissão revisora julgou necessario repetir ainda terceira vez esta disposição, e por isso introduziu de novo os artigos 264.º e 265.º do codigo, que não vinham no projecto primitivo, com o acrescentamento apenas de que os arrendamentos por menos de tres annos são feitos a arbitrio do tutor, ou em praça, ou particularmente, como elle julgar mais conveniente.

A obrigação do tutor é dar os immoveis de arrendamento. Só póde deixar de os arrendar, e administra-los por sua conta por deliberação do conselho de familia. O arrendamento offerece mais garantias para os interesses do menor: porém o estado, e a importancia das propriedades, e varias outras circumstancias, podem aconselhar a administração por conta do tutor; mas d'esta forma de explorar só é juiz competente o conselho de familia.

Se o arrendamento vae alem de tres annos já não póde ser feito senão em hasta publica, com auctorisação do conselho e com assistencia do protutor e curador.

O conselho de familia póde auctorisar os arrendamentos de mais de tres annos, por muito longo que seja o praso, ainda que vá alem da epocha da emancipação, contantoque não exceda a da maioridade.

Devidamente combinados os artigos 224.º n.º 14.º, 243.º n.º 6.º, 264.º e 265.º, parece que o tutor póde só por si fazer arrendamentos que

vão muito alem da maioridade, se não excederem a tres annos, quando os auctorisados pelo conselho de familia nunca podem ir alem d'esta epocha.

Assim parece que o tutor póde fazer um arrendamento por tres annos no dia em que o tutelado completa os vinte e um, quando o conselho de familia não póde auctorisar um arrendamento por quatro annos no dia immediato áquelle em que o tutelado completa dezesete annos. O sr. Moraes Carvalho já notou estas incongruencias nas suas observações á primeira parte do projecto.

A commissão revisora porém não as attendeu, ou por esquecimento, ou para não embaraçar a administração pela qual o tutor é aliás responsavel, vistoque ha predios cujo arrendamento deve fazer-se por mais de um anno, e o tutor não deveria ficar tolhido d'este direito quando tivesse que renovar os arrendamentos nos tempos proximos á maioridade.

Parece pois que até tres annos, ainda que estes findem depois da maioridade, póde o tutor fazer o arrendamento.

Se o administrador dos bens do filho é o pae ou a mãe, dá-lhe o codigo os mesmos direitos que ao tutor conjunctamente com o conselho de familia. Como durante o exercicio do patrio poder não ha conselho de familia, fica ao prudente arbitrio dos paes o arrendarem os immoveis, ou administra-los por si, é o arrenda-los por um praso mais ou menos largo, comtanto porém que o praso do arrendamento, se exceder a tres annos, não expire na maioridade, artigo 266.º

15.º, etc. (Vid. nota ao n.º 11.º)

16.º, etc. (Vid. artigos 243.º n.º 12.º) Estes actos são de grande momento, excedem os limites de pura administração. O tutor não póde pedir emprestado para o menor, ainda sem hypotheca, sem intervenção do conselho de familia, porque esta faculdade poderia dar logar a graves compromettimentos da fortuna do menor.

Os immoveis não podem hypothecar-se nem alienar-se senão em caso de *urgente necessidade*, como para pagar dividas, fazer reparações urgentes, ou occorrer aos alimentos do menor, ou em caso de *utilidade reconhecida*, como para alienar uma propriedade cujo rendimento não cobrisse a despeza, para procurar ao menor um estabelecimento vantajoso, etc.

O conselho de familia, na auctorisação dada ao tutor para hypothecar ou alienar bens immoveis, deve designar especificamente as propriedades, porque aos interesses do menor convem que o conselho de familia verifique, não só se ha necessidade ou utilidade na alienação dos immoveis, mas quaes d'estes devem ser de preferencia alienados. Na disposição d'este numero devem julgar-se comprehendidos, alem dos immoveis propriamente ditos, quaesquer bens immobiliarios que sejam direitos prediaes.

Não tem porém logar a intervenção do conselho de familia quando a alienação resulta de providencia judicial e de direito anterior de terceiro, ou de expropriação forçada: n'uma palavra, o conselho de familia não intervem quando a alienação é obrigada e independente da vontade do tutor.

17.º, etc. (Vid. artigo 243.º n.º 11.º, 2025.º e 2046.º) As heranças deve o tutor acceita-las a beneficio de inventario, artigos 243.º n.º 11.º, 2025.º e 2046.º, para evitar que o menor venha a pagar encargos excedentes ás vantagens.

Aos tutores dos menores e interdictos em caso nenhum é permittido o *repudio* da herança. Os que têem a livre administração de seus bens *podem* aceitar ou repudiar a herança, artigo 2023.º Tanto a mulher casada, como o marido, como o surdo-mudo, *podem* validamente aceitar ou repudiar a herança sob as condições prescriptas nos artigos 2024.º e 2026.º; porém o tutor dos menores e dos interdictos não póde aceitar puramente nem repudiar a herança.

A herança deixada aos menores e aos interdictos *só póde* ser aceita a beneficio de inventario, artigo 2025.º Tanto a *aceitação pura*, como o *repudio* da herança, podiam comprometter os interesses dos menores e dos interdictos; quando a aceitação a beneficio de inventario salva os bens d'estes infelizes de toda e qualquer eventualidade.

Na aceitação das heranças é realmente escusada a intervenção do conselho de familia, vistoque a aceitação a beneficio de inventario é a garantia mais efficaz de que o menor não soffrerá damno com este acto do tutor; porém na aceitação das doações intervem o conselho de familia para apreciar se debaixo do beneficio feito com a doação vem incluidos encargos que inutilisem ou convertam em prejuizo esse beneficio.

Para as composições amigaveis e transacções judiciaes, como recáem sobre cousa duvidosa, de si exposta a erros e a fraudes, a intervenção do conselho de familia é absolutamente indispensavel; e no mesmo caso está o compromisso em arbitros, que é já uma verdadeira composição ou transacção. E o conselho de familia não póde auctorisar o tutor a fazer qualquer transacção, sem marcar as bases e fixar definitivamente todas as clausulas e condições do accordo. A auctorisação não póde ser dada em termos vagos; ha de ser dada *em termos determinados*.

Os paes não carecem de auctorisação, nem do conselho de familia nem do juiz, para fazerem quaesquer transacções, salvo se alguma das clausulas do accordo importar hypotheca ou alienação dos bens do menor, que só póde ter logar mediante auctorisação judicial, artigo 150.º

18.º, etc. (Vid. artigo 1061.º)

19.º, etc. O menor não é obrigado á prestação de alimentos a outros parentes que não sejam ascendentes ou irmãos, artigos 172.º e seguintes, salva a hypothese especial do artigo 177.º

A commissão revisora, introduzindo n'este numero, em sessão de 21 de junho de 1860, as palavras «*quando não haja opposição*», que não se achavam no projecto primitivo, teve em vista excluir a jurisdicção do conselho de familia na fixação dos alimentos ou mezadas, quando o negocio se tornasse contencioso.

De quem é a opposição a que o artigo se refere? Dos alimentandos, indubitavelmente. Se elles se oppozerem não ha recurso para o conselho de tutela do *arbitramento* do conselho de familia, porque n'este caso não póde o conselho *arbitrar*. Decide-se a questão em juizo contencioso, segundo as regras ordinarias.

20.º, ect. (Vid. nota ao artigo 152.º, e artigos 249.º e seguintes.)

21.º, etc. (Vid. artigo 921.º e nota ao artigo 58.º)

22.º, etc. (Vid. artigo 304.º)

Art. 225.º O conselho de familia não póde nomear ao menor mais de um tutor simultaneamente. Se o menor tiver bens a grande distancia, poderá ser encarregada a sua administração a um administrador, que será nomeado pelo juiz dos orphãos da localidade, precedendo requisição do juiz do inventario.

(Vid. nota ao artigo 194.º)

Art. 226.º Das decisões do conselho de familia podem recorrer, para o conselho de tutela o tutor, o protutor, o curador dos orphãos, e qualquer parente do menor, ou outro interessado na decisão, salvo o caso especificado no artigo 1062.º

§ 1.º O conselho de tutela é composto do juiz de direito da comarca, dos seus dois substitutos immediatos, e do curador dos orphãos, que terá voto meramente consultivo.

§ 2.º Da decisão do conselho de tutela, que confirmar a do conselho de familia, não haverá recurso.

§ 3.º Se a decisão do conselho de familia não for confirmada, poder-se-ha recorrer para a relação do districto, que resolverá definitivamente.

§ 4.º Estes recursos têem effeito suspensivo, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

O codigo creou um tribunal de recurso das decisões do conselho de familia, inteiramente desconhecido no nosso direito antigo. O regulamento d'este artigo foi publicado por decreto de 12 de março de 1868. Ahi se estabelece o processo nos recursos, e se determina quem são os substitutos do juiz de direito nas comarcas de Lisboa, Porto e Funchal, que hão de entrar na constituição do conselho de tutela.

No projecto de codigo de processo vem tambem marcado no artigo 263.º o processo dos recursos das decisões do conselho de familia para o conselho de tutela.

Nos casos de interdicção a entidade «curador dos orphãos», mencionada no artigo, será em tudo e para todos os effeitos representada pelo ministerio publico, visto que o curador dos orphãos só intervem em actos e processos relativos a orphãos, e não nos relativos a outras quaesquer pessoas equiparadas aos orphãos, pela sua incapacidade para se regerem e administrarem seus bens, salvo o que fica declarado em a nota ao artigo 189.º

Pela mesma rasão ha recurso para o conselho de tutela das decisões do conselho de vizinhos, que substitue o conselho de familia, artigo 276.º

De todas as decisões do conselho de familia ha recurso para o conselho de tutela, salva a hypothese do artigo 1062.º, em que a decisão do conselho de familia é irrevogavel, porque d'ella não ha recurso algum. A seu tempo qualificaremos a *barbara* doutrina que este artigo sanecciona.

Das decisões do conselho de tutela, que não confirmam as do conselho de familia no todo ou em parte, ha recurso para a relação do districto.

Mas das decisões d'este tribunal não ha recurso para o supremo tribunal de justiça. É o que se infere do emprego da palavra «*definitivamente*». Verdade seja que nos termos da nossa legislação de processo é exactamente das decisões definitivas, ou com força de definitivas, e só d'essas, que cabe recurso para o supremo tribunal de justiça. Porém o legislador não empregaria aqui a palavra «*definitivamente*» só para significar o que já estava determinado na lei de processo vigente; e o citado regulamento de 12 de março de 1868, estabelecendo o processo dos recursos para o conselho de tutela e para a relação do districto, nem uma palavra diz ácerca dos recursos para o supremo tribunal de justiça. No entretanto é muito inconveniente usar de palavras, que têem uma significação classica na lei, para exprimir idéas diversas das que pelos jurisconsultos lhes são attribuidas.

O pensamento do auctor do codigo e do regulamento foi de certo cortar as dilações e mais inconvenientes da largueza dos recursos n'esta materia.

O citado regulamento de 12 de março de 1868 estabeleceu no artigo transitorio que os recursos, que se achassem já interpostos das decisões do conselho de familia antes do dia em que o codigo civil começou de ter execução, seriam processados segundo a legislação anterior.

Se porventura a deliberação do conselho de familia é confirmada pelo conselho de tutela não ha mais recurso algum.

Aceitâmos a disposição da lei porque é lei, mas não podemos conformar-nos de modo algum com similhante doutrina. Podem dois *ignorantes*, que são membros do conselho de familia só por serem *parentes* do menor, artigo 207.º, tomar uma resolução, artigos 217.º e 219.º, que prejudique irremediavelmente os interesses dos menores, sendo confirmada pelos dois substitutos do juiz de direito, artigo 226.º, que podem ser tambem ignorantes das leis, ou peccar por espirito de facção, ou por maus interesses, sem responsabilidade ou quasi nulla.

Este artigo estabelece a preferencia do juiz illetrado sobre o letrado, e do juiz para assim dizer irresponsavel sobre o responsavel!

No entretanto cremos que o disposto no artigo não exclue os recursos por incompetencia e excesso de jurisdicção, que até interpostos da decisão do juiz eleito vão até o supremo tribunal de justiça. Mas as violações de lei, praticadas pelo conselho de familia e de tutela em materia da sua jurisdicção, são irremediaveis.

Supponhamos, por exemplo, que o conselho de familia priva, contra a disposição expressa do artigo 162.º, a mãe binuba do patrio poder, e o conselho de tutela confirma em recurso aquella decisão, não restará á mãe meio algum de fazer valer o seu direito? Supponhamos que o conselho de familia emancipa o menor antes dos dezoito annos, e que o conselho de tutela confirma esta deliberação, não haverá recurso d'essas decisões?

É para nós indubitavel que o artigo 226.º, salvo o caso de excesso de jurisdicção, nega absolutamente o recurso da decisão do conselho de tutela quando este confirma a deliberação do conselho de familia.

É deploravel esta doutrina, que deixa os menores ao arbitrio do conselho de familia e de tutela, sem recurso para juizes responsaveis. No entretanto não tem remedio similhantes decisões, por mais opposta que sejam ás prescripções legaes, como o não têem os julgados injustos do supremo tribunal de justiça.

SECÇÃO IX

DAS PESSOAS QUE PODEM ESCUSAR-SE DE SEREM TUTORES, PROTUTORES, OU VOGAES DO CONSELHO DE FAMILIA

Art. 227.º Podem escusar-se da tutela e da protutela:

1.º Os ministros d'estado effectivos;

2.º Os empregados de nomeação do governo;

3.º Os militares, ainda que não sejam de patente; os reformados não poderão todavia escusar-se, se não se acharem empregados em serviço activo;

4.º Os ecclesiasticos que tiverem cura de almas;
5.º Os que já tiverem a seu cargo alguma tutela;
6.º Os que tiverem cinco filhos legitimos vivos;
7.º Os que tiverem setenta annos de idade;
8.º Os que padecerem molestia chronica, que os impossibilite de saírem de casa, e de tratarem pessoalmente dos seus proprios negocios;
9.º Os que forem tão pobres, que não possam occupar-se da tutela ou da protutela, sem grave prejuizo seu.

(Vid. artigos 230.º e 233.º) Incapazes de serem tutores são os *excluidos*, secção X, e os *removidos*, secção XI. Os individuos mencionados n'este artigo são *capazes* de exercer a tutela; mas a lei por motivo de utilidade publica dispensa-os d'este encargo, se elles não quizerem exerce-lo. O legislador não devia sujeitar ao onus da tutela os que por falta de tempo ou de forças se julgassem em circumstancias de não poderem desempenha-lo dignamente.

Nos cinco primeiros numeros mencionam-se os individuos que se escusam da tutela por motivo de algum cargo *publico*, que já tenham. As escusas comprehendidas nos restantes numeros, comquanto até certo ponto sejam determinadas no interesse da sociedade, não tem a sua rasão de ser em encargo publico, que o tutor exercesse.

1.º, etc. Aos ministros d'estado *effectivos* mal lhes chega o tempo para attenderem aos negocios publicos; mas são sujeitos ao encargo da tutela os *honorarios*, sobre os quaes não pesa serviço algum n'esta qualidade.

2.º, etc. O projecto de codigo hespanhol diz em o n.º 2.º do artigo 210.º, fonte d'este artigo, o seguinte: «Os que individual ou collectivamente exercerem em qualquer dos ramos de administração publica auctoridade, que *dependa immediatamente do governo*».

A disposição do projecto de codigo hespanhol é rasoavel, porque um governador civil, por exemplo, ou um delegado do thesouro, que dependem immediatamente do governo, sujeitos á demissão ou transferencia á mercê do ministro, mal podiam ser envolvidos nos negocios de uma tutela, no risco de deixarem a cada momento a administração.

Mas não ha inconveniente algum em que os professores de instrucção secundaria ou superior, por exemplo, que são *de nomeação* do governo, mas que não *dependem immediatamente* do governo, estejam sujeitos a exercer a tutela.

O nosso codigo, traduzindo por *nomeação* do governo a *dependencia immediata* do governo, concedeu sem rasão plausivel a escusa a muitos funccionarios que, como qualquer particular, podiam exercer o encargo da tutela.

O projecto primitivo em o n.º 2.º, correspondente a este, achava-se redigido assim: «Os que individual ou collectivamente exercerem algum emprego de nomeação do governo». Aproveitou a disposição do projecto do codigo civil hespanhol, alterando-a porém no que ella tinha de melhor, e a commissão revisora deixou passar a doutrina do projecto sem correcção alguma.

O certo é que, em vista do codigo, todos os funccionarios nomeados pelo governo podem escusar-se da tutela.

3.º, etc. Os militares em serviço activo, ou sejam officiaes ou praças de pret, podem escusar-se da tutela, porque effectivamente o seu serviço mal se compadece com o desempenho das funcções de tutor.

Em direito romano a qualidade de militar era antes impedimento, do que motivo de escusa, *nec volens admittitur*. Porém o nosso codigo com rasão considerou aquella circumstancia, não como impedimento, mas como escusa.

4.º, etc. Pela mesma rasão dos seus penosos affazeres podem escusar-se os ecclesiasticos, que têem cura de almas, como são os parochos e os bispos, etc.

Não podem porém escusar-se por não terem cura de almas os conegos, beneficiados, etc.

5.º, etc. Por segunda tutela entende-se a tutela estranha áquella orphandade. O numero das tutelas não se conta pelo numero dos tutelados, mas pelo numero dos patrimonios a administrar. *Non numerus pupillorum plures tutelas facit, sed patrimoniorum separatio.* Assim, havendo diversos tutores para os diversos filhos, como na tutela testamentaria, artigo 194.º, a escusa de um póde fazer recair n'outro dos nomeados a respectiva tutela, porque ha antes a sujeição de mais de um tutelado sem differença de patrimonio ao mesmo tutor, do que nova tutela.

Esta é tambem a doutrina do codigo civil francez, artigo 435.º

É evidente que a tutela anterior, não só escusa do encargo da tutela, mas tambem de protutela. Porém não escusa do cargo de vogal do conselho de familia, porque só as circumstancias mencionadas em os n.os 7.º e 8.º é que escusam d'estes onus, artigo 233.º, apesar da inscripção do titulo.

No projecto primitivo inscrevia-se esta secção: «*Das pessoas, que podem escusar-se da tutela e protutela*», inscripção que a commissão revisora conservou nos seus tres projectos de 1863, 1864 e 1865, não inserindo na secção uma só palavra a respeito do encargo de vogal de conselho de familia.

Foi a commissão de legislação da camara dos deputados, que deu á secção a epigraphe que ella tem no codigo, para abranger a doutrina do artigo 233.º, que ella tambem introduziu de novo, porque nem vinha no projecto primitivo, nem foi acrescentada pela commissão revisora. Portanto, ainda que da epigraphe isoladamente se infira que as doutrinas da secção são todas relativas tambem ao cargo de vogal do conselho de familia, mostra-se da historia das alterações feitas na commissão de legislação da camara dos deputados, que ao cargo de vogal do conselho de familia só é applicavel o disposto no artigo 233.º

Porém se a tutela anterior escusa da tutela e da protutela, não escusa d'estes encargos a protutela anterior, e muito menos o cargo de vogal do conselho de familia. Só a tutela é que se reputa encargo sufficiente para dispensar do cargo da protutela, e para dispensar do cargo de vogal do conselho de familia nem a tutela é sufficiente.

Pelo projecto primitivo a tutela anterior só dispensava de uma segunda tutela, e não da protutela, porque sem embargo da epigraphe da secção, começava o artigo 232.º do projecto, correspondente ao artigo 227.º do codigo, pelas seguintes palavras: «*Podem escusar-se da tutela*», e não continha as palavras «*e da protutela*», que foram introduzidas pela commissão revisora logo na primeira revisão.

A curatela escusa igualmente de tutela, ou a tutela da curatela? Póde o tutor escusar-se da curadoria do ausente ou do prodigo, ou o curador do ausente e do prodigo escusar-se da tutela?

Seguimos a affirmativa pelas regras de analogia. Já n'outro logar dissemos que, no silencio do codigo, deviam applicar-se á curatela os motivos de escusa, exclusão e remoção que o codigo marca para a tutela.

6.º, etc. O projecto primitivo revisto pela commissão revisora, abraçando em toda a sua plenitude as disposições do direito romano, contava como vivos os que tivessem morrido na guerra, e os filhos d'estes que existissem; porque os mortos na guerra *vivem* eternamente para a gloria, como diz a lei romana. *Uti enim, qui pro republica cecederunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.* Porém a commissão de legislação da camara dos deputados eliminou as palavras «contando como taes os que morressem na guerra e os filhos d'estes que existirem». O projecto de codigo hespanhol escusa os que tiverem cinco filhos legitimos *debaixo do* patrio poder, no que vae de accordo com o direito francez, tomando assim por base o alliviar de um novo encargo quem já tem que cuidar de cinco filhos menores.

O nosso codigo, fallando de cinco filhos, sem distincção de maioridade ou de menoridade, parte do principio de estimular e premiar a fecundidade do matrimonio, verdadeiro indicio de conducta morigerada.

Porém no estado de civilisação, em que nos achâmos, não têem rasão de ser estas providencias, que tendem a promover e que não promovem a sociedade matrimonial. Só póde justificar-se a escusa da tutela com a existencia de cinco filhos legitimos, se estes se acham sob o patrio poder.

O privilegio é concedido só com relação aos filhos legitimos e legitimados, porque os outros são resultado de uma união extra-legal, com que os paes não devem lucrar.

Abrange porém na palavra *filhos* tanto os varões como as femeas. Não se contam para este effeito os filhos, ainda existentes no ventre da mãe, *quia de eorum commodo non agitur.*

7.º, etc. Esta escusa é concedida no interesse do velho, que n'uma idade avançada não deve ser sobrecarregado com os penosos cuidados de uma tutela, e no interesse do tutelado, cujos negocios não devem ser confiados a um homem já enfraquecido pelos annos.

Para a escusa poder ser admittida basta que os setenta annos estejam começados, ou é essencial que sejam completos?

Terá n'este caso logar a regra: «*Annus inceptus pro completo habetur?*

Não póde dizer-se plausivelmente, que o individuo tem setenta annos, se elles não estão completos, e em muitos artigos do codigo sobre outras hypotheses, como no caso do artigo 311.º, se exige a idade completa. N'esta especie a redacção do artigo leva-nos a crer que os setenta annos devem ser completos.

8.º, etc. Se não podem pessoalmente tratar dos seus negocios, muito menos poderão cuidar dos do tutelado. Esta escusa é tambem concedida, como todas as outras, principalmente no interesse do tutelado.

9.º, etc. Só a pobreza não é motivo de incapacidade, assim como a riqueza por si só não livra da nota de suspeito, porque «*non ex patrimonio, sed ex moribus suspectus aestimandus est*». Porém ainda que a tutela seja encargo pessoal e obrigatorio, obstam todas as considerações de humanidade a que alguem seja compellido a administrar fortuna alheia com prejuizo da sua subsistencia.

Alguns tambem comprehendem no numero dos motivos de escusa a ignorancia do tutor, v. g., o não saber ler, escrever e contar, exigindo a administração dos bens uma certa intelligencia e experiencia de negocios, e os primeiros conhecimentos de instrucção. Porém este facto, que póde ser sufficiente para o tutor não ser nomeado nem confirmado pelo conselho de familia, ou para ser removido, mal póde considerar-se como motivo de escusa.

Os que forem escusos da tutela e da protutela podem ser compellidos a aceita-la logoque cesse o motivo da escusa. Assim, se o ministro d'estado obtem a sua exoneração, se morre um filho a quem tinha cinco vivos, etc., o nomeado em vez d'elles póde requerer a sua substituição, artigo 230.º

O artigo 230.º refere-se unicamente aos tutores e aos protutores, porque o motivo por que são escusos os vogaes do conselho de familia nunca cessa.

O individuo que tem algum dos motivos de escusa indicados n'este artigo 227.º, isto é, que tem cura de almas ou cinco filhos legitimos vivos, ou setenta annos de idade, ou molestia chronica, etc., e os não faz valer logoque lhe é deferida a tutela, no praso marcado no artigo 229.º, já não póde escusar-se com esse fundamento, porque pelo facto da *aceitação* da tutela renunciou á escusa, que é um direito, e não uma obrigação. Podem ser removidos da tutela se não procederem bem na sua gerencia, mas não podem prevalecer-se do privilegio de escusa.

Se os vogaes do conselho de familia, que se podérem escusar nos termos dos artigos 7.º e 8.º, o não fizerem, e não estiverem em circumstancias de servir, poderão ser removidos? O codigo no artigo 235.º não abrange expressamente aquelles dois casos nos motivos de remoção, mas podem comprehender-se no n.º 3.º

Art. 228.º Os que não forem parentes do menor não podem ser constrangidos a aceitar a tutela, havendo no julgado parentes que a possam exercer.

(Vid. nota ao artigo 207.º)

Art. 229.º A escusa não será attendida, se o tutor ou o protutor não a requererem na sessão, em que forem nomeados, estando presentes a ella, e, não estando, dentro de seis dias, contados desde aquelle em que a nomeação lhes for intimada.

§ unico. Se as causas da escusa forem supervenientes, deverá esta ser requerida dentro de trinta dias, contados desde aquelle em que essas causas chegarem ao conhecimento do requerente; fóra d'esse tempo não serão attendidas.

(Vid. artigos 231.º, 1890.º e 1891.º) A escusa deve ser allegada com a maior brevidade, para que a sorte da administração do orphão não esteja em incerteza por muito tempo, e o recurso da decisão do conselho de familia, que desattende a escusa, tem apenas o effeito devolutivo, artigo 231.º, excepção á regra geral prescripta no artigo 226.º; mas excepção determinada no interesse do menor, cuja pessoa e bens não devem estar em abandono.

A escusa é presente ao conselho de familia, porque a este pertence a nomeação.

Das escusas porém dos vogaes do conselho de familia conhece o juiz, ao qual incumbe fazer a nomeação, reforma judicial, artigo 304.º, e da decisão d'elle cabe aggravo de petição ou de instrumento, segundo competir nos termos da lei de 11 de julho de 1849.

A respeito dos recursos das decisões sobre escusas allegadas pelos vogaes do conselho de familia continua a reger o direito anterior, visto não lhes ser applicavel a disposição do artigo 231.º

Por isso os vogaes do conselho de familia, desde que allegam em tempo a sua escusa, ficam dispensados de servir até á decisão final do allegado.

A escusa superveniente do testamenteiro é da competencia do juiz, artigo 1891.º Antes de aceitar tambem póde escusar-se o testamenteiro, artigos 1899.º e 1890.º, mas desde que aceitou já não póde demittir-se sem motivo justificado, artigo 1891.º, pela regra: «*Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, nisi justa causa interposita*».

A exoneração ha de ser decretada pelo juizo, sendo previamente ouvidos todos os interessados no cumprimento das disposições testamentarias.

A aceitação presume-se, não apresentando o nomeado a sua escusa dentro de tres dias depois que teve conhecimento do testamento, em seguida á abertura da herança. Se o testamento for publico, e elle souber desde logo da sua nomeação, não ha de requerer a escusa em vida do testador, porque o encargo fica ainda dependente das eventualidades da sobrevivencia do testamenteiro e da não revogação do testamento.

A declaração da escusa deve ser feita perante a auctoridade, a quem competir o registo do testamento, artigo 1890.º, que é o administrador do concelho onde tiver logar o fallecimento do testador, segundo se deprehende do artigo 1933.º, e não do concelho onde estava o testamento.

Art. 230.º Os que forem escusos da tutela ou da protutela podem ser compellidos a aceita-la, cessando o motivo da escusa.

(Vid. nota ao artigo 227.º)

Art. 231.º Se o conselho de familia desattender a escusa do tutor ou do protutor em exercicio, e estes recorrerem da decisão, serão obrigados a continuar a exercer os seus cargos, emquanto o recurso não for resolvido. Se assim o não fizerem, o conselho de familia nomeará quem o substitua, ficando o revel responsavel pela gerencia do substituto, se não obtiver provimento.

(Vid. nota ao artigo 229.º)

Art. 232.º O tutor testamentario, que se escusa da tutela, ou é removido por sua má gerencia, perde o direito ao que lhe foi deixado no testamento, se outra cousa não for determinada pelo testador.

(Vid. artigos 1780.º, 1889.º, 1903.º § 3.º e 1909.º). Não seria justo que o tutor testamentario se locupletasse com as vantagens, que o testador lhe houvesse legado, recusando os onus, como o da tutela, salvo se foi claramente relevado da pena pelo testador ou doador; e o que recusa a tutela testamentaria perde o direito ao que lhe foi deixado, tanto *em testamento*, como em acto *inter vivos*, porisque por qualquer dos modos se póde fazer a nomeação do tutor, e contempla-lo com alguma liberalidade, artigo 193.º O mesmo succede ao testamenteiro artigo 1780.º

O tutor perde pois o direito ao que lhe foi deixado, escusando-se da tutela. O tutor testamentario antes de aceitar a tutela póde escusar-se sem motivo algum; depois da aceitação só póde escusar-se por algum dos motivos indicados no artigo 227.º, comtantoque não existisse ao tempo da nomeação, que a esse renunciou elle pelo facto da aceitação, mas que fosse superveniente.

Porém em todo o caso, logoque se escusa, ou a escusa se funde ou não em causa legitima, ou essa causa exista ao tempo da nomeação, ou seja superveniente, perde o direito ao legado, ou o tenha já recebido ou não, porque o codigo não distingue.

O tutor perde pois o direito a qualquer liberalidade do testador e do doador, escusando-se, ou a escusa tenha logar antes ou depois da aceitação, com ou sem causa legitima. A este respeito dizia o projecto primitivo no artigo 201.º, que precedia o correspondente ao artigo 198.º do codigo: «O tutor testamentario, que recusar a tutela, ainda mesmo com legitima causa de escusa que tivesse ao tempo da nomeação, perderá o direito ao legado que lhe fosse deixado no mesmo testamento».

No artigo 238.º, correspondente ao artigo 232.º do codigo, dizia assim: «O tutor testamentario, que recusar a tutela sem legitima causa superveniente, ou que for removido por sua má gerencia, perderá o direito ao que lhe for deixado pelo nomeante em seu testamento».

A commissão revisora, eliminando o artigo 201.º, conservou tal qual o artigo 238.º no artigo 233.º do projecto de 1865, correspondente ao artigo 232.º do codigo.

Pela doutrina do projecto primitivo pois bem podia escusar-se impunemente o tutor por causa legitima superveniente, mas não por causa legitima que tivesse ao tempo da nomeação, e igual doutrina adoptou a commissão revisora, comquanto eliminasse o artigo 201.º, visto ter conservado com a mesma redacção o artigo 238.º Porém a commissão de legislação da camara dos deputados fez n'este ponto duas alterações importantes.

Em primeiro logar privou do que lhe fosse deixado em testamento o tutor que se escusasse da tutela, ou allegasse causa legitima ou não legitima, ou esta existisse ao tempo da nomeação, ou fosse superveniente.

O que falta voluntariamente á confiança do testador não merece a liberalidade que elle lhe fez, provavelmente em attenção ao encargo com que o gravou e honrou.

Em segundo logar determinou a commissão de legislação da camara dos deputados que o tutor ficasse relevado da responsabilidade, em que incorresse por ter pedido a escusa ou por ser removido em consequencia de má gerencia, se o testador assim o ordenasse.

Repete o codigo a doutrina do artigo 232.º no artigo 1780.º, applicando-a ali tambem ao testamenteiro. O encargo de testamenteiro não é obrigatorio, como não o é o encargo do tutor testamentario. Póde escusar-se tambem, mas ou a escusa seja com causa legitima ou não, ou essa causa existisse ao tempo da nomeação, ou fosse superveniente, perde o testamenteiro, escusando-a, o legado que lhe tiver sido deixado, artigo 1889.º

A commissão de legislação da camara dos deputados, assim como inseriu no artigo 232.º as palavras «*se outra cousa não for determinada pelo testador*», devia ter acrescentado o mesmo no artigo 1889.º, porque as disposições são identicas.

No entretanto deve julgar-se applicavel por analogia ao testamenteiro o que o final do artigo 232.º dispõe com relação ao tutor testamentario.

O testamenteiro tambem perde o direito á retribuição, se não cumpre o seu encargo, podendo, dentro do praso assignado, e é além d'isso removido, passando a execução do testamento áquelles a quem pertenceria, se não houvesse testamenteiro, § 3.º do artigo 1903.º

O tutor testamentario e o testamenteiro, sendo removidos, só perdem pelo facto da remoção o que lhes tiver sido deixado, se esta for decretada com fundamento no artigo 235.º n.º 3.º do codigo, como expressamente determina o artigo 1780.º

A má gerencia, por exemplo, com relação ao processo do inventario, nos termos do artigo 235.º n.º 2.º, comquanto dê logar á remoção, não justifica a perda do beneficio deixado em testamento.

O projecto primitivo no artigo 1910.º, correspondente ao artigo 1780.º, não continha as palavras finaes «pelos motivos especificados no n.º 3.º do artigo 235.º», que foram introduzidas pela commissão revisora logo na primeira revisão, e que determinaram taxativamente o caso em que a remoção da tutela ou da testamentaria implica a perda do beneficio deixado no testamento.

Assim como o tutor, alem da remoção, e da privação de qualquer legado, se a remoção teve por fundamento o disposto em o n.º 3.º do artigo 235.º, é responsavel por perdas e damnos, no caso de dolo ou má fé, artigo 1909.º, igualmente o é o tutor e qualquer outro administrador de bens alheios.

E se o tutor se impossibilita absolutamente, e com esse fundamento pede a sua escusa? É singular que o codigo não mencione a absoluta impossibilidade, nem como motivo de exclusão, artigo 234.º, nem como motivo de remoção, artigo 235.º, e só como motivo de escusa, artigo 227.º Mas como a natureza póde mais que as leis, os tribunaes de certo não confiarão a tutela, ou removerão da tutela quem estiver impossibilitado de exercer estas funcções, e não allegar a impossibilidade, como motivo de escusa.

O tutor testamentario tambem, se allegar qualquer motivo de escusa, ainda que seja a impossibilidade de servir, perde o beneficio que lhe concedeu o tutor ou doador. Ha de deixar-se remover por este motivo, sem o allegar, para não incorrer na pena do artigo.

Art. 233.º Ás escusas dos vogaes do conselho de familia são applicaveis as disposições dos n.os 7.º e 8.º do artigo 227.º, e as dos artigos 228.º, 229.º e seu §.

(Vid. nota ao artigo 227.º)

SECÇÃO X

DAS PESSOAS QUE NÃO PODEM SER TUTORES, PROTUTORES, NEM VOGAES DO CONSELHO DE FAMILIA

Art. 234.º Não podem ser tutores, protutores, nem vogaes do conselho de familia:

1.º Os interdictos;

2.º Os menores não emancipados;

3.º As mulheres, excepto as ascendentes do menor;

4.º Os devedores de somma consideravel ao menor;

5.º Os que tiverem demanda com o menor, ou se a tiverem seus paes, filhos ou mulheres, por objecto importante; e

os que forem conhecidos, como inimigos do menor ou dos paes d'elle;

6.º As pessoas de mau procedimento, e que não tiverem modo de vida conhecido;

7.º Os que tiverem sido removidos de outra tutela, por falta de cumprimento das suas obrigações;

8.º Os juizes singulares, e o curador dos orphãos nos julgados do domicilio do menor, ou em que seus bens estiverem.

O artigo trata das causas que *impedem* o individuo de ser tutor, ainda que elle o queira ser, e que, sendo supervenientes, o podem remover da tutela, artigo 235.º n.º 4.º

Nem póde ser nomeado tutor pelo conselho de familia quem estiver n'alguma das hypotheses mencionadas n'este artigo, nem póde ser entregue a tutela a quem for chamado pelo pae ou mãe do menor, ou pela lei se estiver em iguaes circumstancias.

1.º e 2.º, etc. Pela rasão de que quem não póde administrar-se a si não póde ser administrador dos outros.

3.º, etc. O codigo na palavra *ascendentes* não se refere á mãe, que não póde ser tutora, porque gosa do patrio poder, salvo com relação ao filho não perfilhado, ou ao perfilhado judicialmente. Nos *ascendentes* não se comprehendem os *affins*, porque, nos termos dos artigos 200.º e 207.º, á tutela e ao conselho de familia são chamados pela lei só os *parentes*. O projecto do codigo civil hespanhol no artigo 202.º, fonte do artigo 234.º do nosso codigo, chama á tutela as ascendentes que forem *viuvas*.

A tutela considera-se um encargo mais proprio de homens do que de mulheres pela natureza das funcções que encerra, e por isso só por excepção é confiada ás mulheres que são ascendentes do menor.

Alem d'esta excepção outra se acha reconhecida no artigo 284.º, que comette a tutela do exposto ou abandonado, até á idade de sete annos, á pessoa que se encarregar da sua creação, sem distincção de homem ou de mulher; sendo certo que em regra só se incumbem mulheres d'esta creação a troco de subsidio que recebem. Vid. tambem a nota ao artigo 200.º

4.º, etc. O apreciar se a divida é ou não *consideravel* fica ao prudente arbitrio do conselho de familia ou do juiz, segundo se trata de tutor e protutor, ou de vogal do conselho de familia; e para avaliar a *consideração* da divida deve attender-se mais ao patrimonio do menor do que ao do tutor, porque se attende principalmente ao mal que póde advir ao tutelado, e não ao bem ou mal do tutor.

Tambem não deve ter-se em conta só o patrimonio do menor, mas outras circumstancias, mesmo relativas ás pessoas. Assim, se o tutor é testamentario, é mister ser mais latitudinario em respeito á vontade do pae, que, nomeando-o tutor, apesar de saber da divida ao menor, lhe deu uma prova de confiança tanto mais valiosa.

Os devedores de somma consideravel ao menor devem ser excluidos da tutela, porque em collisão dos seus interesses com os do tutelado é natural que prefiram os seus sacrificando os d'estes.

5.º, etc. É preciso que a demanda esteja pendente ao tempo do deferimento da tutela, porque se se mover depois, tem então logar a remoção, nos termos do n.º 4.º do artigo 235.º; e, se o pleito não for sobre objecto importante, representará o protutor os interesses do menor,

artigo 258.º n.º 1.º N'uma demanda de grande importancia, que com o tutelado tivesse o tutor, não podia este continuar á frente da administração do menor, aproveitando-se do conhecimento dos titulos da sua casa, e dos negocios da sua administração para lhe fazer guerra na demanda, em vez de promover os seus interesses.

As palavras *por objecto importante*, apesar da ambiguidade da redacção, referem-se tanto á demanda do tutelado com o tutor, como á demanda do tutelado com os paes, filhos ou mulher do tutor.

É o individuo excluido da tutela ainda que a demanda do menor seja com a mulher do pae ou do filho do tutor.

Não é pois indispensavel para a exclusão n'este caso que a demanda do menor seja com a propria mulher do tutor. É o que se infere da redacção do artigo, sem embargo da redacção do n.º 2.º do artigo 2495.º, onde o codigo, querendo referir-se não só ao consorte do interessado, mas ao consorte do seu descendente, ascendente ou irmão, faz a referencia muito expressamente.

A demanda do menor com outros ascendentes ou descendentes do tutor, alem dos paes ou dos filhos, ou das mulheres d'estes, não é motivo de exclusão, aliás servir-se-ia o codigo n'este logar das expressões *ascendentes* e *descendentes*, como no referido artigo 2495.º n.º 2.º, artigos 218.º e 1481.º § unico.

São igualmente excluidos os que forem *conhecidos* como inimigos do menor, pela certeza da *má vontade*, resultante da inimisade. Fica ao prudente arbitrio do conselho ou do juiz, segundo o caso é de tutela e protutela, ou de vogal do conselho de familia, o apreciar se o objecto da demanda é *importante*, bem como o facto da inimisade conhecida.

São excluidos tambem os individuos de *mau procedimento*, quer nos seus negocios, quer nos seus costumes. O tutor não tem só que administrar os bens do menor, mas tambem que dar-lhe bons exemplos e bons conselhos.

6.º, etc. Os que se acham nas circumstancias prescriptas n'este numero não podem cuidar convenientemente da educação e patrimonio do orphão: *maxime debetur puero reverentia.*

A redacção d'este numero dá logar a julgar-se que a exclusão não póde verificar-se, sem se reunirem cumulativamente as duas circumstancias n'elle determinadas, o mau procedimento e a falta de modo de vida conhecido, quando a existencia de qualquer d'elles justifica a exclusão. Melhor fôra ter traduzido litteralmente para aqui a sua fonte, o n.º 6.º do artigo 202.º do projecto do codigo civil hespanhol, que diz assim: « *Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida*».

A falta de modo de vida *conhecido* induz presumpção de mau comportamento.

O mau procedimento e a notoriedade da inimisade não carecem de ser verificados por sentença. Ha de avaliar estas circumstancias o conselho de familia, ou o juiz sem fórma de processo.

Se é verdadeira a regra *quilibet praesumitur justus, donec probetur contrarium*, não é menos verdadeira a inversa, de que quem foi julgado mau, por tal deve reputar-se até prova em contrario.

As experiencias da rehabilitação não devem fazer-se a custa do menor.

7.º, etc. Basta ter sido removido do cargo de tutor ou protutor para ser excluido do cargo de vogal do conselho de familia e vice-versa, porque as exclusões marcadas no artigo referem-se a todos estes cargos de tutela, e com inteira reciprocidade.

8.º, etc. Todos os empregados de nomeação do governo podem *escusar-se* da tutela, artigo 227.º n.º 2.º, mas os juizes singulares e o curador dos orphãos são *excluidos*. O curador dos orphãos é excluido, porque já faz parte da tutela n'esta qualidade, artigos 187.º, 220.º e seguintes; e no mesmo caso está o juiz que tem que presidir ao conselho de familia, artigo 216.º, e de intervir em todos os negocios do inventario.

Este motivo differe dos anteriores em que se não funda, nem na falta de capacidade, nem na presumpção de má vontade contra o menor, mas na *incompatibilidade* de funcções.

Se assim não fôra viriam a ser juizes e partes em todos os negocios do menor, ou teriam este e a parte sua adversaria de litigar perante um juiz substituto, com o prejuizo que todos reconhecem. Apenas em Lisboa e Porto é que não se daria sempre esta incompatibilidade de funcções.

O inconveniente que se dá na tutela do juiz singular, cessa nos tribunaes collectivos. Se o tutor é um juiz da relação ou do supremo tribunal de justiça, póde não lhe caber na distribuição o feito relativo ao menor; e, se lhe couber, passa a outro juiz igualmente effectivo, na mesma posição e com a mesma responsabilidade.

O codigo na generalidade das palavras *juizes singulares* comprehende com pouca rasão os juizes eleitos e de paz, que não têem incompatibilidade para este encargo, porque não exercem attribuições algumas orphanologicas; e este ultimo nem as tem contenciosas, mas unicamente de conciliação.

Os delegados do procurador regio em Lisboa e Porto, onde não exercem as funcções de curador dos orphãos, podem ser tutores, protutores e vogaes de conselho de familia.

As seis primeiras causas de exclusão marcadas n'este artigo são tambem motivo para a substituição dos membros do conselho de familia, organisado para as causas de separação, artigo 1206.º § 3.º, com a unica differença de não deverem ser applicadas sem requerimento das partes, como se infere do citado § 3.º

No entretanto as exclusões por incapacidade absoluta, como as duas primeiras, deve o juiz applica-las independentemente de reclamação das partes e até contra o accordo d'estas.

Apesar do silencio do codigo é tambem causa de exclusão de tutor, protutor e vogal do conselho de familia, a perda ou suspensão do exercicio dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, vistos os artigos 57.º e 58.º do codigo penal.

Nos termos d'estes artigos são excluidos dos encargos a que se refere o artigo 234.º do codigo civil os condemnados a qualquer das penas maiores, ou sejam perpetuas ou temporarias, e os condemnados ás penas correccionaes de prisão ou degredo, durante o cumprimento da pena.

SECÇÃO XI

DOS QUE PODEM SER REMOVIDOS DA TUTELA

Art. 235.º Podem ser removidos da tutela:

1.º O tutor testamentario ou legitimo, que começar a exercer o seu cargo antes da convocação do conselho de familia, e da nomeação do protutor;

2.º Os que não requererem nem promoverem o inventario nos termos da lei;

3.º Os que procederem mal na sua gerencia, tanto em relação ás pessoas, como em relação aos bens dos tutelados;

4.º Aquelles a quem sobrevier algum dos motivos de exclusão indicados na secção precedente.

Comquanto a letra do artigo pareça referir-se só aos tutores, abrange tambem os protutores e os vogaes do conselho de familia na parte em que as causas de remoção lhes são applicaveis.

Na secção immediata já o codigo falla expressamente da remoção do protutor, e se o removido da tutela ou protutela não póde ser vogal do conselho de familia, artigo 242.º, claro está que as causas que determinam a remoção de tutor e protutor determinam tambem a de vogal do conselho de familia.

A redacção generica do n.º 4.º do artigo 235.º confirma esta opinião, e a boa rasão indica que a causa que póde obstar á posse ou exercicio de quaesquer funcções administrativas, deve igualmente obstar á continuação n'ellas.

O artigo não *ordena*, e apenas *auctorisa* a remoção dos tutores que se acham comprehendidos nas suas disposições. *Podem ser removidos*, diz o codigo.

A rasão é porque n'alguns casos, mencionados n'este artigo, póde não haver conveniencia ou necessidade da remoção.

O primeiro acto do conselho de familia é nomear os tutores dativos e o protutor, e confirmar os tutores legitimos. O tutor testamentario ou legitimo que se ingere na administração sem estar convocado o conselho de familia para confirmar o tutor, nos casos em que esta confirmação tem logar, e nomear o protutor, assim como induz suspeita de querer tomar conta da administração com tanta brevidade para poder defraudar os interesses do menor, emquanto não tinha quem o vigiasse ou fiscalisasse, tambem podia encarregar-se da administração com o intuito de valer aos interesses do pupillo, porque negocios urgentes de administração o podiam aconselhar a entrar logo na gerencia sem esperar pela convocação do conselho de familia, e nomeação do protutor.

A omissão em requerer ou promover o inventario nos termos da lei, artigo 243.º n.º 4.º, assim como póde significar uma negligencia culposa e fatal aos interesses do menor, tambem póde provir de descuido reprehensivel sim, mas que não mereça um castigo tão grave, como a remoção da tutela, remoção que n'alguns casos póde parecer um beneficio.

Nos dois ultimos casos do artigo não devia ser facultativa a remoção, mas obrigatoria. Os que procedem mal na gerencia ou quanto ás pessoas, maltratando-as e desprezando a sua educação, ou quanto aos bens, descurando a administração e compromettendo os interesses do menor, devem ser removidos.

Aquelles, a quem sobrevem motivo que, existindo ao tempo da nomeação os impedia de *entrar* na tutela, deve impedi-los de *continuar* n'ella.

Convem notar que os removidos pelo motivo indicado em o n.º 3.º do artigo, alem da pena da remoção, ficam privados, assim como os testamenteiros, de qualquer beneficio deixado pelo testador, artigos 232.º e 1780.º, alem de ficarem sujeitos a perdas e damnos, artigo 1909.º, no caso de dolo ou má fé.

O mau procedimento na gerencia da tutela, ainda que não provenha de dolo, e simplesmente de ignorancia ou negligencia, justifica a

remoção, segundo se mostra da letra do artigo, e mais claramente se encontra em a nota de Goyena ao n.º 3.º do artigo 203.º do projecto do codigo civil hespanhol, d'onde foi litteralmente traduzido o n.º 3.º do artigo 235.º do nosso codigo.

Ora como a remoção pelo motivo prescripto n'este numero importa sempre a perda do beneficio deixado no testamento, pena que seria repugnante impor-se a quem não procede mal por dolo, mas simplesmente por ignorancia ou negligencia, entendemos que o conselho de familia, ou quem suas vezes fizer na execução do prescripto no referido n.º 3.º, deverão ter o maior cuidado na remoção do tutor por este motivo.

SECÇÃO XII

DA EXCLUSÃO OU REMOÇÃO DOS TUTORES E DOS PROTUTORES

Art. 236.º Ao conselho de familia pertence resolver a exclusão ou a remoção do tutor e do protutor, verificando as causas ou os impedimentos legaes com audiencia do interessado, sempre que esta se possa dar sem grave inconveniente.

Art. 237.º A resolução do conselho de familia será sempre fundamentada.

Prescrevem-se n'esta secção regras geraes sobre as exclusões e remoções, que melhor cabimento teriam no codigo do processo. Sendo o conselho de familia quem nomeia os tutores dativos, e confirma os legitimos, bem como os testamentarios nos casos em que estes carecem de confirmação, é a entidade mais competente para os excluir e remover, e por identidade de rasão para excluir e remover tambem os testamentarios que não carecem de confirmação.

No silencio do codigo parece que a convocação do conselho de familia para este fim póde ser feita ou officiosamente pelo juiz, ou a requerimento de qualquer dos individuos, que, nos termos do artigo 187.º, fazem parte da tutela, porque todos elles são encarregados de velar pelos interesses do menor, ou a requerimento de qualquer parente d'este, argumento do artigo 226.º: e o codigo civil francez permitte aos parentes o requererem para este fim a convocação do conselho de familia.

É necessaria a audiencia do interessado, porque a decisão que o exclue ou remove da tutela, alem de em certos casos lhe pôr uma nota infamante, priva-o sempre de um direito que póde ser para elle importante.

Não sabemos o motivo da restricção, *sempre que esta se possa dar sem grave inconveniente*, salvo se é dictada pela necessidade de evitar a demora resultante da audiencia do interessado, n'alguns casos excepcionaes, porque em regra póde ser ouvido em curtissimo praso.

Não tenderá de certo a evitar o inconveniente da publicação das rasões da exclusão ou remoção, vistoque a resolução do conselho ha de ser fundada n'essas rasões, nem a evitar algum escandalo na resposta do interessado, que elle póde desenvolver como entender na petição de recurso ao conselho de tutela se não acquiescer á resolução do conselho de familia.

Esta restricção acha-se estabelecida no artigo 206.º do projecto do codigo hespanhol, contra o disposto na legislação franceza, artigo 447.º do codigo civil francez; e o proprio Goyena declara em a nota, que

raro será o caso de ser indispensavel prescindir da audiencia do excluido ou removido.

É escusado acrescentar que a resolução do conselho deve ser *escripta*, porque das reuniões do conselho de familia lavra-se sempre o competente auto.

Nem podia deixar de o ser nos termos da nossa lei de processo, vistoque as decisões do conselho de familia constituem sentença, de que ha recurso para o conselho de tutela, e que póde chegar até á relação do districto, artigo 226.º

Julgâmos inutil e até perigosa pelos argumentos *a contrario sensu*, a que póde dar logar, a disposição do artigo 237.º, porque a resolução do conselho de familia, como verdadeira sentença, deve ser sempre fundamentada, tanto na hypothese do artigo 236.º, como em qualquer outra, salvos os casos em que d'ella não ha recurso, que são unicamente os de concessão ou denegação de licença para casar, artigo 1061.º

Quem conhece das escusas, exclusões e impedimentos dos vogaes do conselho de familia?

Como o codigo não fixa a competencia do proprio conselho para o fim de conhecer dos impedimentos, escusa e exclusões dos seus membros, seguem-se as regras de jurisdicção ordinaria, que submettem ao juiz os actos de julgamento. Esta mesma doutrina se infere do artigo 214.º do codigo, que commette ao juiz a condemnação em multa dos vogaes do conselho de familia, que não allegam legitima causa de escusa ou impedimento. Se são os juizes que condemnam, são elles que apreciam e julgam a *legitimidade* da escusa ou impedimento, e, por identidade de rasão, o motivo da exclusão tambem.

O mesmo se infere do disposto no artigo 394.º e § unico da reforma.

Se o conselho de familia for convocado para o effeito da remoção do tutor, a requerimento de algum vogal do conselho de familia, não fica este por isso inhibido de votar, porque elle não requereu *como parte*, mas em virtude da obrigação que lhe impõem as funcções da tutela.

A remoção do testamenteiro é tambem ordenada pelo respectivo juiz do inventario, quando tenha logar nos termos do artigo 1909.º, e não pelo conselho de familia, que nenhuma jurisdicção exerce sobre elle; porém a declaração da escusa deve ser feita perante o administrador do concelho, a quem pertencer o registo do testamento, artigo 1890.º

Se o tutor ou protutor excluido ou removido recorre da deliberação do conselho de familia, não póde ser substituido sem a decisão do recurso que tem effeito suspensivo, artigo 226.º § 1.º, comquanto se possa e deva prover provisoriamente durante a pendencia do recurso, tanto no caso de exclusão como no de remoção, artigos 240.º e 241.º

Art. 238.º Se o interessado acquiescer á resolução do conselho de familia, proceder-se-ha immediatamente á sua substituição.

Se o tutor excluido ou removido for testamentario, ha quem diga, que o conselho de familia não deve chamar o legitimo em substituição, porque o testador ou doador pelo facto de nomear tutor a seus filhos, mostrou que nenhuma confiança lhe mereciam os parentes.

Porém esta rasão não é inteiramente verdadeira. A nomeação do tutor testamentario, como já dissemos, não significa necessariamente que os tutores legitimos não merecem confiança ao nomeante, mas sim e unicamente que lhe merecem *menos* que o testamentario.

Demais se o nomeante não tivesse confiança alguma nos parentes, tinha o direito de substituir, pelo numero que quizesse, o tutor que nomeava, para o caso de elle não querer ou não poder aceitar. Se renunciou ao direito de substituição, que a lei lhe confere, artigo 196.º, é porque se não importava com que a tutela viesse a recair nos seus parentes.

Finalmente, a lei chama o tutor legitimo na falta de tutor testamentario, sem distincção alguma, artigo 199.º n.º 2.º

Art. 239.º Se o interessado recorrer da resolução do conselho, será esta sustentada á custa do menor. O conselho só poderá ser condemnado nas custas no caso de calumnia manifesta.

Se o excluido ou removido recorrer da deliberação do conselho de familia, será esta sustentada á custa do menor, porque no interesse d'este é que se decretou a exclusão ou remoção. Porém se o conselho de tutela conhecer pelos proprios autos que da parte do conselho de familia houve calumnia manifesta, deve condemnar nas custas os respectivos vogaes.

As palavras «*calumnia manifesta*» foram tiradas do artigo 207.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este, e envolvem a idéa de fraude e de má fé. Salvo o caso de dolo, não póde recair a condemnação em custas sobre quem procede por dever do seu officio.

Art. 240.º No caso de exclusão, proverá o conselho provisoriamente, como convier, ácerca da pessoa e dos bens do menor, emquanto se não resolver definitivamente o recurso.

Art. 241.º No caso de remoção, se o removido estiver no exercicio de suas funcções, e houver grave inconveniente em que continue na gerencia, emquanto se não resolver o recurso, poderá o curador requerer ao juiz a providencia provisoria, que parecer indispensavel.

Decretada a exclusão, o excluido não entra na administração da tutela durante o recurso, e o conselho provê no entretanto á administração da pessoa e bens do menor.

O menor não póde ficar abandonado um só momento, e o cuidado de prover provisoriamente á sua pessoa e bens não póde incumbir ao juiz, como na especie do artigo 190.º, porque o menor está já sob a salvaguarda do conselho de familia.

Decretada a remoção pelo conselho de familia, se o removido estiver no exercicio das suas funcções e houver inconveniente em que elle continue, não é o conselho de familia quem provê, mas o juiz.

Como o recurso tem effeito suspensivo, não póde proceder-se á substituição antes da decisão final; mas, como a continuação do removido no exercicio das suas funcções podia ser de grave prejuizo para o menor, póde o juiz ordenar a sua substituição provisoria, mesmo *ex officio*, independentemente de requerimento do ministerio publico.

Se o removido não estiver no exercicio das suas funcções, quem provê? O codigo nada providenceia a este respeito. Porém se a remoção se verificou não estando o removido no exercicio das suas func-

É *absolutamente* defezo ao tutor, diz o artigo, o que em certos casos póde importar até prejuizo para o menor. O tutor é inhibido de *arrematar* os bens do menor, quando muitas vezes seria elle quem melhor preço podesse offerecer, ou por ter propriedades contiguas ás do menor que iam vender-se, ou por qualquer outra circumstancia. No entretanto o legislador preferiu estabelecer uma regra absoluta, e um preceito rigoroso a deixar a porta aberta ao conluio e á fraude.

1.º, etc. Só o dono póde dar o que é seu, e o tutor não é proprietario, mas simples administrador dos bens do menor. A doação excede as faculdades da simples administração. A ninguem se entrega a administração *ut perdat*.

2.º, etc. (Vid. artigos 1562.º, 1669.º n.º 2.º e 1599.º) Nem por si nem por interposta pessoa o tutor ou protutor podem arrendar, emprazar ou comprar, nem mesmo em praça, os bens do menor, para evitar que o seu interesse pessoal os desvie do cumprimento dos seus deveres. Demais o tutor é o verdadeiro representante do pupillo em todos estes actos, e por isso entra a regra: *Tutor non potest esse auctor in rem suam;* e o protutor é o encarregado de vigiar a administração do tutor, artigo 258.º n.º 2.º

Igual disposição é applicavel aos *mandatarios* ou *procuradores* encarregados de vender bens, que todos podem comprar menos elles, aos *testamenteiros*, que não podem comprar bens da herança emquanto durar a testamentaria, e aos *funccionarios publicos* quanto ás vendas, emprazamentos ou locações em que intervêem como taes, artigos 1562.º, 1599.º e 1669.º n.º 2.º

A rasão é porque, sendo estas entidades obrigadas pela natureza de suas funcções a empregar os meios legitimos para elevar ao mais alto preço os bens de cuja alienação ou locação estão encarregados, permittindo-se-lhes a compra d'esses bens, collocavam-se os seus interesses em opposição com o seu dever, e haveria motivo para temer que elles se prevalecessem da sua posição para afastar concorrentes da praça.

A generalidade e vago da phrase «*funccionarios publicos*», empregada em o n.º 4.º do artigo 1562.º, póde dar logar a duvidas.

Nas expressões «*funccionarios publicos*» comprehendem-se não só os nomeados pelo poder executivo ou por qualquer auctoridade competente, senão tambem os filhos da eleição popular, e todos os que exercem ou participam no exercicio de funcções publicas civis de qualquer natureza, como para certos effeitos os define o artigo 327.º do codigo penal, que podemos invocar como caso analogo, visto o artigo 16.º do codigo civil.

Portanto nos bens arrematados perante o thesouro publico ficam prohibidos de lançar o chefe do thesouro e todos os empregados que intervêem na venda, inclusivamente o pregoeiro.

Na venda dos bens perante o districto não póde lançar o presidente da praça nem empregado algum dos que intervem ou prestam qualquer serviço na venda, como funccionarios publicos. Mas não ficam de certo excluidos de arrematar os empregados encarregados da formação dos inventarios e da avaliação dos bens de estabelecimentos publicos, vendidos por intermedio do governo, porque não intervêem na *venda* como funccionarios publicos.

Na venda ou emprazamento de bens municipaes que são feitos perante a municipalidade ficam excluidos da praça todos os membros da vereação, o administrador do concelho, o secretario da camara, o pregoeiro, e até os officiaes de diligencias que na venda intervierem, bem como o governador civil e mais membros do conselho de districto que auctorisarem a venda.

Na venda ou emprazamento de bens perante a parochia ficam inhibidos de comprar todos os membros da junta de parochia, o regedor e as auctoridades superiores que auctorisarem a alienação.

Na venda de bens de menores, interdictos ou ausentes ficam excluidos da praça o juiz, o curador, o escrivão e o official de diligencias do processo, bem como o pregoeiro.

Os membros do conselho de familia tambem ficam inhibidos de comprar? De certo, porque *intervêem na venda* auctorisando-a, nos termos do artigo 224.º n.ºs 13.º e 16.º, e exercem n'esta parte funcções publicas, havendo até recurso de suas decisões, que póde chegar á relação do districto, artigo 226.º

Os membros de estabelecimentos publicos, como de municipalidades, parochias, misericordias, etc., não podem tomar de arrendamento os bens d'estes estabelecimentos, que administram, nem de emprazamento os podem tomar, nos casos em que ainda hoje é permittido aos municipios e parochias o aforar seus bens. Podem porém compra-los no caso de venda, em virtude das leis de desamortisação, porque, comquanto nos actos preparatorios e mesmo na venda tenham alguma intervenção, como ella é feita pelo governo, não intervêem ahi os administradores d'esses estabelecimentos como funccionarios publicos, caso unico em que são excluidos de comprar, segundo os precisos termos do artigo 1562.º n.º 4.º

Poderão os administradores d'estes estabelecimentos comprar os bens que são vendidos, não em virtude das leis da desamortisação, mas em virtude de execução judicial?

O codigo, que prohibe expressamente aos tutores e protutores o *comprar* e *arrematar*, só prohibe expressamente aos mandatarios e administradores o *comprar* os bens de cuja venda e administração se acham encarregados. No entretanto, desde que se prohibe aos empregados publicos, que *intervêem* na venda, o arrematar, por maioria de rasão deve ser prohibido aos procuradores e administradores do executado, que são os seus verdadeiros representantes, comprar os bens que vão á praça. Não poucas vezes se levanta luta entre os interesses do arrematante e do executado, e o procurador d'este não poderia zelar os interesses do seu constituinte em contraposição aos seus proprios.

Qual será a significação precisa da palavra «*estabelecimentos*» empregada em o n.º 1.º do artigo 1562.º? Referir-se-ha aos estabelecimentos publicos denominados pessoas moraes, de que se trata no titulo VI d'este livro?

De certo não. Não só tem difficil explicação a hypothese de esses estabelecimentos se apresentarem a comprar bens, que elles mesmos pozeram em venda, mas alem d'isso essas corporações, quando perpetuas, só poderiam comprar bens moveis, da acquisição de bens por estas corporações trata-se no referido titulo VI, e finalmente porque, reflectindo-se na redacção dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1699.º, parece que o artigo 1562.º se não refere ás pessoas moraes.

Acresce ainda que no projecto primitivo se não fallava de *estabelecimentos*, mas de *administradores*.

O artigo 1626.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1562.º do codigo, achava-se redigido nos seguintes termos: «Não podem comprar os bens, de cuja venda ou administração se acham encarregados: 1.º, os mandatarios ou procuradores; 2.º, os testamenteiros e *administradores*; 3.º, os empregados publicos». Logo na primeira revisão foi approvada a doutrina do artigo, ficando porém dependente de nova redacção, como se declara em a nota ao artigo correspondente (1591.º) da edição de 1863.

Na edição de 1864 appareceu o artigo com a redacção que hoje tem no codigo, salva a differença de em o n.º 1.º, em vez da palavra «*estabelecimentos*», estar a palavra «*administradores*». Na ultima redacção porém substituiu-se a palavra «*administradores*» pela palavra «*estabelecimentos*»; mas cremos que o pensamento não soffreu. A palavra «*estabelecimentos*» pois não significa o mesmo que pessoas moraes; pelo contrario, refere-se a pessoas particulares, como a estabelecimentos commerciaes, etc., que se acham encarregados da venda de bens alheios.

Em nosso entender a significação da palavra estabelecimentos já se achava virtualmente comprehendida nas palavras «*mandatarios ou procuradores*».

3.º, etc. Pela mesma rasão nem o tutor nem o protutor podem adquirir por cessão direitos ou acções que um terceiro tivesse contra o menor, porque o direito ou acção poderia ser mal fundado, e elles, tornando-se cessionarios, fariam desapparecer facilmente as provas de defezado menor; e creavam em todo o caso interesses oppostos aos d'este.

O codigo exceptua apenas o caso de subrogação legal.

4.º, etc. (Vid. artigos 1480.º e 1767.º) A prohibição imposta no numero 4.º ao tutor e protutor tem por fim evitar que estes, por meio da sua influencia sobre o espirito do ex-pupillo, lhe podessem extorquir beneficios que pela sua natureza devem ser espontaneos. Depois de dada a quitação geral pela maioridade ou emancipação, que o tutelado fica independente do tutor e do protutor, e que tem os meios de apreciar os serviços que estes lhe prestaram na sua administração e fiscalisação, póde já com conhecimento de causa, e sem perigo de seducção, contempla-los em testamento. Porém póde o ex-pupillo maior ou emancipado, fazer quaesquer outros contratos com o tutor, mesmo antes de lhe dar contas, salvo aceitar doação.

Com rasão o codigo exceptua os ascendentes e irmãos, que são os mais proximos parentes do tutelado, e que pelo facto da tutela ou protutela, que representam um onus, ficariam privados de qualquer beneficio feito ou por actos entre vivos, ou *mortis causa*, se estivssem sujeitos á regra geral, prescripta em o n.º 4.º; e porque n'este caso póde explicar-se o beneficio pelo amor proveniente das relações de sangue, sem haver rasão para suspeitar das suggestões dos contemplados.

De receber doações não ha ninguem *absolutamente* inhibido. E *relativamente* só são inhibidos de as receber: 1.º, o tutor e protutor antes de prestadas as contas e dada a quitação geral pela maioridade ou emancipação, artigos 262.º e 1767.º; 2.º, a concubina do homem casado com quem está amancebada, artigo 1480.º; 3.º, os que casaram contra o disposto no artigo 1058.º n.ºs 2.º a 4.º, vistas as disposições dos artigos 1063.º e 1064.º

O artigo 1480.º não vinha no projecto primitivo. A commissão revisora porém, por occasião de examinar o artigo 1541.º d'aquelle projecto, correspondente ao artigo 1481.º do codigo, resolveu, segundo se lê na nota ao artigo 1510.º da edição de 1863.º, que se acrescentassem á respectiva secção os artigos necessarios para consignar que eram annullaveis as doações feitas: 1.º, pelo homem casado á sua amasia; 2.º, pelo clerigo á sua barregã, declarando-se no primeiro caso que o direito de promover a annullação pertenceria á mulher ou a seus herdeiros necessarios.

Acrescenta a referida nota que não chegou a deliberar-se sobre quem devia ter igual direito em relação ao segundo caso, por ter havido empate na sessão em que este objecto foi proposto, e posteriormente não haver sido apresentado á votação.

Effectivamente só se redigiu a resolução tomada quanto ás doações á concubina de homem casado, que appareceu logo na edição de 1864 no artigo 1484.º, correspondente ao artigo 1480.º do codigo.

Não teve porém andamento a resolução com referencia á doação a favor da barregã do clerigo, como não devia tê-lo a decisão relativa á doação a favor da concubina de homem casado.

Esta prohibição póde facilmente ser illudida; e longe de ser um meio de corrigir os costumes, póde dar logar a questões e pleitos vergonhosos.

E tanto a commissão revisora reconheceu os inconvenientes do seu preceito, que restringiu as condições da acção de annullação, permittindo o direito de reclamar contra a doação unicamente á mulher do doador e aos herdeiros legitimarios d'esta, e com a condição de a proporem dentro de dois annos depois da dissolução do matrimonio.

5.º, etc. O tutor póde e deve educar a pessoa do menor, mas não compromette-lo a actos *pessoaes* que não sejam indispensaveis para essa mesma educação. Se for porém necessario compromette-lo á pratica de actos pessoaes como modo de vida, *verbi gratia*, assoldadando-o ou mettendo-o n'uma casa de commercio como caixeiro, etc., é indispensavel que tenha para isso auctorisação do conselho de familia, artigos 224.º n.º 7.º e 1424.º

Art. 246.º O tutor é obrigado a declarar no inventario o que o menor lhe deve; se o não fizer, não poderá exigir o pagamento, durante a tutela; e, se o exigir depois, deverá provar, que antes d'isso não tivera conhecimento da divida.

Os devedores ao menor, sendo consideravel a divida, são excluidos da tutela, artigo 234.º n.º 4.º, mas os credores não. Apesar d'isso tambem ha inconveniente em que seja tutor do menor o seu credor, e por isso o codigo estabelece uma disposição preventiva no interesse do menor.

A disposição do artigo tende a evitar que o tutor peça de novo algum credito extincto, vendo que não apparece a quitação que elle dera ao auctor da herança, e que d'ella se não faz menção no inventario. O receio de que a quitação possa apparecer, collocando-o em má fé se fizesse uma declaração mentirosa, obstará a que o tutor inscreva no inventario creditos que não sejam reaes.

A falta de declaração no inventario inhibe-o de pedir o credito durante a tutela, e mesmo para o pedir finda a tutela, é mister provar que só teve conhecimento da divida depois do inventario.

Seria bom adoptar a providencia admittida no direito francez de o escrivão do inventario intimar o tutor para fazer a declaração, a que se refere este artigo, a fim de se evitar que este perca o seu credito por ignorar a disposição da lei, que impõe gravissima pena á falta de declaração.

A disposição d'este artigo, como *stricti juris*, não abrange o protutor, nem o vogal do conselho de familia.

O artigo correspondente do projecto primitivo era redigido nos seguintes termos: «O tutor deverá declarar no inventario o que o menor lhe dever; se o não fizer não poderá exigir o seu credito durante a tutela, e perderá os interesses que esse credito lhe devesse render desde a data do inventario até ao termo da mesma tutela». Logo na

primeira revisão foi alterado nos termos em que hoje se lê no codigo, com a unica differença de concluir pelas seguintes palavras: «Em todo o caso não vencerá interesses».

Estas mesmas palavras com rasão as eliminou a commissão revisora a final, porque, não podendo o tutor cobrar a divida cuja declaração omittiu no inventario, senão provando que antes do inventario não tivera conhecimento d'ella, basta-lhe a *pena* de não poder exigi-la durante a tutela, quanto mais ficar ainda privado dos respectivos juros.

Ao menos os juros poderá exigi-los durante a tutela? Cremos que não. A disposição relativa ao credito, comquanto excepcional, ha de applicar-se por analogia aos *juros* que para todos os effeitos estão sujeitos á sorte do capital, pela regra de que o accessorio segue o principal. E a prohibição de receber os juros poderá importar a pena da perda dos mesmos juros, que nos termos geraes de direito não podem pedir-se depois de certo periodo, artigos 543.º e 544.º? Cremos que não. A prescripção não corre contra quem está legalmente impedido.

Se o credor do menor for chamado á tutela já depois de feito o inventario, deverá fazer a declaração da sua divida na occasião de se lhe deferir o juramento, por analogia com o que se acha disposto n'este artigo.

Art. 247.º O tutor tem direito a ser gratificado, e esta gratificação, se não tiver sido designada pelos paes do menor em seu testamento, será arbitrada pelo conselho de familia, comtantoque não exceda á vintena dos rendimentos liquidos dos bens do menor.

(Vid. nota ao artigo 61.º)

Art. 248.º O tutor é responsavel pelos prejuizos que, por dolo, culpa ou negligencia, causou ao seu pupillo.

(Vid. artigo 262.º) Em geral o administrador de negocios alheios só é responsavel pelos prejuizos, resultantes de dolo, mas no interesse dos menores o codigo responsabilisa o tutor e o protutor até pelos damnos filhos de culpa. Assim, o tutor que deixa os predios incultos ou por arrendar, e que não empregou para isso as devidas diligencias, é responsavel pelos dammos que causar ao tutelado, como se procedesse dolosamente.

A responsabilidade começa nos termos do artigo 918.º com a nomeação do tutor, sobre cujos bens pesa como garantia uma hypotheca segundo o referido artigo e seguintes. Não é facil apreciar ao certo quando ha *dolo*, *culpa*, ou *negligencia*. N'esta parte fica muito ao arbitrio do juiz. O protutor está sujeito á mesma responsabilidade, artigo 262.º

SECÇÃO XIV

DAS CONTAS DA TUTELA

Art. 249.º O tutor é obrigado a dar contas da sua gerencia, ou seja ao conselho de familia, ou seja ao ex-pupillo emancipado ou maior.

(Vid. nota ao artigo 59.º)

Art. 250.º As contas apresentadas no conselho de familia serão examinadas por uma ou duas pessoas intelligentes, designadas pelo mesmo conselho d'entre os seus membros, sendo possivel, e serão approvadas ou reprovadas, em todo ou em parte, como parecer direitamente.

Art. 251.º As contas devem ser acompanhadas dos documentos justificativos, excepto pelo que toca a despezas de que não é costume exigir o recibo.

Os membros do conselho de familia podem ser completamente analphabetos, e ignorarem até as quatro operações arithmeticas, porque o unico fundamento da sua escolha é a *proximidade* do parenteseo, artigo 207.º

Por isso, não havendo no conselho pessoas competentes, escolhem-se estranhos, como se infere das palavras *sendo possivel*, e claramente se dispõe no artigo 447.º da reforma, fonte d'esta disposição. As pessoas estranhas, chamadas para o exame das contas, deverão ser ajuramentadas.

Porém a escolha de pessoas estranhas ao conselho para examinarem as contas não isenta os membros do conselho da competente responsabilidade pela approvação ou reprovação d'estas.

Nem todas as despezas podem ser justificadas por escripto. As despezas miudas serão abonadas sob a simples declaração, e quando muito juramento do tutor.

Porém das despezas de maior consideração é obrigado o tutor a apresentar os documentos justificativos, porque a dispensa de as justificar equivaleria á dispensa de as dar.

Art. 252.º Serão abonadas ao tutor todas as despezas legalmente feitas, aindaque d'ellas não tenha resultado proveito ao menor, se isso não acontecer por culpa do mesmo tutor.

Art. 253.º Se á vista das contas, o tutor ficar alcançado, a importancia do alcance vencerá o juro da lei, desde a approvação das mesmas contas.

(Vid. nota ao artigo 61.º)

Art. 254.º O saldo a favor do tutor será satisfeito pelos primeiros rendimentos do menor que o tutor receber; mas, se occorrerem despezas urgentes, de fórma que o tutor se não possa inteirar, vencerá juros o saldo, quando se lhe dever, se o conselho de familia não prover de outro modo ao prompto pagamento da divida.

Art. 255.º O tutor alcançado, não tendo bens por onde indemnise o menor, fica sujeito ao castigo, que a lei penal lhe imponha, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possivel, de estar obrigado a ella.

(Vid. nota ao artigo 152.º)

Art. 256.º Nos casos de morte, ausencia ou interdicção do

tutor, as contas serão dadas pelos seus herdeiros ou representantes.

(Vid. artigo 1906.º) Na falta do tutor são dadas as contas pelos que lhe succederam nos direitos e obrigações.

O encargo de tutor, como inteiramente pessoal e de confiança, não se transmitte nem póde ser delegado, como não póde transmittir-se nem ser delegado o encargo de testamenteiro, artigo 1906.º Todos os encargos determinados pelas circumstancias pessoaes do nomeado são intransmissiveis, ainda que o onerado possa encarregar sob sua responsabilidade a terceiro alguns actos de execução.

Porém esta intransmissibilidade do encargo não exonera os herdeiros do tutor ou do testamenteiro, ou de qualquer administrador, de darem contas do recebido e despendido na sua gerencia, e de entregarem ou de exigirem qualquer saldo do administrado.

A commissão revisora com rasão eliminou, como desnecessaria, a parte d'este artigo que no projecto primitivo exceptuava os herdeiros do tutor da imposição da pena criminal pelo alcance, vistoque as acções penaes segundo os principios geraes de direito não passam aos herdeiros nem contra os herdeiros.

Ainda depois de acabar a tutela é nulla a tomada das contas ao tutor pelo ex-tutelado sem a assistencia do curador e do protutor, e talvez com o receio de que o ex-tutelado não fosse rigoroso com o tutor, sob cuja influencia moral ainda se achasse.

Art. 257.º No caso de emancipação ou maioridade, as contas serão dadas ao emancipado ou maior, com assistencia do curador e do protutor.

§ unico. O saldo, que resultar d'estas contas, vencerá juros legaes a favor do tutor ou contra elle; no primeiro caso, desde que ao ex-pupillo for requerido o pagamento, com prévia entrega de seus bens; e no segundo, desde a approvação das contas.

Até aqui tratou-se das contas durante a menoridade. N'este artigo trata-se da conta definitiva pela emancipação ou maioridade do ex-tutelado.

Se o saldo n'estas contas é favoravel ao tutor, vence juros desde que o tutor pediu o pagamento, entregando previamente os bens. Se é favoravel ao ex-tutelado só se vencem juros desde a approvação das contas.

Esta disposição é toda no interesse do ex-tutelado. O ex-tutor fica em móra desde o *facto* da approvação das contas, independentemente de requerimento do ex-tutelado. Seria duro impor ao ex-tutelado a obrigação de *requerer* para ser pago por quem até ali lhe tinha servido para assim dizer de pae, alem de que o ex-tutor não podia ignorar que estava alcançado, e deve presumir-se que inverteu em proveito proprio o montante do alcance.

O ex-tutelado pelo contrario não fica em mora pelo facto da approvação das contas; para este, que pela primeira vez toma conhecimento dos seus negocios, não ha mora sem requerimento do ex-tutor.

E mesmo os factos da approvação das contas, e do requerimento do tutor pedindo o saldo, não constituem por si só a mora, se o ex-tutor não tiver feito entrega dos bens ao ex-tutelado. Nem este teria meios

de pagar, sem a entrega dos bens, nem em causa tão favoravel ao ex-tutelado poderia admittir-se ao ex-tutor o direito de retenção dos bens até se pagar, direito em regra pouco favorecido e admittido unicamente em casos muito especiaes, como diremos em a nota ao artigo 495.º

O codigo, não marcando o tempo da duração da acção para prestar contas ou para verificar as prestadas, deixou em todo o seu vigor o disposto no artigo 451.º da reforma, que marca o praso de dez annos, contados do dia em que o ex-tutelado chegar á maioridade ou se emancipar para obrigar o tutor a dar contas, ou para verificar a conta geral que este lhe entregar.

A commissão revisora, eliminando a disposição que vinha no artigo correspondente do projecto primitivo, pela qual no caso de insolvencia do tutor se lhe podia comminar a pena de prisão, não revogou por isso o artigo 450.º da reforma, que ordena a prisão do tutor, que dissipou os rendimentos do menor, e não tem bens por onde o indemnise, até pagar todo o alcance.

A pena de prisão tem logar, ou o alcance resulte das contas periodicas durante a tutela, ou da conta geral depois de finda a tutela.

Estabelece-se no interesse dos menores esta excepção á regra geral, que prohibe a prisão por dividas.

SECÇÃO XV

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PROTUTOR

Art. 258.º Incumbe ao protutor, alem de outras attribuições expressas n'este codigo:

1.º Sustentar e defender os direitos do menor em juizo, ou fóra d'elle, todas as vezes que se acharem em opposição com os interesses do tutor;

2.º Vigiar a administração do tutor, e levar ao conhecimento do curador, e do conselho de familia, tudo quanto lhe parecer prejudicial á pessoa ou aos interesses do menor;

3.º Assistir ao inventario e á venda dos bens do menor;

4.º Promover a convocação do conselho de familia, nos casos de abandono ou vacancia da tutela, e em todos aquelles, em que deva verificar-se a exclusão ou a remoção do tutor.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 153.º)

2.º e 3.º, etc. (Vid. artigo 260.º) N'estes dois casos as funcções do tutor já não são representar o menor quando os seus interesses estão em collisão com os do tutor, mas sim vigiar a administração d'este, para levar ao conhecimento do curador e do conselho de familia o que julgar conveniente.

Para este effeito póde exigir do tutor no principio de cada anno civil uma nota do estado de administração dos bens do menor; e, sempre que queira, ir examinar os livros e cadernos de gerencia da tutela, e pedir ao tutor os mais esclarecimentos que lhe aprouver, artigo 260.º

O balanço do estado em que se acha o patrimonio do menor não póde o protutor exigi-lo senão uma vez por anno; porém a leitura e o exame dos livros da gerencia póde exigi-lo sempre que o julgue conveniente, porque lhe cumpre vigiar o procedimento do tutor.

A disposição do artigo 260.º, ou será letra morta, como é mais provavel, ou torna impossivel a convivencia entre o tutor e o protutor, se este resolver inquieta-lo e devassar os seus papeis a toda a hora que lhe agradar.

4.º, etc. (Vid. artigo 261.º) O protutor não substitue o tutor senão na hypothese precisa do n.º 1.º d'este artigo.

As obrigações e representação de um e de outro são absolutamente incompativeis, de modo que o protutor nem póde aceitar procuração do tutor em objecto da gerencia d'este, artigo 261.º

Por isso, vaga a tutela, deve o protutor requerer a nomeação de tutor, assim como deve requerer a exclusão ou remoção pelo direito que lhe assiste de vigiar a administração do tutor.

Art. 259.º O protutor póde assistir ás deliberações do conselho de familia, e tomar parte n'ellas, mas não póde votar.

(Vid. nota ao artigo 212.º)

Art. 260.º O protutor póde exigir do tutor, no mez de janeiro de cada anno, uma nota do estado da administração dos bens do menor, e, a todo o tempo, que o tutor lhe deixe ver o seu livro ou caderno de gerencia, e que lhe preste os esclarecimentos, de que a este respeito precisar.

Art. 261.º O protutor não póde aceitar procuração do tutor em objecto da gerencia d'este.

(Vid. nota ao artigo 258.º)

Art. 262.º São applicaveis ao protutor as disposições do artigo 244.º n.ºs 2.º, 3.º e 4.º, e do artigo 248.º

SECÇÃO XVI

DO ARRENDAMENTO E DA VENDA DOS BENS DOS MENORES

Art. 263.º Os bens immoveis dos menores serão dados de arrendamento, se o conselho de familia não resolver, por achar n'isso maior conveniencia, que sejam administrados pelo tutor.

Art. 264.º Os arrendamentos, até tres annos, serão feitos pelo tutor, do modo que parecer mais conveniente aos interesses dos menores.

Art. 265.º Os arrendamentos, por mais de tres annos, serão sempre feitos em hasta publica, com assistencia do protutor e do curador.

Art. 266.º O disposto nos artigos antecedentes não é applicavel aos arrendamentos dos bens dos menores, que se acharem debaixo do poder paternal, os quaes serão feitos ao prudente arbitrio do pae, salvo no que diz respeito ao praso estabelecido no artigo 224.º n.º 14.º

(Vid. artigo 224.º n.º 14.º)

Art. 267.º A venda dos bens mobiliarios, nos casos em que deva fazer-se, será feita em hasta publica, com assistencia do protutor e do curador, excepto se, por seu diminuto valor, o conselho de familia encarregar o tutor de realisar a venda particularmente.

Art. 268.º A venda dos bens immobiliarios dos menores, será sempre feita em hasta publica, na fórma sobredita.

(Vid. artigos 150.º, 224 n.º 13.º, 243.º n.º 12.º, 1665.º, 1554.º n.º 1.º)

A venda é em hasta publica para chamar concorrentes elevando assim os preços, e para evitar conluios. E não se contenta a lei só com a assistencia do tutor, requer tambem a do protutor, como já se acha determinado no artigo 238.º n.º 3.º, e a do curador, para augmentar as garantias de que houve todo o zêlo pelos interesses dos menores.

Da venda em hasta publica exceptuam-se apenas os bens mobiliarios de insignificante valor, para evitar que as despezas da praça que, como todas as despezas de arrendamentos e vendas, são a cargo do menor, cubram ou pelo menos absorvam grande parte do producto da venda.

Ainda assim só póde ser dispensada a praça por deliberação do conselho de familia, que encarregue da venda o tutor, dando-lhe as instrucções ou fixando-lhe as auctorisações, com que elle é auctorisado a vender.

O que o codigo determina com relação á venda é igualmente applicavel ao emprazamento, artigo 1665.º, que é uma verdadeira alienação.

O disposto com relação á venda dos bens dos menores é tambem applicavel á venda dos bens dos interdictos e de quaesquer outros bens postos em administração, artigos 321.º, 1554.º n.º 1.º e 1665.º

Porém a dispensa de praça com relação aos bens mobiliarios de insignificante valor nem em todos os bens sujeitos á administração póde ter logar. Assim no caso de testamentaria hão de ser vendidos sempre em praça, vista a disposição terminante dos artigos 1898.º e 1902.º, salvo concordando todos os interessados, isto é, não só os maiores, mas o conselho de familia ou quem suas vezes fizer, por parte dos menores.

No caso de venda de bens em inventario de menores para pagamento dos credores, nos termos do artigo 2120.º, tambem não póde ser dispensada a praça com relação aos moveis, salvo concordando os credores e os representantes dos menores.

E ás avessas póde ser dispensada a praça na venda de bens immobiliarios proprios ou do casal, comtantoque não excedam o valor de 100$000 réis, quando a mulher administra na ausencia ou impedimento do marido, artigo 1190.º

Esta excepção a favor da mulher não tem justificação possivel, e tanto mais que, se for o marido o administrador dos bens, no caso de ausencia ou do impedimento da mulher, não ha lei que lhe permitta a dispensa de praça na venda de bens immobiliarios, qualquer que seja o seu valor. Pelo contrario, determina expressamente o codigo, artigos 76.º e 83.º, que a venda dos bens immobiliarios administrando o marido na ausencia da mulher ha de ser feita necessariamente em praça, que não póde ser dispensada, qualquer que seja o seu valor.

Art. 269.º Se os bens mobiliarios ou immobiliarios estiverem em julgado differente d'aquelle onde correr o inventario,

será a venda d'elles effectuada em hasta publica no julgado onde estiverem, por deprecada do juiz da tutela, com assistencia do respectivo curador, e da pessoa que o conselho de familia auctorisar, se tiver por conveniente faze-lo, para requerer no acto tudo quanto for a bem dos menores.

§ unico. A disposição d'este artigo não deroga a excepção do artigo 267.º

Se os bens não forem situados no juizo do inventario, a venda faz-se com a assistencia do curador do juizo deprecado no julgado da situação dos bens onde é ordinariamente mais facil a concorrencia dos compradores.

Não achâmos porém rasão para se estabelecer o preceito rigoroso e inflexivel de que a venda dos bens ha de ser feita sempre no juizo da situação. Algumas vezes convirá fazê-la no juizo do inventario. Era melhor não ter providenciado definitivamente a este respeito, deixando isso ao prudente arbitrio do juiz ou do conselho de familia.

A doutrina d'esta secção podia ter-se eliminado toda do codigo civil sem inconveniente, porque ella pertence rigorosamente ao codigo do processo.

A commissão revisora, comquanto introduzisse de novo e escusadamente os artigos 264.º e 266.º, sempre eliminou algumas disposições do projecto primitivo, inteiramente regulamentares, como eram as relativas á designação dos prasos e annuncios, tanto para o arrendamento, como para a venda.

A falta do tutor e protutor, artigo 267.º, póde ser supprida no juizo deprecado por alguma pessoa nomeada pelo conselho de familia, se não se contentar só com a presença do curador. Se os bens sitos fóra do juizo do inventario forem mobiliarios, e de insignificante valor, tambem o conselho de familia póde encarregar pessoa da sua confiança de realisar particularmente a venda, artigo 267.º

Art. 270.º Sempre que se houver de proceder a venda de bens de menores, em hasta publica, será o valor de taes bens préviamente verificado, e o conselho de familia estabelecerá o minimo preço venal, que não poderá ser inferior ao sobredito valor.

Art. 271.º Sendo postos os bens em praça com preço superior ao da avaliação, se não houver arrematação, far-se-ha segunda praça com o preço da avaliação.

Art. 272.º Se os bens forem desde logo postos em praça com o preço da avaliação, e não houver arrematante, não se fará segunda praça com o mesmo preço, e o conselho de familia resolverá se ha de sobrecestar-se na alienação, ou se deverão os bens voltar á praça com o preço inferior, que n'este caso poderá ser determinado pelo mesmo conselho.

Estes tres artigos, a que correspondiam os artigos 276.º a 278.º do projecto primitivo, foram redigidos em harmonia com as seguintes resoluções, que a commissão revisora tomou em sessão de 29 de outubro de 1860:

1.ª Que a venda dos bens dos menores fosse sempre precedida de avaliação;

2.ª Que o conselho de familia deveria fixar o preço pelo qual os bens haviam de ser postos em praça;

3.ª Que esse preço poderia ser superior, mas nunca inferior ao da avaliação;

4.ª Que indo os bens á praça com preço superior á avaliação, e não havendo arrematante, haveria segunda praça pelo preço da avaliação;

5.ª Que se ainda por este preço não houvesse arrematante, o conselho de familia resolveria o que julgasse mais conveniente;

6.ª Que indo os bens á praça pelo preço da avaliação, e não havendo arrematante, não haveria segunda praça pelo mesmo preço;

7.ª Que n'este caso, bem como no antecedente, o conselho de familia resolveria se se deveria sobreestar na alienação dos bens, ou se deveriam voltar á praça, podendo em tal caso fixar abaixo da avaliação e por uma só vez, o preço por que deveriam ser vendidos. Do exposto e dos artigos do codigo resulta que os bens dos menores não podem ser postos em praça sem prévia avaliação por peritos, e fixação pelo conselho de familia do preço por que devem entregar-se em praça; que esta fixação não póde ser inferior ao preço da avaliação; que não havendo quem dê o preço fixado, voltarão á praça pelo preço da avaliação; e que, se ainda assim não houver arrematante, o conselho de familia póde retira-los da praça ou faze-los lá voltar de novo, fixando-lhe um preço inteiramente ao seu arbitrio, sem que seja necessario avaliar ou verificar de novo os valores.

Art. 273.º Observar-se-hão em tudo o mais as formalidades ordinarias das arrematações.

Em virtude provavelmente do disposto n'este artigo eliminou a commissão revisora do projecto primitivo muitas disposições de execução pratica, e talvez devesse eliminar a secção toda por ter melhor cabimento no codigo de processo, como já dissemos.

Art. 274.º O que fica disposto nos artigos precedentes, é applicavel á venda dos bens dos menores, que se acharem debaixo do patrio poder, sendo, porém, n'este caso, as attribuições do conselho de familia exercidas pelo juiz, com assistencia do curador dos orphãos.

(Vid. notas aos artigos 100.º e 150.º).

SECÇÃO XVII

DA TUTELA DOS FILHOS PERFILHADOS

Art. 275.º A tutela dos filhos perfilhados rege-se pelas mesmas regras da tutela dos filhos legitimos, com as seguintes modificações.

(Vid. artigo 293.º) Como os filhos perfilhados são os que mais se approximam em direitos dos filhos legitimos, a tutela d'elles está sujeita ás mesmas disposições que a d'estes, salvas as alterações mencionadas n'esta secção, que são as do artigo seguinte, sobre o modo de

compor o conselho de familia, e as do artigo 278.º, sobre a exclusão da tutela legitima quanto aos filhos perfilhados. Demais o codigo estabelece a mesma regra com relação aos menores expostos e abandonados, artigo 293.º

Art. 276.º O conselho de familia será substituido por um conselho especial, composto de cinco vizinhos, que o juiz dos orphãos nomeará d'entre os amigos ou parentes do pae ou da mãe, que houver reconhecido o filho menor.

O codigo não chama um conselho de parentes, pela rasão, que já temos dado, de que os filhos illegitimos não são membros da familia do pae ou da mãe que os reconhece, artigos 199.º e 278.º O conselho de familia é constituido por *vizinhos*, preferindo-se entre estes os amigos ou parentes do pae ou da mãe perfilhante, porque são os que offerecem mais garantias de velarem com zêlo pela pessoa e fortuna do menor.

Ainda que o codigo deixa ao arbitrio do juiz o compor o conselho de vizinhos dos parentes ou dos amigos do pae ou da mãe, sem obrigar aquelles de preferencia a este encargo, não deverá o juiz escolher os amigos, havendo parentes idoneos, vistoque estes gosam em compensação do direito de alimentos e de successão, nos termos dos artigos 175.º, 1994.º, 1999.º, 2002.º e 2005.º

Se o conselho não for constituido nos termos do artigo haverá nullidade insanavel? Parece que, não havendo dolo ou prejuizo para os menores, poderá ser sanada essa falta pelos tribunaes por analogia do que se dispõe no artigo 207.º n.º 3.º Igualmente das decisões do conselho de vizinhos haverá recurso para o conselho de tutela, vistoque este conselho é *substituição* do conselho de familia e delibera como este. N'esta tutela ha tambem protutor e intervem o curador dos orphãos.

Sobre a determinação do que sejam vizinhos, (vid. nota ao artigo 40.º

Art. 277.º Se o pae ou a mãe, que houver perfilhado o filho illegitimo, lhe nomear tutor, esta nomeação terá effeito, ainda que o filho venha posteriormenfe a ser reconhecido pelo outro progenitor.

(Vid. nota ao artigo 193.º)

Art. 278.º Não haverá tutela legitima pelo que respeita aos filhos perfilhados.

(Vid. nota ao artigo 199.º)

SECÇÃO XVIII

DA TUTELA DOS FILHOS ESPURIOS

Art. 279.º O pae ou a mãe do filho espurio menor póde nomear-lhe tutor por acto entre vivos, ou em seu testamento, nos casos em que é obrigado a dar-lhe alimentos.

Art. 280.º Na falta de pãe e de mãe, nomeará o respectivo juiz dos orphãos pessoa idonea, que se encarregue do menor, e proveja á sua educação e rumo futuro, com os meios, que para esse fim os paes houverem applicado.

Art. 281.º Se os paes nenhuns meios houverem applicado para os alimentos do filho, o tutor, que n'este caso será nomeado pelo juiz, promoverá, com assistencia do curador dos orphãos, as acções, que devam propor-se contra os paes ou seus herdeiros.

Art. 282.º N'esta especie de tutela exercerá o juiz todas as attribuições do conselho de familia, e o curador dos orphãos as que competem ao protutor. Das decisões do juiz recorrer-se-ha, quando cumprir, para a relação do districto.

Art. 283.º Se o pae ou a mãe do menor fallecerem insolventes, o menor será tido por abandonado, e observar-se-ha ácerca d'elle o mesmo, que na secção seguinte se determina ácerca dos expostos.

(Vid. nota ao artigo 193.º) A materia d'esta secção está tão confundida nos differentes artigos que a constituem, que forçoso é considera-los em globo para tornar claras as conclusões que d'elles se derivam.

Para os paes gosarem da faculdade de nomear tutor aos filhos espurios não basta que sejam *obrigados* a dar-lhes alimentos, nos termos do artigo 136.º É indispensavel alem d'isso que tenham meios para os alimentar (aliás seguir-se-ha a respeito da tutela o que na secção seguinte se dispõe ácerca dos filhos abandonados, artigo 283.º), e que appliquem *voluntariamente* esses meios, artigo 281.º

Se os paes não nomearem tutor, ou se, nomeando-o, não tiverem meios para alimentar os filhos, ou não *applicarem* voluntariamente esses meios para os alimentos dos menores, o tutor será nomeado pelo juiz dos orphãos, que n'esta tutela exerce as attribuições do conselho de familia, havendo das suas decisões recurso para a relação do districto, como do conselho de familia ha recurso para o conselho de tutela.

Se na tutela do perfilhado não ha conselho de familia, por maioria de rasão não o deve haver na tutela do espurio, que é inteiramente estranho, não só á familia dos paes, mas a estes mesmos, nos termos dos artigos 135.º e 279.º

O codigo, estabelecendo o recurso das decisões do juiz para a relação do districto, esqueceu-se de certo de que póde ser juiz do orphão o juiz ordinario do julgado, de cuja decisão o recurso directo é para o juiz de direito da comarca, e não para a relação do districto.

No entretanto em vista da letra do codigo dá-se aqui a hypothese de se recorrer á relação *omisso medio*.

N'esta materia pois não ha recurso da decisão do juiz ordinario para o juiz de direito da comarca, mas sim para a relação, especialmente entendendo-se o periodo final do artigo 282.º pelo artigo correspondente (300.º) do projecto primitivo, na parte respectiva, que é a sua fonte, e que se acha redigida assim: «e os recursos, que das decisões do dito juiz possam ter logar, serão para a relação do districto».

Veiu o codigo alterar n'esta parte escusadamente, e com prejuizo dos menores, uma disposição da nossa lei de processo e de organisação judiciaria que permittiam o recurso directo da decisão do juiz ordinario para o juiz de direito; mas tão expresso é o preceito do artigo que não póde ser entendido de outro modo.

Parece tambem, em vista do artigo 281.º, que os paes não podem nomear tutor depois de terem sido *demandados* para a prestação dos alimentos. As palavras «*houverem applicado*» não significam que o tutor só póde ser nomeado depois da morte de um dos paes, e que a acção só póde ser proposta contra os herdeiros d'estes, porque o mesmo artigo no seu final diz terminantemente que as acções pódem propor-se contra os proprios paes.

O artigo 281.º, estatuindo que a acção de alimentos possa *propor-se* contra os herdeiros dos paes, é uma excepção ao artigo 176.º, onde se determina que a obrigação de prestar alimentos só se transmitte com a herança, tendo sido judicialmente pedidos ou prestados.

O artigo 136.º, nos casos ahi previstos, dá aos filhos espurios o direito de demandar por alimentos os *paes*, sem fallar nos herdeiros d'estes; e o artigo 281.º dá ao tutor o direito de demandar os *paes* ou seus *herdeiros*. Parece pois que o direito de demandar os herdeiros dos paes só tem logar fallecendo estes na menoridade dos filhos, aliás daria o artigo 136.º ao proprio filho, como dá ao tutor, o direito de demandar alem dos paes os seus herdeiros.

Com relação á demanda de alimentos deve applicar-se por analogia o que se acha disposto no artigo 133.º para as acções de investigação de paternidade.

Durante a menoridade dos filhos é claro que podem ser demandados, tanto os paes como os herdeiros d'estes, artigo 281.º Depois da maioridade só podem ser demandados os paes, artigo 136.º Porém como a epocha da maioridade podia coincidir com a morte dos paes, ficando assim o filho tolhido sem culpa sua do exercicio do seu direito, parece rasoavel que, fallecendo os paes na menoridade dos filhos, se dê a estes, chegando á maioridade, um praso rasoavel para colherem os precisos elementos e tentarem as acções competentes; e para marcar esse praso deve observar-se por analogia o disposto no artigo 133.º

É tanto mais necessario conceder ao menor, depois de ter chegado á maioridade, um praso rasoavel para intentar a acção de alimentos, quanto que o tutor rarissimas vezes a porá em juizo, por não haver quem adiante as despezas do pleito, que serão tanto mais consideraveis e demoradas, visto não ser possivel reclamar os alimentos provisionaes, com que o codigo acabou.

É singular que o codigo, não conferindo ao pae do espurio o patrio poder sobre o filho, nem lhe confiando mesmo a administração da pessoa e bens d'este, que só lhe póde ser dada por nomeação do juiz, lhe conceda todavia a faculdade de nomear-lhe tutor.

O pae, que não é tutor do menor pela lei, tem todavia pela lei o direito de nomear-lhe tutor!

E tem o direito de nomear-lhe tutor, ainda que haja contestado a paternidade em processo judicial, nos termos do artigo 136.º, porque o codigo só lhe nega o direito de nomear tutor quando elle não tiver applicado meios para os alimentos do menor, os quaes elle póde applicar *voluntariamente*, mesmo tendo contestado a paternidade, e depois de judicialmente convencido d'esta!

SECÇÃO XIX

DA TUTELA DOS MENORES ABANDONADOS

Art. 284.º Os expostos e os menores abandonados, cujos paes não forem conhecidos, emquanto não chegarem á idade de sete annos, estarão debaixo da tutela e administração das respectivas camaras municipaes, ou das pessoas, que se houverem encarregado voluntaria, ou gratuitamente, da sua creação.

§ unico. O disposto n'este artigo não obsta á execução dos regulamentos especiaes de qualquer estabelecimento publico de beneficencia pupillar, auctorisado por lei.

O codigo com rasão equipara os menores abandonados, cujos paes são desconhecidos, aos *expostos*, que são os filhos de paes desconhecidos que foram encontrados, ou nas casas publicas destinadas a recebe-los, ou em qualquer outro sitio com o mesmo destino.

A organisação e administração dos estabelecimentos que têem a seu cargo velar pelos interesses d'estes desgraçados é da competencia do direito administrativo, e por isso tudo o que se estabelece n'este artigo e nos seguintes, quanto a esses estabelecimentos, é relativo unicamente aos direitos civis.

O codigo regula apenas, quanto a estes infelizes, os seus direitos de cidadãos para que a sua desgraça seja quanto possivel atenuada pelas disposições beneficas das leis.

Até aos sete annos esta classe de menores é tutelada pelas camaras municipaes, ou pelas administrações das rodas, que são sustentadas a expensas dos municipios, salvo se forem entregues a alguma pessoa para cuidar da sua creação, porque então é esta quem exerce a tutela.

A commissão revisora, substituindo as palavras «voluntaria *e* gratuitamente», que se liam no projecto primitivo, por est'outras «voluntaria *ou* gratuitamente», que se lêem no codigo, sanccionou claramente a doutrina de que, para a tutela ser deferida á pessoa que se encarrega da creação do menor, é indifferente que o acto da creação seja *subsidiado* ou *gratuito*.

A verdade é que qualquer pessoa pelo simples facto de se encarregar da creação do menor abandonado fica investida na tutela d'este, ainda que a pessoa encarregada da creação seja uma mulher, o que é nova excepção ao disposto no artigo 234.º n.º 3.º

Tambem a commissão revisora acrescentou as palavras «*cujos paes não forem conhecidos*», que não vinham no projecto primitivo, e que com rasão foram acrescentadas, porque se os paes forem conhecidos devem entregar-se-lhes os filhos, ou seguir-se o determinado no artigo 294.º

Art. 285.º Logoque os expostos, ou abandonados, perfaçam sete annos de idade, serão postos á disposição do conselho de beneficencia pupillar, ou de qualquer outra magistratura, a quem a lei administrativa incumbir d'esse mister.

Art. 286.º O conselho de beneficencia pupillar, ou a magistratura que o substituir, dará aos expostos, ou abandonados, o rumo de vida, que lhes for mais vantajoso, fazendo-os entrar em algum estabelecimento, ou entregando-os por contrato a pessoas, que queiram encarregar-se da sua educação e ensino.

Art. 287.º As pessoas, que tomarem a seu cargo expostos, ou abandonados, ficam sendo seus tutores, salva a superintendencia do conselho, ou da magistratura que o substituir, que

póde fazer rescindir o contrato, e dar novo rumo ao menor, em caso de abuso, ou de falta de cumprimento das obrigações estipuladas.

Com a idade dos sete annos finda a tutela das municipalidades ou das pessoas que se encarregaram *da creação dos menores;* e começa novo periodo com nova tutela. Completos os sete annos são os menores entregues ao conselho de beneficencia pupillar, ou á magistratura que o substituir, não para ser tutelado o menor por esta magistratura, mas para ser exercida a tutela pelo estabelecimento em que o menor entrar ou pela pessoa que queira encarregar-se por contrato da sua educação.

Se o conselho de beneficencia pupillar o entrega, por exemplo, a um marceneiro, para lhe ensinar o officio por certo preço e por determinado periodo, é o marceneiro o tutor. Subsiste porém sempre a superintendencia do conselho pupillar, que póde fazer rescindir o contrato, se o novo tutor maltratar o menor ou não cuidar de lhe dar ensino, faltando assim ao cumprimento das obrigações estipuladas.

Já a velha ordenação marcava a idade de sete annos para serem assoldadados os orphãos.

Emquanto não se organisar o conselho de beneficencia pupillar todas as suas attribuições serão exercidas pelo juiz, visto o preceito do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, que torna obrigatorias as disposições do codigo civil, dependentes da organisação de instituições ainda não creadas, só desde que estas funccionarem, e do artigo 293.º, que manda observar a respeito do exposto ou abandonado, no que for applicavel, o prescripto relativamente aos outros menores.

Ora para superintender a tutela da pessoa e bens do menor abandonado não póde organisar-se o conselho de familia, nos termos do artigo 207.º, porque não se *conhecem* os parentes, nem póde organisar-se um conselho de vizinhos, nos termos do artigo 276.º, porque não se *sabe* onde o menor nasceu. Por exclusão de partes ha de recorrer-se ao juiz, segundo o disposto no artigo 282.º

Art. 288.º O conselho de beneficencia pupillar, ou a magistratura que o substituir, não póde impor ao exposto, ou abandonado, nem estipular em nome d'elle, obrigações, que vão alem dos quinze annos de sua idade.

Art. 289.º Chegando o exposto ou abandonado a esta idade, poderá ser emancipado pelo sobredito conselho, ou pela magistratura que o substituir, se mostrar, que tem a capacidade necessaria para reger-se.

(Vid. artigo 291.º) A emancipação dos menores, expostos ou abandonados, póde fazer-se aos quinze annos, contra a regra geral estabelecida no artigo 307.º, de que a emancipação é aos dezoito annos, com a unica excepção do artigo 306.º, que emancipa a mulher aos dezeseis annos pelo casamento competentemente auctorisado.

Quanto aos menores abandonados ou expostos não é preciso terem *completado* nem a idade de quinze annos para poder conceder-se-lhes a emancipação, nem a de dezoito para ficarem emancipados de direito. Basta terem *entrado* no anno respectivo. O codigo, que para a emancipação em geral e para a maioridade exige os dezoito e vinte e um annos *completos,* artigos 306.º, 307.º e 311.º, para a emancipação dos expostos e abandonados exige apenas que elles tenham *chegado* á idade de quinze e de dezoito annos.

É tambem para notar que no artigo 291.º se diga, como no correspondente (311.º) do projecto primitivo, que o menor, exposto ou abandonado, chegando aos dezoito annos, ficará *de direito emancipado,* em vez de se dizer que ficará *maior.* Em virtude d'esta redacção não poderá o emancipado casar antes dos vinte e um annos sem auctorisação do superior legitimo, como não poderia casar sem a referida auctorisação antes d'aquella idade ainda que a lei o declarasse maior, sem uma redacção que fizesse excepção expressa ao preceito generico do artigo 1058.º n.º 1.º

O *livro competente,* a que se refere o artigo 291.º, não é de certo o livro do registo das tutelas que deve haver em cada juizo orphanologico, e de que se trata nos artigos 300.º e seguintes, porque esse livro é destinado só para as tutelas *judiciaes,* e não para as tutelas por assim dizer administrativas, como são as commettidas ao conselho de beneficencia pupillar. O regulamento que crear ou organisar esta magistratura designará as condições do *livro* em que deve ser registada a tutela dos menores expostos e abandonados.

A antecipação da epocha da emancipação justifica-se pela necessidade de crear quanto antes para o menor um estado regular na sociedade, e porque é natural que os educados na dura escola da desgraça, sem paes, nem irmãos, nem familia que os guie e console, mais depressa consigam desenvolver a sua intelligencia e educar o seu coração.

Pela rasão do menor poder alcançar aos quinze annos a sua emancipação é que não é licito estipular em nome d'elle obrigações que vão alem d'aquella idade.

A emancipação depende de *se mostrar que o menor tem a capacidade necessaria para reger-se,* mas esta apreciação não está sujeita a formalidade alguma senão ao arbitrio pessoal do que concede a emancipação, como succede com os outros menores, cuja legislação é applicavel aos expostos e abandonados.

Emquanto o juiz substituir o conselho de beneficencia pupillar ha recurso dos seus despachos sobre emancipação para o juiz de direito da comarca ou para a relação do districto, segundo o juiz recorrido for juiz ordinario ou juiz de direito.

A disposição da segunda parte do artigo 282.º, como excepcional, só é applicavel á emancipação dos espurios.

A commissão revisora nos trabalhos da ultima revisão eliminou com rasão do projecto primitivo dois artigos, em que se dava ás pessoas, que se tivessem encarregado gratuitamente da creação e educação do exposto até á idade de quinze annos o direito de exigirem os seus serviços por mais dois annos, e aos que tivessem creado algum exposto desde os primeiros annos de leite até áquella idade, o direito de isentar do recrutamento tantos filhos quantos fossem os expostos que tivessem creado.

Art. 290.º O exposto, ou abandonado, terá a propriedade e usufructo de tudo o que adquirir por qualquer tiiulo, durante a sua menoridade.

(Vid. artigo 292.º) Infere-se do artigo 290.º que o menor não tem obrigação de indemnisar o estabelecimento ou a pessoa que o cria das despezas, que com elle fizeram, contra o disposto na lei franceza de 4 de

fevereiro de 1805, que mandava collocar em montes de piedade os capitaes que adviessem ao exposto, e applicar os rendimentos d'elles e de quaesquer outros bens para os hospicios em que elle estivesse, até á sua saida, como indemnisação. Podem porém ser applicados estes bens á educação e instrucção do menor mais desenvolvida do que a teria nos estabelecimentos de caridade. Até cessa a obrigação d'estes quando ao menor advem recursos.

A unica compensação que tem o estabelecimento de beneficencia é a successão nos bens do exposto, se elle fallecer sem descendentes, e *ab intestado;* e no caso (acrescentâmos nós) de não ter sido depois perfilhado, ou por acto voluntario do pae, ou por acção contra este intentada pelo respectivo tutor; porque se o pae do perfilhado não póde ser preterido por este em testamento, muito menos póde ser prejudicado por uma entidade que póde ser preterida pelo testamento do filho.

O projecto de codigo dava preferencia n'esta successão á pessoa que se houvesse encarregado gratuitamente da creação do exposto nos primeiros sete annos, fallecendo este em sua companhia. A commissão revisora eliminou com rasão esta doutrina, talvez pelo receio de que essa pessoa podesse concorrer para o exposto ser maltratado, ou attentar mesmo contra a sua vida.

A herança defere-se *ab intestato* ao conselho de beneficencia por motivo de interesse publico. Se o menor chegou á idade de testar tem o meio de contemplar á sua vontade a pessoa que se encarregou da sua creação e educação.

A doutrina do artigo 290.º era escusada. Podia a este respeito guardar o codigo o mesmo silencio que guardou a respeito dos filhos perfilhados e espurios, aos quaes é igualmente applicavel o disposto no referido artigo.

Art. 291.º Logoque o exposto, ou abandonado, chegue aos dezoito annos de idade, ficará de direito emancipado, e se lhe dará baixa no livro competente.

(Vid. nota ao artigo 289.º)

Art. 292.º Se o exposto, ou abandonado, fallecer intestado e sem descendentes, herdará seus bens o estabelecimento de beneficencia pupillar.

(Vid. nota ao artigo 290.º)

Art. 293.º Em tudo o mais que disser respeito aos direitos do exposto, ou abandonado, observar-se-ha, no que for applicavel, o disposto relativamente aos outros menores.

(Vid. nota ao artigo 275.º)

SECÇÃO XX

DA TUTELA DOS FILHOS DE PESSOAS MISERAVEIS

Art. 294.º Os filhos menores de pessoas miseraveis, que por morte, avançada idade, ou molestia de seus paes, ou por qualquer outro motivo justificado, não poderem ser alimentados e soccorridos por elles, ou por seus parentes, serão entregues ao cuidado e protecção da respectiva municipalidade, que os fará crear, alimentar e educar á custa das rendas do concelho, até a idade em que possam ganhar sua vida.

(Vid. artigo 296.º) Os menores, legitimos ou illegitimos, que têem paes conhecidos, mas que por motivo justificado, não podem ser alimentados por estes são entregues á tutela da municipalidade para o unico effeito de os fazer crear e educar á custa do concelho, porque em tudo o mais ficam sujeitos ao poder dos paes, artigo 296.º

A municipalidade só é obrigada a supportar esta despeza verificada a falta de recursos dos paes, e a impossibilidade de os haverem, e quando os parentes, que são obrigados a alimentos nos termos dos artigos 172.º a 177.º tambem não possam prestar-lh'os.

O preceito do artigo, que mal poderá por-se em execução antes da publicação do regulamento, dá logar pela redacção a duvidas, que só n'este poderão ser resolvidas.

Assim como o pae póde obrigar a municipalidade a sustentar-lhe o filho á custa das rendas do concelho, poderá a municipalidade, a requerimento seu ou do ministerio publico, obrigar o pae, que vive na indigencia, a entregar-lhe o filho para esse fim?

Não nos parece de grande utilidade gastar tempo a examinar se a municipalidade é a competente para requerer a execução do disposto no artigo, porque em similhantes causas difficilmente ella figurará como auctora.

Porém o ministerio publico é de certo incompetente para fazer valer o direito do menor, ou seja contra a municipalidade, ou contra o pae, porque o ministerio publico não entra como parte principal nos assumptos relativos a interesses de menores. Mas, se o pae desprezar os interesses do filho, póde, a requerimento do ministerio publico, ser inhibido do exercicio do patrio poder; porque não ha duvida que abusa do seu poder o pae que se vê na indigencia, e que não reclama, como a lei lhe garante, o auxilio da municipalidade para a creação e educação de seus filhos.

Se a municipalidade se recusar a cumprir o disposto no artigo, qual é o meio competente de fazer valer o direito do menor,—o recurso da decisão da camara municipal para o conselho de districto, ou os meios judiciaes? É igualmente meio legitimo o recurso ao conselho de districto, como a proposição da acção perante os tribunaes ordinarios.

Comquanto a questão tenha um lado administrativo, respeita a direitos privados, cuja apreciação é da competencia do poder judicial.

As palavras «*até á idade em que possam ganhar sua vida*» não significam que esta obrigação vá alem da maioridade, porque aqui trata-se só de menores. Se o filho de pessoa miseravel completou os vinte e um annos, e não está em circumstancias de ganhar sua fortuna, poderá ser recolhido n'algum asylo de mendicidade, se estiver n'esse caso, ou implorar a caridade publica por outro modo, mas não tem direito de continuar a viver á custa das rendas do concelho. O juiz apreciará em caso de questão, segundo as circumstancias, e a idade em que os menores devem deixar de estar a cargo da municipalidade.

Art. 295.º Se os paes melhorarem de condição, e adquirirem meios sufficientes, pagarão as despezas feitas pelo municipio, e se pedirem seus filhos, ser-lhes-hão entregues.

Os estabelecimentos de beneficencia, que têem a seu cargo a creação e educação dos menores expostos e abandonados, não têem direito de ser indemnisados das despezas, que com elles fizerem; mas em compensação são os seus herdeiros, fallecendo os menores *ab intestato*, e sem descendentes.

Com relação aos filhos de pessoas miseraveis, como a lei não podia privar os paes de succederem nos bens d'estes, a municipalidade não é herdeira; mas tem em compensação o direito de ser indemnisada pelos paes das despezas de creação e educação, se estes adquirirem meios sufficientes *para satisfazer as despezas feitas pelo municipio.*

Aos filhos, aindaque adquiram meios, não impõe o codigo a obrigação de indemnisarem o municipio, vistoque a obrigação de alimentar e crear os filhos é dos paes.

Mas tambem, logoque os filhos adquiram meios de viver, deve cessar a obrigação do municipio, devendo elles sustentar-se dos bens proprios.

Art. 296.º A municipalidade é considerada como legitima tutora dos mencionados menores, emquanto estiverem a seu cargo, em tudo o que disser respeito á sua creação e educação, sem quebra dos direitos paternos, que em tudo o mais subsistem na fórma da lei geral.

(Vid. nota ao artigo 294.º)

SECÇÃO XXI

DA RESCISÃO DOS ACTOS PRATICADOS PELOS MENORES

Art. 297.º Os menores não gosam do privilegio de restituição por inteiro.

Art. 298.º Os actos e contratos, que o menor póde legalmente praticar, e bem assim os que forem praticados com a devida auctorisação, tanto pelo menor, como pele tutor, não podem ser rescindidos pelos menores, senão nos casos em que a lei geralmente, ou alguma disposição especial d'ella, o permitte.

(Vid. nota ao artigo 38.º)

Art. 299.º Os actos praticados pelo menor sem a devida auctorisação são nullos, salvo o disposto nos artigos 1058.º e 1059.º, mas não poderá o dito menor valer-se d'esta nullidade nos casos seguintes:

1.º Nas obrigações, que tiver contrahido sobre cousas de arte ou profissão em que seja perito;

2.º Se tiver usado de dolo para se fazer passar por maior.

§ unico. A simples declaração, ou inculca de maioridade, ou de emancipação, não é sufficiente para, n'este caso, caracterisar o dolo.

(Vid. nota ao artigo 98.º)

SECÇÃO XXII

DO REGISTO DE TUTELAS

Art. 300.º Em cada juizo orphanologico haverá um livro numerado, rubricado e encerrado pelo respectivo juiz, para serem registadas as tutelas dos menores e interdictos.

§ unico. O escrivão, que servir o officio n.º 1 será encarregado d'este livro, no qual lançará não só as tutelas do seu cartorio, mas tambem as dos outros, para o que deverão os respectivos escrivães transmittir-lhe as necessarias notas.

Art. 301.º As paginas d'este livro serão divididas em columnas, ou casas, em que se declare:

1.º A filiação, a idade e o domicilio do menor, ou do interdicto;

2.º A importancia do seu patrimonio em bens mobiliarios e immobiliarios;

3.º As datas em que teve principio e fim o inventario;

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

5.º Se o tutor tem hypotheca, ou prestou outra caução;

6.º As datas, em que começou e findou a gerencia do tutor;

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

8.º As observações que occorrerem.

Art. 302.º O livro, mencionado nos artigos precedentes, será acompanhado de um indice alphabetico dos nomes dos tutores e dos tutelados.

A doutrina d'esta secção foi introduzida toda pela commissão revisora. O projecto primitivo com rasão não incluia disposição alguma das comprehendidas n'esta secção, que são demasiadamente regulamentares.

Foi introduzida esta materia logo na primeira revisão, e ainda com maior extensão do que hoje se encontra no codigo.

A secção correspondente a esta na edição de 1863 consta de oito artigos, que foram conservados taes quaes na edição de 1864, e só na edição de 1865, que foi apresentada como proposta de lei pelo governo ás côrtes, é que appareceram eliminados quatro artigos, aliás tão regulamentares como os que ficaram.

Em sessão da commissão revisora de 2 de novembro de 1864 mostrou o sr. Branco os inconvenientes de encarregar um só escrivão do registo de todas as tutelas do juizo, especialmente em vista das numerosas declarações que o livro devia conter, e propoz que no livro apenas se mencionassem os nomes dos menores, com a designação do escrivão em que corria o inventario.

Posta á votação a proposta, n'aquella sessão ficou empatada, e a final rejeitada na sessão seguinte, 5 do referido mez e anno, foram eliminados os quatro artigos a mais que a commissão inseriu no projecto, quando n'elle introduziu esta doutrina.

O fim do registo das tutelas é facilitar aos juizes, curadores, protutores, vogaes do conselho de familia, e escrivães, n'uma palavra a todos os que intervem na administração da tutela, meios seguros, e faceis de encontrarem esclarecimentos para procederem como for mais conveniente.

Este registo abrange unicamente as tutelas judiciaes, tanto dos menores como dos interdictos, isto é, de todos aquelles cujos processos correm nos cartorios dos escrivães do juizo. N'este livro pois não se faz menção da tutela dos abandonados e dos filhos de pessoas miseraveis, que é tutela puramente administrativa, que deverá ser regulada, quando se organisar convenientemente a instituição de que ella depende.

No começo da execução do codigo entrou em duvida se o livro, que deve haver em cada juizo orphanologico para serem registadas as tutelas dos menores e interdictos, e de que é encarregado o escrivão do officio n.º 1.º do mesmo juizo, devia ser pago pelo escrivão respectivo, ou pelo cofre das multas menores, e o governo declarou em portaria de 6 de abril de 1868 que em vista do § unico do artigo 300.º, no qual se determina que no mencionado livro sejam lançadas, não só as tutelas do cartorio do sobredito officio, mas tambem as dos outros, devia ser paga pelo respectivo cofre das multas menores a quantia em que importasse o custo do mesmo livro.

Art. 303.º O escrivão ou o juiz, que pela sua parte deixar de cumprir o que fica disposto n'esta secção, incorre em responsabilidade por erro de officio, e pelas perdas e damnos a que der causa.

(Vid. nota ao artigo 62.º)

SECÇÃO XXIII

DA EMANCIPAÇÃO

Art. 304.º O menor póde emancipar-se:

1.º Pelo casamento;

2.º Por concessão do pae, da mãe na falta d'este, ou do conselho de familia, na falta de ambos.

(Vid. artigos 306.º, 307.º e 1060.º) O menor adquire o direito de reger a sua pessoa e bens pela emancipação e pela maioridade, nos termos prescriptos n'esta e na seguinte secção.

As disposições exaradas na secção presente são, na sua totalidade, applicaveis só aos filhos legitimos. E é talvez por isso que no projecto primitivo vinha esta doutrina em seguida á secção XVI, que se inscreve «*do arrendamento e da venda dos bens dos menores*». Parecendo que o illustrado auctor do projecto a faria applicavel só aos menores, filhos legitimos nos termos das secções anteriores. Foi no entretanto transferida para aqui a materia da emancipação, e inscreve-se a secção «*da emancipação*» em geral de certo, porque algumas das suas disposições são applicaveis a qualquer menor sujeito ao juizo orphanologico, como são, por exemplo, as relativas aos effeitos da emancipação, etc.

O nosso direito anterior não só reconhecia a emancipação, pelos dois modos estabelecidos no codigo; mas tambem declarava emancipado o ordinando de ordens sacras, o bacharel formado, e o official do

exercito ou marinha que tivesse completado vinte e um annos, reforma judicial, artigo 453.º

O projecto primitivo permittia a emancipação, alem dos modos conservados no codigo, pelo grau de bacharel formado, pelas ordens sacras, pelo curso completo das escolas polytechnicas e medico-cirurgicas de Lisboa e Porto, e pela posse ou exercicio de algum emprego de nomeação regia.

A emancipação pelas habilitações litterarias, ou pela posse de emprego tinha effectivamente rasão de ser na lei velha, e no projecto primitivo, porque tanto o nosso direito anterior, como o projecto do sr. Seabra marcavam a maioridade aos vinte e cinco annos. Mas hoje que a maioridade é aos vinte e um, artigo 311.º, que não ha admissão a ordens sacras antes d'esta idade, que os cursos de instrucção superior, especialmente com a complicação dos actuaes estudos preparatorios, difficilmente se concluem antes dos vinte e um annos, que antes d'esta idade se não obtem em regra um emprego de nomeação regia e que alem d'isso se estabelece o direito de emancipação aos dezoito annos sem distincção de sexo, artigo 307.º, não ha inconveniente em supprimir todos os modos de emancipação *legal*, reconhecidos no direito anterior e no projecto primitivo, salvo a emancipação pelo casamento, que a commissão revisora conservou, como não podia deixar de ser.

Vejamos os dois modos de emancipação, que o codigo admitte.

1.º, etc. Comquanto o casamento, tanto pela lei civil, artigos 1073.º e 1074.º, como pelas leis da igreja artigo 1069.º, possa effectuar-se logoque o varão complete quatorze annos e a mulher doze, não produz todavia a emancipação pelas disposições do codigo senão for competentemente auctorisado, e não tiver o varão dezoito annos e a mulher dezeseis, artigos 306.º e 1058.º a 1061.º

Foi a commissão revisora quem introduziu no artigo 306.º, correspondente ao artigo 283.º do projecto primitivo, as palavras «*tendo o varão dezoito annos completos e a mulher dezeseis*».

O menor casando sem a auctorisação legal, nos termos dos artigos 224.º n.º 18.º e 1061.º, fica privado da administração dos bens até á maioridade, artigos 306.º e 1060.º § 1.º, e apenas póde pedir alimentos, que nunca irão alem dos *rendimentos* dos seus bens. O capital em caso nenhum póde ser sacrificado aos alimentos do menor.

Mas se o casamento for competentemente auctorisado, e todavia o varão não tiver dezoito annos, ou a mulher dezeseis, fica tambem o menor inhibido da administração dos bens até á maioridade? Não. Fica inhibido da administração dos bens só até á idade dos dezoito ou dezeseis, segundo é varão ou mulher.

O casamento dos menores sem o consentimento dos seus superiores é uma transgressão da lei prohibitiva, artigo 1058.º n.º 1.º; e, como *pena* d'essa transgressão, artigo 1059.º, não entra o menor na administração dos bens senão depois de ter chegado á maioridade, artigo 1060.º § 1.º

Porém o casamento, sendo devidamente auctorisado, é permittido antes da idade dos dezoito aos varões e dos dezeseis ás mulheres, artigo 1073.º; e por isso os que casarem antes d'esta idade, ficam privados da administração dos bens só até a completarem, porque somente n'esta epocha, segundo as presumpções do legislador, é que o individuo está apto para *reger sua pessoa e bens*, que é o que significam as palavras «*effeitos legaes*» empregadas no artigo 306.º

O codigo não applica ao facto do casamento do varão antes dos dezoito annos, e da mulher antes dos dezeseis, a penalidade prescripta em o § unico do artigo 306.º, e no § 1.º do artigo 1060.º para o facto

do casamento sem a devida auctorisação; porque se a falta de auctorisação para o casamento é uma transgressão da lei, não o é o casamento do varão antes dos dezoito annos, nem o da mulher antes dos dezeseis com a devida auctorisação. Pelo contrario o codigo permitte expressamente, artigo 1073.º, o casamento ao varão maior de quatorze annos, e á mulher maior de doze. Portanto o casamento antes d'esta idade celebrado com auctorisação legal produz o unico effeito de não habilitar os casados a regerem as suas pessoas e bens como maiores emquanto não attingirem a idade que é precisa para pelo casamento se verificar a emancipação.

A emenda introduzida pela commissão revisora com o acrescentamento das palavras «*tendo o varão dezoito annos completos, e a mulher dezeseis*» não tem justificação possivel.

Pois auctorisa-se o individuo a praticar o acto mais importante e mais grave da vida civil, como é o ligar-se perpetuamente a uma pessoa de outro sexo, e não se lhe deixa a liberdade de administrar-se e aos seus bens, acto secundario e até insignificante em presença d'aquelle? Mais. Pela doutrina da commissão revisora o menor de dezoito annos, sendo varão, e de dezeseis sendo mulher, tem o patrio poder sobre os filhos, artigos 137.º e seguintes, e tem o direito de administrar os bens d'estes, porque, comquanto a menoridade seja impedimento para o exercicio da tutela, artigo 234.º, não o é para o exercicio do patrio poder, e não póde todavia reger a sua pessoa e bens! Se o menor for a mulher, e o marido menor, ou maior, continua sobre ella o patrio poder, devendo a mulher cumprir os preceitos dos paes, artigo 142.º, e deixando de obedecer ao marido, conforme ao disposto no artigo 1185.º?

Preferirá n'este caso durante a menoridade da mulher a tutela do pae á do marido, que aliás prefere á d'aquelle no caso de interdicção, artigo 320.º?

Poderá ser inhibido o menor de reger a pessoa e bens dos filhos, emquanto não attingir aquella idade, nos termos do disposto no artigo 168.º n.º 1.º?

O artigo 168.º, tratando da suspensão do patrio poder, depois de fallar do seu exercicio, parece referir-se unicamente á hypothese de se *interromper a acção* do patrio poder por causa superveniente, depois de existir em exercicio; e por isso não é applicavel ao nosso caso, e principalmente porque em artigo nenhum se declara como *incapacidade* para o exercicio do patrio poder a menoridade.

Pelo contrario a lei, permittindo aos menores de dezoito annos, sendo varões, e de dezeseis, sendo femeas, o casamento, reconheceu a sua aptidão, não só para o facto da procreação, mas tambem para a satisfação de todos os deveres matrimoniaes.

A unica cousa rasoavel era na pratica considerar como não escriptas as palavras «*tendo o varão dezoito annos completos, e a mulher dezeseis*». O respeito pela provisão contida n'aquellas palavras importa o desprezo do systema do codigo sobre os direitos matrimoniaes e relações conjugaes, e é obrigação do interprete conciliar as disposições antinomicas das leis, tirando o sentido mais accommodado ao pensamento do legislador, e aos bons principios; e n'este caso não ha outro meio de conciliação, senão julgar prejudicada aquella provisão pelo mechanismo geral do codigo, e pelos preceitos legaes, cuja execução é incompativel com a da referida provisão.

E tanto mais que a commissão revisora, conservando a penalidade estabelecida no projecto primitivo para o caso de se effectuar o casamento sem a competente auctorisação, não declara quaes são as consequencias do regimen matrimonial até que o varão preencha os dezoito annos ou a mulher os dezeseis.

Todavia a lei, por mais absurda que seja, ha de ser respeitada, e sobretudo quando o seu preceito é tão claro, como na especie em questão; conseguintemente os casados, não tendo dezoito annos de idade o varão, nem dezeseis a mulher, não podem reger as suas pessoas, nem administrar seus bens, comquanto possam reger as pessoas e bens dos filhos.

É altamente absurda esta doutrina, mas é a que se acha escripta nos artigos 137.º e 306.º do codigo.

N'este ponto ainda a conciliação das disposições do codigo é possivel, comquanto d'ella resulta absurdo. Mas n'outros pontos ha absoluta impossibilidade de conciliação.

Supponhâmos que a mulher é menor de dezeseis annos e o marido de dezoito? Continua ella sujeita ao patrio poder, e á tutela anterior, ou ao poder marital? É preciso seguir uma opinião decisiva a este respeito, e nós sustentâmos que ella está sujeita ao poder marital, porque não adoptâmos as conclusões absurdas do preceito, que analysámos, senão até onde formos forçados a aceita-las pela disposição expressa da lei.

E se o marido for menor tambem? Fica ella do mesmo modo sujeita ao poder marital, que não é excluido pelo facto da menoridade.

O marido continua sujeito ao patrio poder ou tutela anterior, mas dirige e representa a mulher, como representa os filhos, elle que não póde representar-se a si sem auctorisação!

É absurdo isto, mas é o que resulta necessariamente da disposição do codigo.

Supponhamos porém que é menor o marido, e maior a mulher, a quem fica sujeito o marido, ao patrio poder ou tutela anterior, ou á tutela da mulher?

A administração do casal deve pertencer á mulher, que faz as suas vezes na ausencia ou qualquer outro impedimento do marido, mas não póde pertencer-lhe a tutela do marido, que é isso incompativel com os direitos maritaes, que este tem sobre ella.

Se o codigo de processo não remediar estes males, e se os tribunaes respeitarem em toda a sua plenitude ao preceito contido na emenda introduzida pela commissão revisora no artigo 306.º, podemos ver n'algumas hypotheses completamente transtornado o systema de organisação da familia.

Os menores de dezoito annos, sendo varões, e de dezeseis sendo mulheres, casados ao tempo da promulgação do codigo, ficam sujeitos ás disposições da lei nova, devendo voltar outra vez ao regimen da menoridade?

A maior parte dos escriptores seguem em these a affirmativa com o fundamento de que as leis relativas ao estado e capacidade civil das pessoas abrangem o passado sem ferirem o principio da não retroactividade. Nós, que partimos do principio do respeito pelo direito adquirido, entendemos que os menores não podem ser privados pela lei nova do direito *adquirido*, que tinham ao tempo da promulgação do codigo, de regerem a sua pessoa e administrar seus bens. Pela mesma rasão sustentâmos que o emancipado pelo casamento não volta ao regimen da menoridade, se enviuvar antes de ter chegado á maioridade.

2.º, etc. É a repetição do já disposto no artigo 224.º n.º 22.º Vivo o pae, e achando-se no exercicio do patrio poder, é a elle que compete conceder a emancipação aos filhos, porque é a elle que *especialmente* com-

pete, como chefe da familia, dirigir e representar os filhos menores, artigo 138.º; mas nos termos da primeira parte do mesmo artigo, deve *ouvir* a mãe n'este caso, sob pena de nullidade da emancipação, vista a disposição do artigo 10.º

A emancipação é concedida pelos paes, ou os filhos sejam legitimos, ou perfilhados espontaneamente, porque estes acham-se sujeitos, como aquelles, ao patrio poder, artigo 166.º

Para valer a emancipação feita pelo pae é precisa a *audiencia* da mãe, artigo 138.º, e o *accordo* do filho, artigo 309.º Ao menor póde convir a continuação do patrio poder, e por isso não deve conceder-se-lhe contra sua vontade a emancipação, que é feita no seu interesse.

Ha de ser raro o caso de não consentir o filho na sua emancipação; póde porém occorrer especialmente com pae ou mãe ou viuvos, a quem seja incommoda a presença do filho em sua casa. É justo e decoroso procurar sempre o accordo do filho. O pae que quizesse emancipar um filho ou filha contra vontade do emancipando, tornar-se-ia por isso mesmo suspeito de proceder dolosamente.

A mãe concede a emancipação, não só na *falta*, mas no impedimento do pae, e o conselho de familia não emancipa senão na falta ou impedimento de ambos, como na especie identica de licença para casamento, artigo 1061.º, em que o impedimento é equiparado á falta.

Nos expressos termos do artigo 139.º a mãe faz *as vezes* do pae no caso de ausencia *ou de outro impedimento* d'este.

O conselho de familia, assim como emancipa na falta dos paes, emancipa no seu impedimento, porque não ha outra entidade, a quem a lei commetta esta funcção.

O avô que, sendo tutor, é competente para auctorisar o casamento do menor, artigos 224.º n.º 18.º e 1061.º, não é todavia competente para o emancipar.

Para poder effectuar-se a emancipação é preciso que o menor, sem distincção do sexo, tenha dezoito annos, salvo com relação aos menores abandonados, que podem ser emancipados aos quinze annos, artigo 289.º, e salva a emancipação pelo casamento com relação ás mulheres. Pelo nosso direito anterior a emancipação concedia-se aos varões aos vinte annos, e ás mulheres aos dezoito.

A emancipação poderá ser requerida? Durante o patrio poder não. A emancipação feita pelo pae ou mãe é um acto de mera espontaneidade, e não ha recurso algum contra a decisão d'elles se a negarem.

A emancipação dos filhos priva os paes de direitos, de que elles não devem ser esbulhados contra sua vontade: nem a lei marca recurso algum da decisão dos paes se elles negarem a emancipação pedida pelo filho.

Verdade seja que a ordenação, livro III, titulo IX, § 4.º, que não está expressamente revogada, permittia ao menor o exigir do pae, que o emancipasse como se vê das palavras «e no caso, onde o pae diz que o filho está sob seu poder, e o filho diz ser emancipado, ou diz que por direito deve ser seu pae constrangido ao emancipar».

Todavia o exercicio do direito que esta ordenação concedia ao menor é incompativel com o systema do codigo. O menor apenas póde queixar-se de abuso de poder dos paes, artigos 141.º e 161: e, se os paes forem inhibidos do exercicio do patrio poder, ser tutelado, e em seguida emancipado pelo conselho de familia.

A emancipação feita pelo conselho de familia podem requere-la os interessados, isto é, tanto o tutor com o menor: e da decisão do conselho de familia, ou a conceda ou a negue, ha recurso para o conselho de tutela, vista a generalidade do artigo 226.º

Art. 305.º A emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens, como se fosse maior.

(Vid. nota ao artigo 97.º)

Art. 306.º A emancipação por casamento, porém, só produzirá os seus effeitos legaes, tendo o varão dezoito annos completos, e a mulher dezeseis, e tendo sido o casamento competentemente auctorisado.

§ unico. Casando-se o menor, sem a necessaria auctorisação, continuará a ser considerado como menor emquanto á administração de seus bens, até á maioridade; mas ser-lhe-hão arbitrados dos rendimentos dos ditos bens os alimentos necessarios ao seu estado.

Art. 307.º A emancipação mencionada no artigo 304.º n.º 2.º só póde verificar-se com aprazimento do menor, e depois que este haja completado dezoito annos.

(Vid. nota ao artigo 304.º)

Art. 308.º A emancipação, outorgada pelo pae ou pela mãe, consistirá n'um simples auto ou termo, assignado perante o juiz do domicilio do emancipante; e a outorgada pelo conselho de familia consistirá no auto de deliberação tomada na fórma ordinaria.

§ unico. O juiz mandará passar em seguida o respectivo alvará, que só produzirá o seu effeito, em relação a terceiros, desde que for registado no livro das tutelas.

Art. 309.º No caso do numero do artigo 304.º, o menor emancipado requererá ao juiz competente, ajuntando os documentos comprovativos do seu casamento, idade e respectiva licença, que o faça entrar na administração dos seus bens; e o juiz deferirá como for justo, sem audiencia prévia de alguem.

§ unico. O despacho, que mandar entregar a administração, só produzirá o seu effeito, em relação a terceiros, desde que for registado no livro das tutelas.

(Vid. artigo 930.º) O objecto d'estes artigos é da competencia propriamente do codigo do processo. A emancipação *voluntaria*, ou seja concedida pelos paes, ou pelo conselho de familia, ou pelo de tutela em recurso da decisão d'este, é sempre realisada por intermedio do juiz, que passa o alvará como consequencia da declaração dos paes ou da resolução do conselho de familia, a que o juiz não póde oppor-se, salvo havendo manifesta violação da lei, como o não ter o menor a idade legal.

N'este caso, se a emancipação é feita pelos paes, deve o juiz recusar-se a passar o alvará, se é concedida pelo conselho de familia, deve o curador interpor os competentes recursos.

Determina o codigo que a emancipação outorgada pelo pae ou pela

mãe seja feita perante o juiz do domicilio *do emancipante*. Portanto, ainda que seja outro o juiz do inventario, no caso de ser fallecido um dos paes, e de ser concedida a emancipação pelo sobrevivo, não é perante esse juiz, mas perante o do domicilio do emancipante que ha de lavrar-se o termo da emancipação.

Supponhamos que um dos conjuges falleceu em Lisboa e ahi correu o inventario, e que o sobrevivo foi depois domiciliar-se no Porto, é perante o respectivo juizo civel do Porto que ha de fazer-se a emancipação.

O verdadeiro juizo do orphão é o juizo do inventario, é perante este que a emancipação se faz quando outorgada pelo conselho de familia, é o juiz do inventario que manda registar no livro das tutelas o alvará de emancipação passado pelo juiz do emancipante, etc.

É boa a providencia ácerca do juizo onde deve particar-se o acto da emancipação, quando não ha inventario onde ella se processe. Mas na generalidade em que se acha estabelecida no codigo é inaceitavel.

Da deliberação do conselho de familia, que outorga a emancipação, deve lavrar-se *auto*, porque das deliberações do conselho de familia se lavra sempre auto e não *termo*. A outorga da emancipação, feita pelo pae ou pela mãe, póde ser indifferentemente feita em auto ou termo.

Na emancipação *legal*, isto é, pelo casamento, como o menor não fica emancipado pelo simples facto do matrimonio, sem acrescerem as duas circumstancias seguintes: 1.ª, de ter dezoito annos o varão e dezeseis a mulher, artigo 306.º; 2.ª, de haver precedido auctorisação para o casamento nos termos do artigo 1061.º, é preciso ajuntar com a certidão do casamento a de idade e da licença respectiva para entrar na administração.

Se o menor emancipado pelo casamento for a mulher, e tiver havido contrato dotal, com registo provisorio de dote e de hypotheca, o juiz exigirá para a entrega dos bens, alem dos documentos mencionados no artigo 309.º, a certidão de se achar averbado de definitivo o registo provisorio, artigo 930.º

O tutor e por analogia o pae, que sem despacho do juiz fizer a entrega dos bens ao menor, emancipado pelo casamento, responde por perdas e damnos, citado artigo 930.º § unico.

Pelo mesmo argumento de analogia parece que igual responsabilidade deve pesar sobre o pae ou tutor, que entregar ao maior os bens sem despacho do respectivo juiz, nos termos do artigo 312.º

O juiz defere ou indefere ao requerimento do menor, emancipado pelo casamento, que pede a entrega dos bens, *sem audiencia previa de alguem*, contra o que dispunha o projecto primitivo, que exigia a audiencia dos paes ou do conselho de familia.

A *audiencia* exigida pelo projecto primitivo não assentava em rasão, que a justificasse, e tinha o inconveniente de protelar a entrega dos bens ao menor. A entrega dos bens n'este caso depende unicamente de se verificarem conjunctamente os tres requisitos seguintes: 1.º, casamento; 2.º, devidamente auctorisado; 3.º, ter o varão dezoito annos, e a mulher doze; e todas estas circumstancias se provam *com documentos*, que só podem ser combatidos com o fundamento de falsidade, mas essa questão ha de debater-se pelos meios ordinarios.

Portanto o juiz não tem que ouvir nem o ministerio publico, ou o curador dos orphãos nem os anteriores representantes do menor. Deve só em presença dos documentos deferir ou indeferir, como entender de justiça.

O maior para requerer a entrega dos bens é apenas obrigado a ajuntar a certidão de que tem vinte e um annos de idade, artigo 312.º, e o juiz defere tambem *sem audiencia de pessoa alguma*, contra o disposto no projecto primitivo, e só póde sobreestar na entrega dos bens nos dois casos seguintes: 1.º, se houver sentença de interdicção; 2.º, se houver principio, só que seja de processo para esse fim, artigo 313.º, poisque a interdicção póde applicar-se tambem aos menores, se for requerida dentro do anno proximo á maioridade, artigo 314.º § unico.

Para que o processo intentado contra o requerente obste á entrega dos bens não basta que d'elle possa resultar a interdicção, como se o menor está envolvido em accusação criminal por delicto, a que corresponda pena que o torne interdicto da administração dos bens, se for condemnado, e passar em julgado a condemnação. Para o processo intentado contra o requerente obstar á entrega dos bens é absolutamente indispensavel, que elle tenha por fim principal e directo a interdicção por demencia ou por surdez-mudez. É o que se infere da redacção do final do artigo 313.º

O alvará de emancipação, passado em virtude da declaração dos paes, ou da deliberação do conselho de familia, produz os mesmos effeitos que o *despacho*, que manda entregar a administração dos bens ao maior, ou ao emancipado pelo casamento.

Apesar da redacção do artigo 312.º não ser explicita, deve ser applicavel, por analogia, ao despacho que manda entregar os bens ao *maior* tudo quanto se dispõe no § unico do artigo 309.º com relação ao despacho que manda entregar os bens ao *emancipado pelo casamento*.

Tanto o *alvará* como o *despacho* só produzem o seu effeito em relação *a terceiros*, desde que adquirem a publicidade legal, por meio da sua inscripção no registo das tutelas; isto é, no intervallo entre o alvará ou despacho e o seu registo valem para com terceiros todos os actos e contratos feitos pelo tutor em nome do ex-tutelado.

Para o publico o emancipado ou maior continua a ser considerado como tutelado emquanto não apparecer no registo das tutelas o alvará de emancipação ou o despacho de entrega dos bens. Porém o pae ou o tutor devem considera-lo desde logo, como apto para reger a sua pessoa e administrar seus bens, entregando-lhe immediatamente estes, e cessando na administração sob pena de responsabilidade por perdas e damnos.

O tutor continua a obrigar o tutelado até que se faça o registo, mas não se salva de responsabilidade para com este continuando na administração, depois de *saber* que as suas funcções de tutor acabaram.

A seu tempo veremos que o registo de qualquer acto juridico não é preciso para este produzir effeito entre as proprias partes ou seus representantes, e que só é indispensavel para produzir effeito com relação a terceiros.

Art. 310.º Concedida a emancipação, não póde ser revogada.

A irrevogabilidade da emancipação é consequencia do systema da lei nova, que dá ao emancipado os mesmos direitos, que ao maior, salvo o caso excepcional previsto em o n.º 1.º do artigo 1058.º

Pela lei velha o menor emancipado não podia, sem auctorisação, alienar bens de raiz, nem arrenda-los por mais de tres annos, nem passar recibo geral ao tutor pela sua administração, antes de completar vinte e cinco annos; e o menor emancipado, que praticava sem a devida auctorisação aquelles actos, era de novo submettido á tutela anterior, artigo 460.º da reforma, da qual não tinha saído *completamente*.

Em vista do codigo a emancipação uma vez concedida não póde ser *revogada*. Como pela legislação vigente o emancipado não obtem uma emancipação *incompleta*, mas a *plenitude* dos seus direitos civis, a acquisição d'este estado é inalteravel; e apenas póde perder-se ou suspender-se o livre exercicio dos direitos civis nos casos de interdicção nos termos dos artigos 344.º e seguintes.

SECÇÃO XXIV

DA MAIORIDADE

Art. 311.º A epocha da maioridade é assignada, sem distincção de sexo, aos vinte e um annos completos. O maior fica habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens.

(Vid. nota ao artigo 97.º)

Art. 312.º O maior deve requerer, com a certidão de idade, que lhe sejam entregue os bens, que tiverem estado em administração, e se lhe dê baixa no registo de tutelas.

Art. 313.º O juiz, porém, sobreestará sempre na entrega dos bens, havendo sentença de interdicção, proferida contra o requerente, ou processo, só que seja, pendente para esse fim.

(Vid. nota ao artigo 308.º)

TITULO X

DA INCAPACIDADE POR DEMENCIA

Art. 314.º Serão interditos do exercicio de seus direitos os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens.

§ unico. Esta interdicção póde applicar-se a maiores, ou a menores, comtantoque, n'este ultimo caso, seja requerida dentro do anno proximo á maioridade.

Examinadas as regras para a administração da pessoa e bens dos incapazes por motivo de menoridade, segue-se tratar da incapacidade dos maiores. N'este titulo trata-se dos incapazes por falta de intelligencia, como são os dementes, os imbecis que não são capazes de formar idéa que não respeite á satisfação das suas necessidades physicas e os furiosos, ainda com intervallos lucidos, porque seria difficil averiguar se os actos por elles praticados o foram ou não n'esses intervallos.

Não basta um ou outro facto isolado de desarranjo nas faculdades mentaes para se decretar a interdicção. É precisa uma *serie* de actos que *mostrem* a incapacidade do individuo para se governar.

A interdicção por motivo de demencia póde applicar-se tanto a maiores, como a menores, sendo requerida com relação a estes no

praso que decorre desde o complemento dos vinte annos até ao complemento dos vinte e um, isto é, dentro do anno proximo á maioridade.

A interdicção por prodigalidade é que só póde ser requerida contra maiores ou menores emancipados, artigo 341.º; porque, como os menores durante a menoridade são excluidos da administração dos bens, não tiveram occasião de dar provas completas da sua prodigalidade.

Por excepção administram os menores os bens que lhes pertencem nos termos dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 147.º; mas nem podem considerar-se prodigos os menores que possuem bens adquiridos pelo seu trabalho, nem conviria applicar a interdicção por prodigalidade aos que dissipassem os bens por aquella fórma adquiridos.

O § unico do artigo não vinha no projecto primitivo, foi introduzido pela commissão revisora em sessão de 5 de novembro de 1860, por proposta do sr. Seabra, e tem por fim obstar á entrega dos bens ao tutelado, que chega á maioridade, mas que é incapaz de reger-se e administrar seus bens. O juiz não lhe entrega a administração dos bens, logoque haja requerimento, só que seja, pedindo a interdicção, artigo 313.º, sem conhecer d'esta questão, e entrega-lh'a á vista simplesmente da certidão de idade se não houver processo com o fim da interdicção.

O codigo não permitte requerer interdicção contra os menores, senão depois dos vinte annos, quando elles antes d'esta idade já exercem importantissimos direitos, como são, depois dos quatorze annos, o direito de testar, artigo 1764.º n.º 3.º, o direito de ser testemunha, artigo 2510.º n.º 3.º, etc.

Todavia, como o artigo 1764.º n.º 1.º prohibe testar aos que não estão em seu perfeito juizo, e o artigo 1913.º impõe ao tabellião e ás testemunhas a obrigação de se certificarem se o testador está em seu perfeito juizo, não é provavel que seja admittido a fazer testamento o menor que se não acha no perfeito uso das suas faculdades.

Verdade seja que o tabellião e as testemunhas do testamento não são *peritos* para avaliarem devidamente em todos os casos o estado do testador, que muitas vezes não póde ser apreciado, nem mesmo pelas declarações dos peritos isoladamente, carecendo estas de ser corroboradas com os depoimentos de testemunhas, artigo 347.º §§ 4.º e 5.º

Porém os interessados não ficam inhibidos de requerer a nullidade do testamento com fundamento na incapacidade do testador, apesar do tabellião portar por fé, que no entender d'elle e das testemunhas o testador estava no seu perfeito juizo, como diremos em a nota aos artigos 2507.º e 2508.º

O certo é que, finda a menoridade, os incapazes por demencia deixam de ser regidos, como menores, para serem regidos como maiores incapazes.

Saem da tutela da menoridade, e passam para a tutela dos interdictos por demencia.

Art. 315.º A interdicção póde ser requerida por qualquer parente successivel, ou pelo conjuge do desassisado.

§ unico. Em tal caso o ministerio publico será o defensor do arguido.

Art. 316.º A interdicção será requerida pelo ministerio publico:

1.º Na falta das pessoas mencionadas no artigo antecedente:

2.º No caso de demencia acompanhada de furor, ou tendo o desassisado filhos menores, se as sobreditas pessoas a não requererem.

§ unico. N'este caso nomeará o juiz defensor ao arguido.

(Vid. artigo 339.º) O codigo *faculta* o direito de requerer a interdicção aos interessados na boa administração dos bens do demente, que são o conjuge, e os parentes *successiveis*, isto é, os parentes dentro do decimo grau, artigos 2004.º e 2005.º

A palavra «*successivel*», que se lê no artigo 315.º, não vinha no projecto do sr. Seabra, nem foi introduzida pela commissão revisora. Foi um additamento feito pela commissão de legislação da camara dos deputados, que nos serve de argumento para acreditarmos que a referida commissão de legislação se referiu aos parentes successiveis em toda a parte onde conservou sem modificação a palavra «*parente*»; assim como a commissão revisora foi dominada por igual pensamento, introduzindo no artigo 177.º as palavras «*até ao decimo grau*», que não vinham no artigo correspondente do projecto primitivo. Na palavra «*successiveis*» comprehendem-se os parentes perfilhados.

É obrigação do ministerio publico, como representante da sociedade, requerer a interdicção na *falta* d'aquellas pessoas, obrigação que devemos ampliar ao caso de *impedimento* que para todos os effeitos se equipara á falta.

O ministerio publico não póde requerer a interdicção, existindo as pessoas mencionadas no artigo 315.º, e deixando estas de a requerer salvos os dois casos: 1.º, de ser a demencia acompanhada de furor, porque a segurança publica, pela qual o ministerio publico deve velar, podia ser compromettida pelos actos do furioso; 2.º, de ter filhos menores, desassisado dos quaes o ministerio publico é advogado nato.

N'esta segunda hypothese, aindaque os descendentes, não sejam menores, se forem interdictos, procede tambem a obrigação do ministerio publico requerer a interdicção, porque a rasão é a mesma, são applicaveis aos interdictos as regras relativas á menoridade, artigo 321.º, e até por argumento do disposto no artigo 341.º, que impõe ao ministerio publico a obrigação de requerer a interdicção por prodigalidade, quando o prodigo tiver descendentes menores ou interdictos.

Para requerer a curadoria por motivo de ausencia tem o ministerio publico direito plenissimo, haja ou não herdeiros, legitimos ou testamentarios, e sejam estes capazes ou incapazes, porque se trata simplesmente de prover *aos bens*.

A interdicção porém, qualquer que seja o motivo que se allegue, entende directa e primeiramente com a pessoa, e por isso o ministerio publico, salva a necessidade de segurança para a ordem social, e a sua obrigação de velar pelos interesses de herdeiros interdictos os menores, não póde intervir quando existem herdeiros a quem o pretendido interdicto por todas as rasões deve ser caro, e que queiram poupa-lo ao desgosto de um procedimento judicial por interdicção.

Pela ordenanção, livro 4.º, titulo CIII, até *ex-officio* o juiz podia proceder á interdicção por demencia. Porém essa intervenção officiosa acabou em presença do codigo.

Se o parente successivel é menor póde o tutor requerer a interdicção, em nome do seu tutelado.

Não tendo o demente filhos menores ou interdictos, nem sendo acommettido de furor, se nem os parentes successiveis, nem o conjuge requererem a interdicção, não póde requere-la o ministerio publico, porque a familia do demente póde ter suas rasões para poupar a um dos seus membros a revelação publica da desgraça que o feriu.

E se a familia não quizer requerer a interdicção, e deixar o demente entregue ao mais completo abandono? Não póde intervir o ministerio publico, que não exerce attribuições que não lhe sejam conferidas por lei, mas deve a auctoridade administrativa providenciar para que o infeliz seja recolhido n'algum estabelecimento de beneficencia.

O defensor nato do arguido é o ministerio publico, salvo sendo o requerente; porque n'este caso, como não póde accumular as funcções de defensor e de accusador, nomeia-se-lhe um defensor especial. As pessoas designadas nos artigos 315.º e 316.º são tambem as competentes para requerer a interdicção do surdo mudo, artigo 339.º, á qual são applicaveis as regras estabelecidas n'esta secção, salvo o disposto no artigo 338.º

Convem notar que sendo o ministerio publico o *defensor* do arguido não ha logar á nomeação de curador. Basta a defeza feita pelo ministerio publico, que não carece de ser corroborada com a nomeação de curador especial. É a doutrina, que resulta das disposições do artigo que n'esta parte revogou a nossa lei de processo.

E n'esta conformidade julgou a relação do Porto em accordão de 22 de fevereiro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 128, 3.º anno.

Art. 317.º A acção de interdicção será proposta perante o juiz de direito do domicilio do desassisado, pela fórma seguinte:

§ 1.º O requerente apresentará ao juiz o seu requerimento articulado, e com elle o rol das testemunhas, e os documentos que devam comprovar a demencia.

§ 2.º O juiz, ouvindo o ministerio publico, se este não for o requerente, ou, se o for, o defensor que nomear, convocará o conselho de familia, que dará o seu parecer.

§ 3.º Se á vista d'este parecer, e de quaesquer outras circumstancias, achar que o requerimento é infundado, este será desde logo indeferido.

§ 4.º Se o parecer do conselho de familia for a favor do requerente, o juiz mandará dar copia ao arguido, ou ao seu defensor, tanto do requerimento como do parecer do conselho de familia, e dos mais documentos que houver, e procederá ao interrogatorio do arguido, e ao seu exame, por dois facultativos, com assistencia do competente magistrado do ministerio publico.

§ 5.º Se d'este interrogatorio e exame não resultar prova cabal da demencia do arguido, procederá o juiz ao inquerito das testemunhas indicadas, fazendo citar o arguido ou o seu defensor, que poderão produzir em defeza testemunhas e documentos.

§ 6.º Seguidamente, o juiz proferirá a sentença e deferirá a tutela, se esta tiver cabimento, a quem competir.

§ 7.º O ministerio publico appellará sempre, para a relação do districto, da sentença que decretar a interdicção.

§ 8.º Esta appellação será recebida só com effeito devolutivo; mas a tutela conferida n'este caso deverá limitar-se, emquanto se não decide o recurso, aos actos de mera protecção da pessoa do arguido, e de conservação de seus bens e direitos, salvo occorrendo urgente necessidade de outros actos, e precedendo para elles auctorisação do juiz, com audiencia do ministerio publico.

§ 9.º Sendo a interdicção decretada pelo tribunal de appellação, o juiz recorrido deferirá immediatamente a tutela, ainda que se interponha o recurso de revista.

(Vid. artigos 349.º, 334.º e 335.º) O codigo talvez mereça desculpa de se espraiar tanto em disposições de processo n'esta materia, em que a nossa legislação era quasi omissa.

Em primeiro logar as causas de interdicção, qualquer que seja o motivo, que se allegue, não podem ser *propostas* perante o juiz ordinario. Hão de ser não só julgadas, mas tambem preparadas pelo juiz de direito, excluida inteiramente a intervenção do juiz ordinario, artigo 342.º

O requerimento para a interdicção ha de ser feito por escripto, e por *artigos*, para serem inquiridas as testemunhas a cada um dos artigos; e não será recebido, não vindo acompanhado do rol de testemunhas, e documentos justificativos da demencia, assim como não poderão ajuntar-se por parte do requerente mais documentos durante o curso da causa, nem additar-se ou substituir-se o rol das testemunhas. É o que se infere da redacção do § 1.º do artigo.

O juiz não ouve o arguido, antes de convocar o conselho de familia, para este dar o seu parecer. A presença no conselho de familia de uma pessoa, que se suppõe demente, não deixaria de ser um embaraço para o mesmo conselho, e emquanto se trata de indeferir o requerimento de interdicção não é prejudicado o arguido pela falta de audiencia.

A deliberação do conselho de familia n'este caso não tem um caracter judiciario, mas sim consultivo. No entretanto o parecer do conselho de familia obriga o juiz, porque, se esse parecer for favoravel ao requerente, o juiz não póde indeferir o requerimento, ha de dar andamento ao processo nos termos dos §§ 4.º e seguintes, parecendo que não póde dar-lhe andamento quando o parecer é desfavoravel.

É o que se deprehende da leitura reflectida e combinada dos §§ 3.º e 4.º Verdade seja que, nos termos do § 3.º, parece que o juiz, para indeferir o requerimento, não é obrigado a regular-se só pelo parecer do conselho de familia, mas que póde attender tambem a *quaesquer outras circumstancias*.

Demais, se o juiz tivesse necessariamente que conformar-se com a deliberação do conselho, quando esta fosse pelo indeferimento do requerimento, a resolução do conselho de familia não teria o caracter de *parecer*, que lhe dá o codigo, mas o de decisão judicial, limitando-se assim a jurisdicção do juiz simplesmente a homologa-la.

Todavia, qualquer que seja a natureza e força juridica d'esse *parecer*, e qualquer que seja a ambiguidade da redacção do codigo n'este ponto, no que a lei é clara, e não admitte duas interpretações, é no

preceito de que o processo de interdicção só tem andamento depois da convocação do conselho de familia, se o parecer d'este for *a favor do requerente*.

Se o parecer do conselho de familia for contra o requerente, por mais fortes que sejam as provas da demencia do arguido, não podem os tribunaes dar andamento ao processo, porque lh'o não permitte o § 4.º do artigo.

Achâmos repugnante esta conclusão n'uma especie que em face dos principios não deve ser julgada pelo conselho de familia, e principalmente dando a lei á decisão do conselho o caracter de *parecer;* mas não podemos tirar corollario diverso em vista da inequivoca disposição do citado § 4.º

O projecto de codigo de processo nos artigos 226.º e 227.º reproduz até certo ponto a doutrina dos §§ 3.º e 4.º do codigo. Oxalá que a commissão encarregada de rever este projecto resolva expressamente a duvida se o juiz, apesar de ser desfavoravel ao requerente o parecer do conselho de familia, póde, em vista de outras provas em contrario, dar andamento ao processo; isto é, que determine claramente se o parecer do conselho quando é contra o requerente obriga ou não a decisão do juiz.

Poderá o juiz indeferir o requerimento, sem proceder ás formalidades ordenadas no § 2.º, se vir que os factos allegados são impertinentes ou improcedentes, vista a regra «*frustra probatur quod probatum non relevat*»? Cremos que sim. O codigo não permitte o indeferimento do requerimento sem a audiencia do defensor do arguido, e a convocação do conselho de familia; mas refere-se de certo ao requerimento apresentado em termos regulares.

Do despacho do juiz indeferindo o requerimento nos termos do § 3.º ha recurso, segundo os principios geraes da lei de processo, para os tribunaes superiores.

Se o parecer do conselho de familia for favoravel ao requerente, o juiz manda dar copia do parecer e do requerimento ao arguido ou ao defensor. Deverá escolher de preferencia o arguido se elle estiver em circumstancias de responder.

Porém, ainda que o defensor seja o ouvido, da audiencia do arguido nunca se prescinde, porque os *interrogatorios* são obrigatorios, e o juiz deve ir faze-los a casa do arguido com a presença do ministerio publico, se o arguido não podér ir a juizo, e pelos mesmos motivos se deve fazer em casa d'elle o exame por facultativos. O interrogatorio é um dos meios mais seguros de verificar o estado do arguido.

Ainda que o codigo permitte ao juiz o dar copia do requerimento e do parecer do conselho de familia ao arguido, *ou* ao seu defensor, bem como o fazer citar a um *ou* ao outro para produzir testemunhas e documentos, parece-nos conveniente que o juiz mande entregar copia a ambos, e a ambos ordene a intimação para a indicação de testemunhas e apresentação dos documentos; e principalmente se o defensor for o ministerio publico, o qual pela natureza das suas funcções intervem em todos os actos do processo de interdicção, porque se trata de riscar um cidadão do numero dos capazes de actos civis.

O codigo com rasão exige mais garantias e solemnidades para se decretar a interdicção, do que para indeferir o requerimento que a pede; e tanto que o ministerio publico, ainda que seja o requerente, appellará sempre para a relação da sentença que decretar a interdicção, assim como é obrigado a appellar das sentenças condemnatorias em pena maior do que cinco annos de degredo, e tres de trabalhos publicos, apesar de ser elle o accusador, reforma judicial, artigos 1185.º e 1197.º

A sentença de 1.ª instancia, que decreta a interdicção, dá-se logo á execução, deferindo-se a tutela. Porém, como a interposição do recurso importa a possibilidade da revogação da sentença, a tutela deve limitar-se aos actos indispensaveis á pessoa e bens do interdicto, não podendo praticar-se actos de maior importancia, como vendas ou trocas de bens de raiz, ainda que n'esses actos haja *utilidade*, salva a hypothese de haver *necessidade* urgente, como pagamento de dividas, etc., porque n'este caso podem effectuar-se com auctorisação do juiz e audiencia do ministerio publico.

É singular que o conselho de familia, apesar de ser nomeado logo que se requer a interdicção § 2.º, sendo demais elemento constitutivo da tutela artigo 185.º, não seja chamado a resolver sobre os negocios de administração do interdito senão depois de se terem decidido definitivamente todos os recursos, e de ter passado em julgado a sentença, vistoque n'esse intervallo é o juiz com audiencia do ministerio publico quem auctorisa os actos mais importantes, § 8.º, assim como é elle quem com audiencia do ministerio publico prefere na tutela legitima o filho mais novo ao mais velho, se o julgar mais competente, artigo 320.º n.º 3.º

Desde que se profere a sentença, que decreta a interdicção, até que passa em julgado parece que a unica attribuição que exerce o conselho de familia é a nomeação de tutor, artigo 320.º n.º 4.º, na falta de tutor testamentario legitimo, artigo 202.º

Se a sentença de primeira instancia julgar improcedente a interdicção, e esta for decretada pela relação em recurso, o accordão da segunda instancia será immediatamente dado á execução, sem embargo do recurso de revista para o supremo tribunal de justiça. É absolutamente escusada a provisão do § 9.º do artigo, porque em materia civil o recurso de revista tem apenas o effeito devolutivo.

Emquanto se não decidir o recurso de revista, limita-se a tutela tambem só aos actos indispensaveis á pessoa e bens do interdicto nos termos do § 8.º? De certo. O recurso de revista ha de produzir os mesmos effeitos que a appellação da sentença de primeira instancia, vistoque, como ella, é tomado no effeito devolutivo. Demais, a disposição do § 9.º está subordinada á do § 8.º, como se mostra claramente comparando a sua redacção com a do § 9.º artigo 317.º do ultimo projecto da commissão revisora.

Uma das rarissimas modificações que a commissão de legislação da camara dos deputados fez no projecto da commissão revisora, apresentado tal qual pelo governo ás côrtes, foi dar nova redacção ao § 9.º d'este artigo, que na proposta do governo era concebido nos seguintes termos: «A disposição do § 6.º é applicavel aos casos em que o tribunal de appellação, revogando a sentença appellada, decretar a interdicção e d'elle se recorrer de revista».

Sendo pois a doutrina do § 9.º uma repetição da estabelecida no § 6.º e achando-se esta subordinada ao § 8.º, claro está que se hão de dar os mesmos effeitos ao recurso de revista, que ao de appellação.

Deve notar-se que a interdicção por motivo de demencia priva absolutamente o interdicto do exercicio dos seus direitos civis. Não acontece o mesmo ao interdito por surdez-mudez, prodigalidade, ou por effeito de sentença penal condemnatoria, onde a extensão e os effeitos da tutela ou curatela são determinados nos termos da sentença, artigos 338.º, 344.º e 357.º

O artigo corta completamente a duvida que havia pelo nosso direito anterior, se antes da sentença de interdicção podia nomear-se provisoriamente curador ao arguido, sendo urgente. O codigo não admitte especie alguma de tutela ao demente antes de decretada a interdicção.

A commissão revisora, em sessão de 12 de novembro de 1860, entre outros quesitos, que votou e que formaram as bases d'este artigo, approvou o seguinte: «Que antes da sentença de interdicção não póde ter logar curadoria provisoria do arguido, ainda que seja urgente».

Como consequencia d'este principio só são nullos *ipso jure* os actos praticados pelo interdicto, desde que se regista e publica nos jornaes, nos termos do artigo 319.º, a sentença de interdicção, artigo 334.º

Mesmo os actos praticados depois da publicação e registo da sentença de interdicção não são absolutamente nullos. Valem se a sentença for revogada, citado artigo 334.º Se porém for confirmada a sentença, não carece o interdicto de provar o facto de demencia para a rescisão do acto juridico. Basta provar que o acto foi praticado no intervallo entre a publicação da sentença e a decisão final, e que a sentença foi confirmada.

Provavelmente ninguem quererá contratar com o julgado interdicto, pela sentença de primeira instancia, sob a unica *possibilidade* da revogação da sentença. Mas se contratar, e a sentença de interdicção for confirmada, *sibi imputet*.

Porém os actos praticados pelo demente antes da sentença, que decreta a interdicção ou durante o processo, ou mesmo antes da instauração do processo, podem ser annullados em dois casos: 1.º, se a demencia era já *notoria*; 2.º, se era *conhecida* do outro estipulante: porque em qualquer dos casos o outro praticante procedeu de má fé, contratando com um demente. O tribunal apreciará a *notoriedade* e a má fé. No caso de demencia *notoria* não é preciso provar que o outro pactuante tinha *noticia* d'ella. Presume-se que a tinha pelo facto de ser notoria.

A ignorancia do que é notorio, longe de relevar de responsabilidade, impõe-na. O projecto primitivo exigia cumulativamente os dois requisitos, para serem annullados os actos praticados pelo demente antes da sentença de interdicção, isto é, que a demencia fosse notoria e conhecida do outro estipulante. Porém a commissão revisora com rasão se contentou com qualquer das circumstancias isoladamente, porque se dá a má fé da parte do outro pactuante, em qualquer dos casos, ou elle soubesse realmente da demencia, ou se presumisse saber d'ella por ser tão *notoria*, que a ninguem aproveitasse a presumpção de ignorancia.

É de advertir que os actos praticados pelo maior no estado de demencia, ainda que não fosse decretada a interdicção, e que nem sequer processo se instaurasse para esse fim, podem ser atacados mesmo depois da morte d'elle com o fundamento de falta de *consentimento*, artigos 643.º, 644.º e 647.º, porque não presta consentimento, reconhecido em direito, o que não está em seu perfeito juizo.

O que não está em seu perfeito juizo não póde contratar validamente, nem mesmo fazer qualquer outro *acto* juridico, como o testamento, artigo 1764.º n.º 1.º, ainda que se não ache interdicto, porque não estava no goso pleno das suas faculdades no momento do acto juridico. No testamento ha maior rigor, é preciso que o individuo esteja em seu *perfeito* juizo, podendo ser atacado o testamento não só por demencia e furor, mas até por imbecilidade, que exclua o juizo *perfeito*.

Não é indispensavel que a prova da demencia resulte das disposições testamentarias para que os herdeiros possam atacar o testamento, mas é preciso ter em vista o artigo 2508.º e o que dizemos em a

nota a esse artigo, porque as testemunhas e o tabellião devem certificar-se de que o testador estava em seu perfeito juizo no momento de testar, artigos 1913.º e 1922.º

A unica differença, quanto á nullidade dos actos praticados pelo demente, que resulta de elle ter sido ou não judicialmente interdicto, está em que no primeiro caso declarada a interdicção todos os actos do interdicto são nullos, não só os praticados desde a publicação da sentença, mas tambem os anteriores, provando-se simplesmente *notoriedade* da demencia, ou conhecimento d'ella por parte do outro pactuante, e no segundo caso é indispensavel provar de uma maneira clara e superior a todas as duvidas que o individuo não estava em seu juizo no tempo que praticou o acto, o que ha de ser difficil, quando esse acto foi passado em presença de testemunhas e de official publico, que todos certifiquem no proprio instrumento, que o individuo estava em seu juizo.

O disposto pois no artigo 335.º, emquanto se refere aos actos e contratos celebrados pelo interdicto antes da interdicção, não é applicavel senão ao caso de ter havido effectivamente a sentença de interdicção.

Para annullar um acto ou contrato de demente, que não chegasse a ser julgado tal, não basta provar que a causa da interdicção existia e era notoria, ou conhecida do outro pactuante, ao tempo do acto ou contrato.

É absolutamente indispensavel provar tambem que no momento do acto juridico o individuo não estava no bom uso das suas faculdades; e esta distincção é importante especialmente com relação aos dementes por motivo de furor.

Se ao furioso chegou a ser decretada judicialmente a interdicção, basta provar que no momento do acto juridico já existia a causa do furor e que era notoria, ou conhecida do outro pactuante, sem se admittir a defeza de que n'aquella occasião estava o furioso em intervallo lucido.

Se não houve sentença, que julgasse a interdicção por motivo de furor, não basta provar que no momento do acto juridico era já furioso o individuo, e que essa causa de demencia era já notoria ou conhecida do outro pactuante. É indispensavel alem d'isso provar que o pretendido furioso não estava na occasião do acto juridico em nenhum dos seus intervallos lucidos.

Art. 318.º O conselho de familia será formado conforme o que fica disposto no titulo precedente, artigos 207.º e seguintes; mas não poderão fazer parte d'elle as pessoas que houverem requerido a interdicção, as quaes, aliás, poderão assistir ás deliberações do mesmo conselho, como meros informadores.

(Vid. nota ao artigo 207.º)

Art. 319.º Proferida a sentença de interdicção, ou seja em primeira ou em segunda instancia, será registada no livro de tutelas do domicilio do interdito, e publicada por extrato, no primeiro caso, em algum dos jornaes da comarca e por editaes no logar do sobredito domicilio, e no segundo caso, na gazeta da respectiva relação.

§ unico. Este registo e publicação serão promovidos pelo escrivão do processo.

(Vid. nota ao artigo 317.º)

Art. 320.º A tutela do interdito será deferida na ordem seguinte:

1.º Ao outro conjuge, sendo casado, salvo achando-se judicialmente separado de pessoa e bens, ou separado de facto por suas desavenças, ou sendo por outra causa legalmente incapaz;

2.º Ao pae, ou á mãe, na falta d'este;

3.º Aos filhos maiores, se os tiver, preferindo o mais velho, salvo se o juiz, ouvindo o ministerio publico, entender, que algum dos outros poderá melhor desempenhar este encargo;

4.º Á pessoa que for nomeada pelo conselho de familia. N'este caso, porém, o cuidado e guarda da pessoa do interdicto não serão commettidos a pessoa que deva succeder-lhe.

§ unico. Não póde ser nomeado tutor quem, por seus actos criminosos ou meramente reprehensiveis, praticados em detrimento do interdicto, tiver dado causa á demencia d'este.

1.º, etc. (Vid. artigo 356.º) Se o interdicto é a mulher, continua o marido com a administação legal dos bens, que já lhe pertencia, e da qual nem por convenção antenupcial podia ser privado, artigo 1104.º Quanto á pessoa tambem independentemente da interdicção já o marido tinha sobre a mulher certos direitos, como o de ser obedecido por ella, o de a proteger e de a defender, artigo 1185.º A tutela do marido sobre a mulher é pois uma consequencia natural e logica da organisação da familia. Ninguem tem mais interesse na administração dos bens nem dá mais garantias de bem reger a pessoa da mulher do que o marido, que a deve amar como a si mesmo.

A tutela da mulher sobre o marido tem soffrido alguma impugnação com o fundamento da inexperiencia das mulheres na administração dos bens e n'outros negocios. O legislador, porém, acabou com todas estas prevenções contra a capacidade das mulheres desde que lhes concedeu o patrio poder. Se pela morte e incapacidade physica ou legal do pae recáe na mãe o patrio poder, qual seria o seu estado e de seus filhos menores em presença da auctoridade marital e paterna, dando-se outro tutor ao marido?

A confusão e a discordia na administração. Alem de que nós consideriamos o preceito que negasse á mulher n'este caso a tutela do marido, como offensivo do amor conjugal, que em geral é mais vivo e solicito nas mulheres, sobretudo para com um marido desgraçado. Finalmente é a mulher quem administra no impedimento do marido, artigos 139.º, 1117.º, 1189.º, 1190.º, etc. No caso de prodigalidade é que a curadoria não póde ser entregue á mulher pelas rasões que damos em as notas aos artigos 345.º e 346.º

A excepção reconhecida n'este numero não carece de justificação. É uma consequencia da ordem natural das cousas. A separação de pessoas ou judicial, ou de facto por via de desavenças, revela falta de amor, e incompatibilidade entre os dois conjuges, sendo por con-

seguinte inconveniente que se deferisse n'estas circumstancias e depois d'estes factos a um a tutela sobre o outro.

2.º, etc. O projecto primitivo só chamava á tutela legitima do interdicto o conjuge e os filhos maiores, indo assim até certo ponto de accordo com o systema do projecto de codigo civil hespanhol, que chamava só os paes á tutela dos filhos interdictos, solteiros ou viuvos. A tutela legitima dos paes foi introduzida pela commissão revisora; mas, sob proposta do sr. Seabra, que nas sessões da commissão revisora de 5, 7 e 9 de novembro de 1860 apresentou este artigo e o artigo 322.º

A tutela legitima dos paes sobre os filhos interdictos é um bom principio, e era necessario até para harmonisar esta doutrina com o disposto no artigo 193.º, que permitte ao pae do interdicto nomear-lhe tutor testamentario, como tambem já determinava o projecto primitivo no artigo correspondente (196.º) Seria absurdo que podesse nomear tutor testamentario ao filho interdicto o pae que pela lei não era seu tutor.

O que porém não tem explicação plausivel é conceder-se n'este caso a tutela com todos effeitos os do patrio poder, artigo 322.º, dando-se assim ao tutor o usufructo dos bens do tutelado com prejuizo dos filhos d'este.

Pela lei a nenhum outro ascendente alem dos paes é deferida a tutela legitima.

Em face dos principios póde ser objecto de duvida se a tutela dos paes deve preferir á dos filhos, e se os paes do interdicto terão mais amor pela pessoa e mais interesse na administração dos bens do que os filhos.

Todavia em face da lei não póde duvidar-se de que a tutela dos paes prefere á tutela dos filhos.

3.º etc. O projecto de codigo civil hespanhol acrescenta em seguida á palavra «*filhos*» a expressão «*varones*», que era absolutamente escusada ali, como é escusada no nosso codigo a correspondente, porque já está dito no artigo 234.º n.º 3.º, que não podem ser tutores as mulheres, salvo sendo ascendentes. As mulheres são em regra incapazes de onus publicos, como é a tutela. Os filhos hão de ser maiores, porque os menores carecem elles mesmos de tutela.

Se estiverem emancipados consideram-se como maiores para este effeito. Nas expressões «*filhos maiores*» comprehendem-se apenas os legitimos ou legitimados, e não os perfilhados, não só pelo principio de que só ha tutela legitima com relação aos filhos legitimos, mas até porque os paes do perfilhado judicialmente tambem não são tutores d'estes pela lei. Os filhos perfilhados carecem de ser nomeados pelo conselho de familia nos termos do n.º 4.º

Determina o projecto de codigo civil hespanhol que, havendo dois ou mais filhos, será preferido o que vive em companhia do pae ou da mãe.

O nosso codigo não declara expressamente, como causa de preferencia, esta circumstancia, mas póde o juiz toma-la em conta pelo arbitrio que este numero lhe confere, de preferir o filho mais novo ao mais velho, quando entenda que este poderá melhor desempenhar o encargo.

4.º etc. E onde fica a tutela testamentaria? Prefere a tutela testamentaria á legitima, ou é preferida por esta? Realmente a redacção do codigo deixa-nos ás escuras. Attendendo, porém, ao espirito da lei, cremos que n'este caso a tutela legitima prefere á tutela testamentaria. Se o tutor testamentario só póde ser dado pelos paes, não podia o tutor nomeado pelo pae preferir á tutela da mãe, que de mais n'este caso exerce o patrio poder, nem á do conjuge, que na tutela prefere aos paes, e a quem compete absolutamente a administração dos bens, se é o marido, e no impedimento d'este se é a mulher.

Desde que se assente em que a tutela legitima do conjuge e dos paes prefere á testamentaria, não ha rasão para duvidar de que a tutela dos filhos prefere tambem á designada em testamento.

A mesma consequencia tirâmos nós, recorrendo ao projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso n'esta materia.

Esse, depois de chamar á tutela legitima nos artigos 292.º e 293.º o conjuge do interdicto, os filhos varões e os paes com relação aos filhos legitimos solteiros ou viuvos, que não tenham filhos maiores capazes de desempenhar este encargo, determina no artigo 294.º, que em todos os casos em que o pae ou mãe podem dar tutor aos filhos menores, podem tambem nomear curador por testamento aos maiores, loucos ou surdo-mudos, salvas as excepções dos *dois artigos anteriores*.

E Goyena em a nota ao artigo 292.º assevera de um modo positivo que a curadoria legitima, ao contrario do que succede na tutela, prefere á testamentaria.

Os chamados pela lei á tutela do interdicto, ainda que sejam os seus successores legaes, não ficam por isso inhibidos da administração dos bens, nem tambem os nomeados em testamento, porque o n.º 4.º diz expressamente que a restricção é imposta unicamente aos nomeados pelo conselho de familia.

Mas se o conselho de familia nomear effectivamente tutor do interdicto a pessoa que deva succeder-lhe, a quem ha de ser commettida a guarda da pessoa?

Ao protutor e ao curador de certo não, porque aquella funcção é incompativel com a que a lei confere ás duas entidades, protutor e curador. Ha de o conselho de familia nomear o administrador á pessoa, assim como é elle quem o nomeia aos bens.

No entretanto o conselho de familia deverá nas nomeações de tutor attender á necessidade de que fique sempre reunida no mesmo individuo a guarda da pessoa e a administração dos bens do interdicto.

§ unico, etc. O codigo, empregando n'este § a expressão «*nomeado*», de certo não se refere aos tutores legitimos, nem mesmo aos testamentarios, dos quaes não cogitou n'este titulo; e é tanto mais digna de reparo esta doutrina quanto que o codigo exclue do conselho de familia, cujas funcções não são tão importantes, como as de tutor, os que requereram a interdicção, e que aliás poderiam ter sido levados a isso por um bom principio, e que em todo o caso não estão n'uma posição tão suspeita, como os que concorreram por actos criminosos e mesmo por actos reprehensiveis para a demencia do interdicto.

A rasão por que são inhibidos de serem tutores por nomeação do conselho de familia os que estiverem no caso do § unico, procede igualmente para com os tutores testamentarios e legitimos. Porém em presença da disposição do codigo julgâmos que estes não podem ser excluidos da tutela, mas unicamente removidos, logoque se verifiquem com relação aos paes as circumstancias mencionadas no artigo 141.º, e com relação aos tutores o disposto no artigo 235.º, n.º 3.º

É má lei, mas é lei.

Art. 321.º O interdicto é equiparado ao menor, e são-lhe applicaveis as regras que regulam a incapacidade por menoridade, salvas as disposições dos artigos subsequentes.

(Vid. nota aos artigos 47.º e 188.º)

Art. 322.º No caso da tutela recaír no pae ou na mãe, exercerão estes o poder paternal, como fica disposto nos artigos 101.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 137.º)

Art. 323.º No caso da tutela recaír no marido ou na mulher, observar-se-hão as seguintes disposições.

Art. 324.º Não se procederá a inventario sendo o casamento por communhão de bens, nem ainda no caso de separação d'estes, achando-se os do interdicto descriptos em documento authentico.

A interdicção por demencia não obriga a inventario, se o interdicto é casado por communhão de bens, ou se os seus proprios se acham descriptos, em documento authentico, recaindo a tutela no consorte; assim como por motivo de ausencia o conjuge presente não é obrigado a inventario, senão depois de decorridos quatro annos desde as ultimas noticias, artigo 82.º, que começa a actuar a presumpção de morte.

Dos bens communs não se faz inventario, porque são tanto de um como do outro conjuge. Emquanto se não dissolve o matrimonio pela morte ou annullação, ou não se tem por dissolvido pela separação judicial de pessoas, ou pela ausencia julgada nos termos do artigo 82.º, não se tomam medidas de segurança relativamente aos bens communs.

Art. 325.º O conjuge não é obrigado a prestação de contas.

(Vid. nota ao artigo 59.º)

Art. 326.º Sendo tutor o marido, continuará a exercer ácerca de sua mulher interdicta os direitos conjugaes, salvas as seguintes modificações:

§ 1.º Nos casos em que os actos do marido dependem de consentimento da mulher, será este supprido pelo juiz, com audiencia do ministerio publico, e do parente mais proximo d'ella.

§ 2.º Nos casos em que a mulher póde requerer contra os actos do marido ou demanda-lo, para assegurar os seus direitos, violados ou postos em perigo, será representada pelo seu protutor, ou por qualquer dos seus parentes.

Art. 327.º Nos casos em que a tutela for commettida á mulher do interdicto, exercerá esta os direitos que a elle competiam, como chefe de familia, salvas as seguintes declarações:

§ 1.º Não poderá alienar os bens immobiliarios do interdicto sem auctorisação, na fórma indicada no § 1.º do artigo precedente.

§ 2.º Nos casos de maus tratamentos, de negligencia nos cuidados devidos ao estado do interdita, ou de ruinosa gerencia de seus bens, poderá a mulher ser removida da tutela, a requerimento do protutor, ou de qualquer parente do interdicto, precedendo audiencia do conselho de familia.

(Vid. artigo 1190.º) Os artigos 326.º e 327.º são a substituição do seguinte que vinha no projecto primitivo.

«Os conjuges tutores não poderão hypothecar ou alienar os bens de raiz communs sem auctorisação judicial, nem os proprios do interdicto, senão nos casos de urgente necessidade ou manifesta utilidade e com auctorisação do conselho de familia.»

O marido, tutor da mulher interdicta, não póde praticar actos que dependam de consentimento d'ella sem auctorisação do juiz, com audiencia do ministerio publico e do parente mais proximo d'ella. O marido não póde alienar bens immobiliarios, nem ainda os seus, nem estar em juizo sobre questões de propriedade ou de posse, sem outorga da mulher, artigo 1191.º Em todos estes casos a falta de outorga da mulher será supprida pelo juiz.

A redacção do § 1.º do artigo 327.º dá logar á primeira vista ao argumento *a contrario sensu* de que a mulher póde por si só praticar todos os actos para que o marido careceria de auctorisação d'ella, á excepção da alienação dos bens immobiliarios do interdicto para a qual precisa de auctorisação do juiz.

Porém esta interpretação, que não podia admittir-se pelo absurdo de attribuir mais direitos á mulher do que ao marido na mesma hypothese, é completamente destruida pela letra do proprio artigo, que dá á mulher do interdicto, como tutora, só os direitos que a elle competiam, *como chefe de familia*.

O § 1.º do artigo 327.º parece destinado unicamente a estabelecer as mesmas garantias para a alienação dos bens immobiliarios do interdicto, que se acham estabelecidas para a alienação de quaesquer outros bens immobiliarios do casal.

É certo que não só em virtude do disposto nos artigos 326.º e 327.º, mas ainda pelo prescripto nos artigos 76.º e 85.º, e pelo que dissemos em a nota ao artigo 59.º, qualquer dos conjuges, administrador dos bens do casal, na ausencia ou impedimento do outro, que necessitasse de vender bens de raiz, havia de requerer a auctorisação ao juizo e não ao conselho de familia, que nem sequer tem logar no processo da ausencia, ou se trate de deferir a curadoria, ou dos actos posteriores de administração.

Tambem vimos em a nota ao artigo 268.º, que em caso nenhum os bens *immobiliarios* de menores e de interdictos, artigo 1554.º n.º 1.º, podiam ser vendidos senão em praça, tendo-se até rejeitado uma proposta do sr. Branco para tornar applicavel aos bens immobiliarios a excepção estabelecida no artigo 267.º com relação aos bens mobiliarios.

Diz-nos porém o artigo 1190.º que no caso de ser a mulher a administradora, na ausencia ou impedimento do marido: 1.º, é o conselho de familia e não o juiz, quem ha de auctorisa-la, para a alienação dos bens immobiliarios; 2.º, que só é obrigatoria a praça para a alienação de bens immobiliarios, quando o valor d'estes exceder 100$000 réis.

Conseguintemente é indispensavel considerar o artigo 1190.º como excepção ao disposto nos artigos 76.º, 85.º e 268.º

A excepção não tem, é verdade, rasão de ser, nem plausibilidade alguma. Para que ha de a lei exigir a auctorisação do conselho de

familia só quando a mulher é administradora na ausencia e impedimento do marido, e contentar-se com a auctorisação do juiz, quando o administrador é o conjuge varão, ou outra qualquer pessoa? Para que ha de ser obrigado todo e qualquer administrador de bens immobiliarios alheios (inclusivamente o pae com relação aos bens do filho) a vende-los em praça, por mais insignificante que seja o seu valor, e só dispensada d'esta formalidade a mulher, que administre na ausencia ou impedimento do marido, se o valor dos bens não excede a 100$000 réis?

Não se descobre effectivamente rasão plausivel para esta excepção; mas, como está na lei, havemos de respeita-la, e por isso assentâmos as duas proposições seguintes: 1.ª, que a mulher administradora na ausencia ou impedimento do marido não póde alienar bens immobiliarios, nem seus, nem do interdicto, nem communs, sem auctorisação do conselho de familia, não sendo competente para este caso a auctorisação do juiz; 2.ª, que só a mulher, administradora na ausencia ou impedimento do marido, e não o marido na ausencia ou impedimento da mulher, nem qualquer outro administrador de bens, póde ser dispensada da venda em praça de bens immobiliarios administrados, qualquer que seja o valor d'esses bens.

A base d'esta incoherencia ou contradicção nas disposições legaes, achava-se já no projecto primitivo, que nos artigos 78.º, 86.º, 87.º e 336.º, correspondentes aos artigos 76.º, 85.º, 326.º e 327.º do codigo, não permittia ao conjuge presente dispor dos bens do ausente senão com auctorisação judicial, e igual auctorisação exigia para a venda de bens immobiliarios *communs*, quando um dos conjuges fosse tutor do outro por motivo de interdicção. No caso de tutela do conjuge exigia já a auctorisação do conselho de familia para a venda dos bens de raiz, *proprios* do interdicto.

Mas no artigo 1236.º, correspondente ao artigo 1190.º do codigo, exigia absolutamente a auctorisação do conselho de familia para a venda de quaesquer bens immobiliarios, sempre que a mulher fosse administradora na ausencia ou impedimento do marido.

A commissão revisora, porém, em vez de desfazer estas contradicções, veiu ainda aggrava-las, introduzindo no artigo 1190.º as seguintes palavras, que não vinham no artigo correspondente, e que ficam em desharmonia com o disposto no artigo 267.º «e se o valor dos ditos bens exceder 100$000 réis, a alienação só poderá fazer-se pela fórma estabelecida nos artigos 268.º e seguintes».

Se o marido, tutor da mulher interdicta, praticar actos contra os quaes ella póde reclamar pela falta da sua outorga, como nas hypotheses do artigo 1191.º, reclamará por ella, que está impedida, o protutor ou qualquer dos seus parentes *successiveis* (se entende), porque só a estes a lei reconhece interesse nas questões do interdicto, dando só a elles o direito de requerer a interdicção, artigo 345.º

O protutor é nomeado em todos os casos de interdicção, artigo 330.º, em que a tutela do interdicto se não acha commettida aos paes, porque n'este caso, como não ha verdadeiramente tutela, mas o exercicio do patrio poder, artigo 322.º, não ha protutela, nem conselho de familia, nota ao artigo 100.º

É só o ministerio publico a velar directamente n'esta hypothese pelos interesses dos interdictos.

A venda dos bens do interdicto é feita pelo pae com auctorisação judicial, artigo 150.º, nomeando-se tutor especial, que defenda os interesses do interdicto, quando estiverem em opposição com os do pae, artigo 153.º

Por identidade de rasão o que o codigo dispõe no § 2.º dos artigos 326.º e 327.º com relação a um só dos conjuges, deve ser applicavel ao outro, dadas as mesmas circumstancias.

Quando a mulher praticar actos, como chefe de familia, contra os quaes o marido podesse reclamar, deverá reclamar por elle o protutor ou qualquer parente successivel.

Se o marido der maus tratamentos, ou for negligente com a pessoa ou bens da mulher interdicta, poderá ser removido da tutela, assim como é inhibido do exercicio do patrio poder no caso de abuso, artigo 141.º

A remoção da tutela em qualquer dos casos é decretada pelo juiz, com *audiencia* do conselho de familia e a *requerimento*, ou do protutor, ou de qualquer parente successivel, ou do ministerio publico, que tem a seu cargo velar pelos interesses dos interdictos, artigos 321.º e 220.º e seguintes.

Art. 328.º Sendo tutor do interdicto alguma das pessoas indicadas no artigo 320.º n.ºs 3.º e 4.º, observar-se-hão as regras que regem a tutela dos menores, em tudo aquillo a que forem applicaveis.

(Vid. nota ao artigo 199.º)

Art. 329.º Se o interdicto for solteiro ou viuvo, e tiver filhos menores legitimos, ou perfilhados, será tutor d'elles o tutor do mesmo interdicto.

O tutor do interdicto será o tutor dos filhos d'este, incapazes de se regerem por si, ou por motivo de menoridade, como dispõe o artigo, ou tambem por motivo de interdicção, como se acha prevenido em hypothese analoga com relação á prodigalidade, no § unico do artigo 346.º

A doutrina do artigo 329.º, que é a reproducção fiel do artigo 337.º do projecto primitivo, era absolutamente exacta no systema do projecto do sr. Seabra, em virtude do qual os paes tinham o patrio poder sobre os filhos perfilhados, ou o reconhecimento fosse voluntario ou judicial.

Mas, como pelo codigo os paes dos filhos perfilhados judicialmente não têem a seu cargo a educação da pessoa e administração dos bens d'estes, senão tendo sido nomeados tutores pelo juiz, se a tutela dos filhos tiver sido deferida a outrem, não cessa pela interdicção do pae a fim de vir reunir-se na mesma pessoa que for tutor d'este.

O pensamento do artigo é que, quando o pae reger a pessoa e bens dos filhos perfilhados, ou por direito do patrio poder, ou pela tutela, sempre que elle seja declarado interdicto ha de pertencer a tutela dos filhos á pessoa que for seu tutor.

A doutrina do artigo 329.º deve ser igualmente applicavel ao caso do interdicto não ser solteiro, nem viuvo, e sim casado, mas achar-se ausente ou impedido o consorte.

Art. 330.º Em todos os casos de interdicção, excepto achando-se o interdicto entregue ao cuidado seus paes, será nomeado pelo conselho de familia um protutor, que vele pelos direitos e bom tratamento d'elle, e informe o ministerio publico, para

que este possa requerer o que for conveniente ao interdicto, dentro dos limites legaes.

(Vid. nota ao artigo 205.º)

Art. 331.º A tutela dos conjuges, dos ascendentes ou dos descendentes, durará emquanto durar a interdicção.

(Vid. nota ao artigo 198.º)

Art. 332.º Os rendimentos do interdicto, e até os seus bens, se for necessario, serão, com preferencia, applicados ao melhoramento do seu estado.

Art. 333.º O interdicto não póde ser privado da sua liberdade pessoal, nem clausurado em qualquer casa particular, ou estabelecimento de qualquer natureza, nem transportado para fóra do reino, ou ainda da provincia, sem que preceda auctorisação judicial, sendo ouvidos o ministerio publico e o conselho de familia.

§ unico. O disposto n'este artigo deve entender-se de modo que não obste a recorrer-se á força, quando seja necessario emprega-la para conter o demente furioso; mas esse recurso restringir-se-ha ao tempo absolutamente indispensavel, para se requerer á competente auctoridade.

Como a maior desgraça do interdicto é o seu estado mental, o destino mais importante que póde dar-se aos seus rendimentos é para o tirar d'essa infeliz situação. O proprio capital deve ser sacrificado á necessidade de melhorar o estado do interdicto. Os capitaes do tutelado não téem preço em face das vantagens, que elle aufere de ter as suas faculdades restituidas á vida normal.

Todas as economias, propostas sob qualquer pretexto, mas com prejuizo do restabelecimento do interdicto, são perdidas e deshumanas.

Ainda que a tutela esteja confiada aos paes, está primeiro que o usufructo, garantido a estes pelo codigo, a obrigação de empregar todos os meios para a cura do interdicto.

O codigo no artigo 333.º estabelece todas as precauções possiveis para evitar abusos e fraudes muito frequentes infelizmente. Tem-se visto individuos interessados em fazer declarar demente um parente, ou para se apoderarem da administração de seus bens, ou por outro qualquer motivo. Por sordidos interesses tambem se tem feito encerrar nas casas de loucos pessoas cujo estado de alienação não reclamava providencias tão violentas.

Pelo projecto primitivo só se exigia auctorisação judicial para transportar o interdicto para fóra do reino, ficando portanto ao arbitrio do tutor, independentemente de auctorisação judicial o transporta-lo para fóra da provincia, e o recolhe-lo em qualquer casa particular, ou publica para isso destinada, a fim de ser convenientemente tratado.

Porém a commissão revisora com rasão inhibe o tutor de praticar por si só actos, que affectam tão directamente a liberdade e a pessoa do tutelado. O interdicto deve gosar da sua liberdade tanto quanto o permittam os cuidados da sua saude, e a segurança dos outros. O determinar se elle ha de ou não ser tratado n'um estabelecimento publico é negocio de alta gravidade, alem de entender directamente com a liberdade pessoal, bem como o transporte para fóra do reino, ou da provincia. Esta especie de prisão, degredo, ou desterro, não deve ser decretada sem as mais minuciosas indagações, porque as impressões resultantes de factos tão graves podem affectar mui profundamente o estado intellectual do interdicto.

O juiz nem deve contentar-se só com a audiencia do ministerio publico, e do conselho de familia, deverá interrogar tambem o interdicto, se o podér fazer sem inconveniente, e sobretudo os facultativos.

Todas estas disposições procedem, ainda que o interdicto seja tutelado pelo conjuge, ou pelos paes, porque em assumpto tão grave todas as precauções são indispensaveis, por mais confiança que inspire a pessoa do tutor.

A prohibição de recorrer a meios violentos contra o interdicto sem auctorisação não obsta a que se recorra á força, prendendo-o, ou encarcerando-o, no caso de demencia com furor, emquanto se não recorre ao juiz para dar auctorisação nos termos aqui indicados, e esta se não obtem ou para o encerrar em casa particular ou publica, ou para o transportar para fóra do reino ou da provincia.

O emprego da força, porém, como remedio para os desvarios do interdicto, e meio de segurança para os outros, é só *provisorio*, emquanto não se obtem a auctorisação judicial.

O disposto no § unico é consequencia da ordem natural das cousas. Ainda que o codigo não determinasse que era licito recorrer á força, independentemente de auctorisação do juiz, e audiencia do ministerio publico e do conselho de familia, para conter o furioso, havia de empregar-se esse recurso sempre que fosse indispensavel.

O codigo porém legitima expressamente este meio.

Art. 334.º Todos os actos e contratos, celebrados pelo interdicto desde o dia em que a sentença de interdicção for registada e publicada, serão nullos de direito, se a dita sentença passar em julgado.

Art. 335.º Os actos e contratos, celebrados pelo interdicto antes da sentença, só podem ser annullados, provando-se que a esse tempo já existia, e era notoria, a causa da interdicção, ou era conhecida do outro estipulante.

(Vid. nota aos artigos 317.º e 353.º)

Art. 336.º Cessando a causa da interdicção, será esta levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescriptas para o seu julgamento.

(Vid. artigo 352.º) A interdicção cessa, cessando a causa que a determinou, mas ha de ser levantada com as formalidades com que foi decretada, isto é, pelos modos estabelecidos nos artigos 345.º a 349.º, com a simples modificação de poder ser requerida pelo proprio interdicto.

Rogron, nas notas ao artigo 512.º do codigo civil francez, fonte d'este, cita a decisão de um tribunal francez, que julgou que o interdicto podia, *pelos principios de direito natural*, ainda sem auctorisação do tutor, requerer elle mesmo que lhe fosse levantada a interdicção.

O prodigo é auctorisado expressamente a requerer elle mesmo o

levantamento da interdicção, ao que o juiz não póde deferir sem o voto affirmativo do conselho de familia, e do ministerio publico, artigo 352.º Da decisão do juiz, fundada n'aquelles pareceres não póde haver recurso, porque o codigo não permitte aos tribunaes o levantarem, mesmo passados cinco annos, a interdicção por prodigalidade, sem a annuencia do ministerio publico, e do conselho de familia.

Note-se que a interdicção por demencia cessa, logoque cessa a causa que a motivou, e que a interdicção por prodigalidade não póde ser levantada senão passados cinco annos, depois de decretada, e que de indeferimento a indeferimento deve mediar o novo praso de cinco annos.

Esta differença assenta em rasões solidas. A demencia é um defeito da *intelligencia*, é sujeita a leis naturaes, filha de circumstancias superiores ás forças do homem; e por isso, logoque cessa, póde restituir-se sem perigo a administração ao que d'ella esteve por aquelle motivo privado.

A prodigalidade é defeito da *vontade*, é facto inteiramente dependente do homem, e da sua responsabilidade, que não se corrige n'um dia ou em pouco tempo. Sem provas, durante muito tempo, de emenda real e verdadeira não póde crer-se na rehabilitação do prodigo. É natural que o desgosto de se ver no estado excepcional a que o levaram os seus desregramentos, o desejo de voltar ao goso dos beneficios do direito commum, e o receio de incorrer de novo n'uma pena que mortifica e humilha, o obrigue a mudar de vida; mas essa mudança, para não ser passageira e ephemera, carece de ser comprovada por um procedimento regular durante praso longo, como o de cinco annos.

Com o que não podemos porém conformar-nos é com o preceito que prohibe o levantamento da interdicção por prodigalidade, sem a annuencia do ministerio publico, e do conselho de familia, tornando conseguintemente impossiveis todos e quaesquer recursos ao interdicto para reclamar contra uma decisão, que continue a tê-lo privado dos seus direitos com manifesta injustiça.

Ao menos se o legislador queria arvorar em arbitro supremo o conselho de familia désse-lhe o direito de julgar, para da deliberação do conselho de familia haver recurso para o conselho de tutela, a não se querer legalisar outro exemplo de barbaridade, como o que se acha reconhecido no artigo 1062.º

Para justificar a aberração de doutrina consignada no artigo 1062.º relativamente ao conselho de familia, ainda poderá invocar-se o celebre principio do governo da familia pela familia. Mas dar ao ministerio publico ainda maior importancia do que ao juiz, n'uma questão de direitos privado e de liberdade pessoal, é um preceito sem explicação possivel.

Ao menos das decisões dos juizes ha recurso, mas da annuencia ou recusa do ministerio publico não ha recurso algum.

Offende o preceito do artigo 352.º todos os principios de jurisprudencia e de processo, mas ha de ser respeitado como os mais santos principios de justiça desde que está escripto no codigo.

A interdicção por demencia tambem não póde ser levantada contra o parecer do conselho de familia, porque applicando-se, por força do disposto no artigo 336.º, ao levantamento da interdicção, o mesmo processo que se applica ao seu julgamento, desde que o parecer do conselho de familia for desfavoravel ao requerimento do que pretende o levantamento da interdicção, não póde progredir o processo de rehabilitação, vistas as disposições dos §§ 2.º e 4.º do artigo 317.º

A commissão revisora, que aboliu o privilegio da restituição *in integrum*, concedido aos estabelecimentos publicos, artigo 38.º, e aos menores, artigo 297.º, com rasão supprimiu o artigo final d'esta secção no projecto primitivo que concedia aos desassisados o direito de restituição nos mesmos termos, em que o permittia aos menores, devendo aquelles usar d'este direito dentro do anno immediato á cessação da interdicção.

TITULO XI

DA INCAPACIDADE DOS SURDOS-MUDOS

Art. 337.º Os surdos-mudos, que não tiverem a capacidade necessaria para reger seus bens, serão postos em tutela.

Art. 338.º A extensão e os limites d'esta tutela serão especificados na sentença, que a conferir, conforme o grau de incapacidade do surdo-mudo.

(Vid. artigos 344.º, 357.º, 1751.º, 1917.º, 1924.º, 2340.º n.º 2.º e 2026.º) Um codigo feito depois que se conhece e executa o maravilhoso methodo de ensinar a ler e escrever os surdos-mudos, isto é, os que não ouvem nem fallam, e de os fazer participar de todos os conhecimentos communs aos que têem os sentidos perfeitos, não devia ferir de incapacidade senão os surdos-mudos que não tivessem a capacidade necessaria para se regerem; deixando aos que são instruidos, que podem comprehender as relações das cousas, e exprimir regularmente a sua vontade, gosar, como os capazes dos mesmos direitos logoque chegam á maioridade.

Em regra são incapazes de se regerem os surdos-mudos analphabetos, isto é, que não sabem ler nem escrever. Até o artigo 347.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 337.º do codigo, se achava redigido nos seguintes termos: «Os surdos-mudos analphabetos, ou que não tenham a capacidade necessaria para reger seus bens, serão postos em tutela».

Porém a commissão revisora com rasão alterou aquella redacção, porque a idéa significada pelas palavras, que ella eliminou, subsiste do mesmo modo na redacção actual.

O surdo-mudo, que aliás não sabe ler nem escrever, póde manifestar regularmente a sua vontade por meio de gestos e signaes, e ser dotado da percepção natural indispensavel, para comprehender as relações das cousas.

Por isso a ignorancia da leitura e da escripta não obriga necessariamente á tutela. No artigo 2026.º, na segunda parte, se previne uma hypothese, em que o surdo-mudo, que todavia não sabe escrever, não está sujeito á tutela.

No referido artigo regula-se o caso de o surdo-mudo que não está em tutela, ter que aceitar uma herança, e marcam-se *differentes fórmas* de aceitação, segundo elle sabe ou não sabe escrever.

Mas do mesmo artigo se deprehende, que só o surdo-mudo que sabe escrever, é que póde ser inteiramente isento de tutela, como o maior capaz de reger a sua pessoa e bens.

O surdo-mudo não tutelado, e que sabe escrever, póde por si, ou por outrem aceitar herança pura, ou condicionalmente como entender.

O surdo-mudo não tutelado que não sabe escrever, quanto á acei-

tação da herança, está no mesmo caso de qualquer tutelado, não póde aceita-la, senão a beneficio de inventario, artigo 2025.º, e por meio de um curador nomeado pelo conselho de familia.

É de taes consequencias o facto da aceitação, ou repudio da herança, qualquer das duas cousas póde affectar tão profundamente o patrimonio do surdo-mudo, que a lei para estes actos ou não confia completamente na sua capacidade, ou não quer deixar dependente simplesmente de signaes a manifestação da sua vontade.

Por testamento é que o surdo-mudo, ou simplesmente mudo, não póde dispor, ainda que não esteja sujeito á tutela, se não souber escrever, porque a manifestação da vontade, que não for feita cumprida e claramente, por palavras ou por escripto, mas só por signaes e monosyllabos em respostas e perguntas, annulla a instituição, artigo 1731.º

Mesmo o surdo-mudo que sabe ler e escrever, só póde fazer testamento cerrado, artigo 1924.º, sendo inhibido de fazer testamento publico, porque não póde dicta-lo nos termos do artigo 1912.º

Para a validade do testamento cerrado do surdo-mudo, requer-se que elle seja todo escripto, assignado, e datado por sua mão, artigo 1924.º Estas formalidades attestam indubitavelmente a sua vontade, e suppram a falta de dicção no testamento publico, ou no testamento cerrado, escripto por outrem. Ainda que deva haver com os testamentos dos surdos-mudos todas as cautelas para evitar as simulações e as fraudes, parece-nos extremamente rigoroso obriga-los a escrever por sua mão *todo* o testamento. Bastaria exigir a assignatura do surdo-mudo com a declaração de ter lido o testamento, e de que era aquella a sua ultima vontade, porque casos haverá, em que o estado da sua saude lhe permitta ler e assignar a disposição testamentaria, e não lhe permitta todavia escreve-la toda por sua mão. Alem de que a obrigação que se lhe impõe de o datar, que aliás não é exigida nos testamentos cerrados, feitos pelos que sabem ler e escrever, é já de si uma garantia importante de verdade.

Para supprir a declaração que são obrigados a fazer nos termos do artigo 1921.º os que podem fallar, ha de o surdo-mudo escrever no acto de apresentar ao tabellião o testamento, na presença do mesmo tabellião e das testemunhas instrumentarias, sobre a face externa do testamento, que aquella é a sua ultima vontade, e que vae por elle escripta e assignada.

Não carece o surdo-mudo de *assignar*, nem de *datar* esta declaração, que faz sobre a face externa do testamento.

Não exige as formalidades de data, ou de assignatura, nem o nosso codigo, nem as suas fontes, o artigo 979.º do codigo civil francez, e 570.º do projecto de codigo civil hespanhol; e Goyena, no respectivo commentario, declara que o testador não é obrigado a firmar aquella declaração.

É ao tabellião que incumbe nos termos do § unico do artigo 1924.º o certificar no auto de approvação que na sua presença e das testemunhas o testador escreveu na face externa do testamento, que aquella era a sua ultima vontade, e que por elle ia escripta e assignada.

A data e a assignatura da declaração pelo testador não envolvem nullidade, mas não dispensam a declaração feita pelo tabellião no auto de approvação; e a omissão d'esta circumstancia pelo official publico no instrumento de approvação é que envolve nullidade.

Por argumento do disposto no artigo 1924.º entendemos que o individuo, que não é impedido de fallar por vicio natural, mas sim por uma circumstancia accidental, póde testar em testamento cerrado com

as mesmas formalidades, a que está sujeito o testamento do surdo-mudo; e o artigo 979.º do codigo civil francez, fonte do artigo 1924.º do nosso codigo, refere-se ao testador que não póde fallar.

O simplesmente surdo não só póde testar em testamento cerrado, mas tambem em testamento publico, artigo 1917.º

O codigo, tornando facultativa ao testador a *leitura* do testamento publico, e a do instrumento de approvação do testamento cerrado, artigos 1914.º e 1922.º § 1.º, declara-a obrigatoria quando o testador é surdo, auctorisando-o apenas a commetter a outra pessoa, que não seja o tabellião, a leitura do documento, artigo 1917.º

A leitura feita por terceira pessoa dá mais garantias, do que feita pelo tabellião, porque não é facil que se desse a hypothese de essa pessoa estar combinada com o tabellião para um não escrever o que lhe fosse dictado, e o outro não ler o que devesse estar escripto.

O certo é que o tabellião, que aliás é competente para nos testamentos cerrados escrever como particular o testamento, e approva-lo depois como official publico, não póde todavia encarregar-se de ler o testamento publico feito pelo surdo, nem o auto de approvação de testamento cerrado, feito por surdo-mudo. O surdo só póde delegar em terceiro a leitura do testamento, se não souber ler, e por analogia, se não podér ler; porque, se souber e podér ler, ha de lê-lo elle mesmo, sob pena de nullidade.

Não póde o surdo commetter a leitura a nenhuma das testemunhas. As palavras empregadas no artigo 1917.º *sempre na presença das testemunhas*, mostram que a leitura ha de ser commettida a terceira pessoa, e tanto mais que a funcção de leitor do testamento, que n'este caso representa o tabellião ou o testador, é incompativel com o mister da testemunha, que tem outra missão a desempenhar.

Como o tabellião não é competente para ler o auto de approvação do testamento cerrado do surdo-mudo, vista a disposição dos artigos 1917.º e 1922.º § 1.º, deverá por analogia designar o surdo-mudo por escripto a pessoa que deve fazer a leitura na presença de testemunhas.

Os surdos não são absolutamente inhibidos de serem testemunhas, como o não são os cegos, quanto a factos que não dependam dos sentidos do ouvido, ou da vista, artigo 2510.º n.º 2.º De serem testemunhas instrumentarias, porém, é que são absolutamente inhibidos, bem como os mudos, artigos 1966.º n.º 5.º e 2492.º

Os mudos não são inhibidos por incapacidade natural de testemunharem em processo, como se infere do artigo 2510.º

Não é portanto absoluta a incapacidade do surdo, do mudo, ou do surdo-mudo.

O demente é absolutamente inhibido de reger a sua pessoa e administrar seus bens, porque se reputa incapaz de praticar acto algum de juizo. O surdo-mudo, cuja capacidade póde ser mais ou menos completa segundo o maior ou menor desenvolvimento que o ensino tenha podido dar ás suas faculdades, não é absolutamente inhibido de administrar seus bens, mas restringe-se mais ou menos o seu direito de administrar segundo a sua capacidade.

Se o surdo-mudo estiver tutelado por demencia, então as regras applicaveis são as do titulo antecedente. Incapacidade absoluta só existe nos interdictos por demencia, porque se funda em desarranjo mental. Os interdictos por menoridade podem testar, artigo 1764.º n.º 3.º, ser testemunhas em processo, artigo 2510.º n.º 3.º, etc. D'estes e de mais importantes direitos gosam os prodigos, ainda que soffram interdicção geral da administração de seus bens.

A tutela dada á pessoa e bens do surdo-mudo, pois nem sempre é completa, tem as restricções marcadas na sentença do juiz; e o mesmo acontece na curadoria, dada aos bens do prodigo, e do condemnado, artigos 344.º e 357.º

A incapacidade dos dementes é absoluta, porque resulta de defeito de *intelligencia;* porém a incapacidade que provém de *defeito physico,* como a do surdo-mudo, ou de defeito de *vontade,* como a do prodigo, ou de *impedimento legal,* como a do condemnado, restringe-se ao indispensavel para respeitar as consequencias da lei e o interesse publico. Conseguintemente na incapacidade por demencia a interdicção é sempre geral para todos os actos, ao passo que na incapacidade do surdo-mudo e do prodigo admitte-se a interdicção geral e especial, isto é, ou para todos os actos, ou só para alguns, conforme a capacidade do surdo-mudo, e a gravidade dos factos de prodigalidade.

Assim tanto o surdo-mudo, como o prodigo, podem ser inhibidos só de praticar certos actos que reclamam maior intelligencia, experiencia, e reflexão, como de propor acções, de contrahir emprestimos, de trocar, de hypothecar, ou de alienar bens de raiz, de levantar capitaes a juro, etc., e com relação á prodigalidade póde não haver necessidade de interdicção para actos d'aquella gravidade, mas só para determinados accidentes de gestão de negocios, quando forem estes que caracterisem a prodigalidade, como para negociar em papeis de credito, para se envolver em especulações mercantis, etc.

Em todo o caso, quando a sentença não decretar a interdicção geral, deve *especificar* os factos, que o interdicto fica inhibido de praticar, aliás, nos seus effeitos, ficará o interdicto inhibido de todos os actos de administração.

Quando a interdicção não for geral o prodigo pratica por si os actos para que se requer a approvação do curador, artigo 344.º, exigindo-se apenas a approvação d'este; e o surdo-mudo pratica actos de administração por si, ou pelo seu tutor, segundo as determinações da sentença.

O prodigo póde praticar por si esses actos, porque não está sujeito a tutela, intervindo apenas o curador, que não é o ministerio publico, mas um curador especial para este effeito nomeado, artigo 349.º

Quanto ao surdo-mudo, porém, nada determina de especial o codigo, deixando tudo dependente da sentença do juiz.

Art. 339.º Esta tutela póde ser requerida pelas pessoas designadas nos artigos 315.º e 316.º n.º 1.º, e observar-se-hão em tudo o mais, na parte em que forem applicaveis, as disposições do titulo precedente.

(Vid. nota ao artigo 315.º)

TITULO XII

DA INCAPACIDADE DOS PRODIGOS

Art. 340.º As pessoas maiores, ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interdictas da administração dos ditos bens, sendo casadas, ou existindo ascendentes ou descendentes legitimos.

§ unico. Ficará ao prudente arbitrio do juiz avaliar, conforme as circumstancias, se os factos, que se allegaram, são ou não sufficientes para caracterisar a prodigalidade.

Art. 341.º Esta interdicção póde ser requerida pelos ascendentes ou descendentes do prodigo, por sua mulher, por qualquer parente d'esta, ou pelo ministerio publico, tendo o prodigo descendentes menores ou interdictos.

Em primeiro logar é preciso notar que não póde requerer-se a interdicção por motivo de prodigalidade contra menores, como a final resolveu a commissão revisora, quando aliás póde promover-se contra elles a interdicção por demencia com a unica condição de ser requerida dentro do anno proximo á maioridade, artigo 344.º

O projecto primitivo não exceptuava os menores da interdicção por prodigalidade. Porém a commissão revisora logo em sessão de 19 de novembro de 1860 decidiu que a acção de prodigalidade não podia ter logar contra menores, declarando o seu voto de vencido o sr. Ferreira Lima.

Os menores administram, como maiores, os bens mencionados em os n.os 1.º e 2.º do artigo 147.º, e n'uma idade em que são mais frequentes as tendencias para a prodigalidade.

Porém não seria conveniente restringir-lhes o livre uso dos recursos, provenientes das armas ou das letras, porque seria enfraquecer-lhes o estimulo pelo trabalho, o amor da gloria, e a aspiração da cultura intellectual, e á dissipação dos capitaes, que os filhos adquirem vivendo sobre si com permissão dos paes, têem estes o meio de obstar, sem recorrer á interdicção por prodigalidade, que é retirando-lhes a permissão que lhes deram para viverem sobre si.

Demais, ha quasi incompatibilidade em que se reunam no mesmo individuo a virtude de obter recursos pelo exercicio das letras, das armas e das artes liberaes, ou mechanicas, e o vicio de gastar mal e desordenadamente.

Os prodigos foram comparados entre os romanos aos loucos, porque louco é quem dissipa loucamente o que é seu. Ulpiano definia prodigo «*quia neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*».

Até a palavra *prodigus* vinha de *prodigo,* dissipar, malbaratar e disperdiçar.

O direito de propriedade é completo, e tão sagrado, que o homem de bom juizo tem até o direito de abusar d'ella; mas o abuso habitual ou a loucura não póde o estado tolerar. A lei não prescreve o cumprimento de deveres moraes, mas o desprezo habitual d'esses deveres, quando transcende os limites do respeito pela ordem publica, e pela boa organisação da familia, deve reprimi-lo o legislador. A prodigalidade é sempre filha, ou mãe de outros vicios mais desastrosos.

Alguns porém combatem a interdicção por prodigalidade, como offensiva do direito de propriedade; e o codigo francez não admitte por isso em caso algum a interdicção geral do prodigo da administração de seus bens.

Pela legislação franceza o prodigo, julgado tal, só póde ser inhibido de litigar, transigir, receber de emprestimo, dar quitações, e hypothecar ou alienar os bens sem a approvação de um curador.

Porém a livre disposição dos rendimentos só por si póde alimentar os vicios do prodigo com prejuizo e desdouro da familia. Póde o prodigo fazer arrendamentos por baixo preço, antecipações, etc.

O nosso codigo tambem prestou homenagem até certo ponto ao principio, que não equipara completamente os prodigos aos dementes. Basta notar que a curadoria do prodigo é relativa só aos bens.

Ainda que o homem, que gasta desordenadamente seus bens, póde comprometter mais ou menos as suas faculdades physicas e espirituaes, e tornar-se prejudicial á sociedade, no entretanto o fim da curadoria do prodigo é principalmente salvar-lhe a fortuna.

Assim como o interdicto por prodigalidade não é inteiramente equiparado ao interdicto por demencia, assim não são admittidos a requerer a interdicção por demencia todos os que podem requere-la por prodigalidade, nem em todos os casos de prodigalidade póde requerer-se a interdicção por este motivo, como póde requerer-se em todos os casos de demencia por motivo de demencia.

Em primeiro logar, se o prodigo não é casado, nem tem ascendentes nem descendentes, a ninguem é licito obstar a que elle desbarate a sua fortuna. Só é licito restringir-lhe o *direito de dispor* do que é seu no caso em que as relações do matrimonio ou do sangue lhe impõem deveres, para satisfazer os quaes carece de ter fortuna.

Os verdadeiramente interessados são os ascendentes e descendentes legitimos em rasão da legitima a que têem direito, e a mulher para salvar o dote, a sua parte nos adquiridos, e o direito aos alimentos. Sendo o interesse a medida da acção, e não tendo condominio nos bens do prodigo senão a mulher, é debaixo de certo ponto de vista os herdeiros legitimarios, só a estes é licito requerer a interdicção por prodigalidade.

A palavra «*legitimos*» exclue completamente os filhos perfilhados, e os ascendentes illegitimos, que aliás têem direito a alimentos, e á successão legitima nos termos dos artigos 175.º, 1785.º, 1989.º e 1994.º

Os filhos perfilhados e os ascendentes illegitimos são competentes para requererem a interdicção por prodigalidade, porque o artigo 341.º emprega na mais ampla generalidade as palavras «*ascendentes e descendentes*», devendo entender-se que comprehendem todos os parentes *successiveis* na linha recta, mas não podem requere-la, senão tendo o prodigo mulher, ou ascendentes ou descendentes legitimos.

Verdade seja que os ascendentes e descendentes illegitimos são herdeiros necessarios, e que os descendentes perfilhados até excluem na successão os ascendentes legitimos, e concorrem com os descendentes legitimos, não se differençando d'estes na *qualidade* de herdeiros legitimarios, mas apenas quanto á *porção* hereditaria; e que o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 300.º, verdadeira fonte d'este artigo, concede o direito de requerer a interdicção por prodigalidade aos herdeiros *legitimarios*.

No entretanto havemos de decidir-nos pela letra da lei, quando ella é tão expressa e positiva, como na presente hypothese, e que o elemento historico concorre para esclarecer o pensamento contido nas palavras da lei.

A palavra «*legitimos*» contrapõe-se a «*illegitimos*» e portanto a interdicção por prodigalidade não póde ser requerida, não tendo o arguido ascendentes ou descendentes «*legitimos*».

Acresce ainda que a significação da palavra «*legitimos*» suscitou questão no seio da commissão revisora, levantando-se duvidas a respeito d'ella em sessão de 14 de novembro de 1860, cuja solução ficou reservada para a sessão seguinte.

Na acta da sessão immediata, 17 do mesmo mez e anno, lê-se o seguinte: «Entrando em discussão a palavra *legitimos*, que ficára reservada para esta sessão, o sr. Seabra, explicando o seu pensamento, declarou que não admittia a doutrina senão havendo *legitimos ascendentes, descendentes ou irmãos*, e que assim se devia entender a palavra *legitimos*, que não era só restricta aos irmãos, como á primeira vista parecia. Resolveu-se que se eliminassem as palavras *ou irmãos*».

O artigo 350.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 340.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «As pessoas que, por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interdictos da administração dos ditos bens, sendo casados, ou existindo ascendentes, descendentes ou irmãos legitimos».

Ainda que mesmo pelo projecto primitivo, attendendo á pontuação, a palavra legitimos não podia deixar de referir-se, logo á primeira vista, tanto a irmãos, como a descendentes pelo menos, sem embargo de se afigurar ao seu illustrado redactor que a redacção parecia referir-se á primeira vista só aos irmãos; o certo é que o sr. Seabra declarou muito positivamente que a palavra *legitimos* não era *restricta* só a irmãos, mas que se referia tambem aos ascendentes e descendentes.

Parece-nos contrario ao systema do codigo que se não conceda ao menos aos filhos perfilhados, que em tudo o mais são preferidos aos ascendentes legitimos, o que a estes se concede em materia de interdicção. Mas a lei, ou se attenda á sua redacção, ou se recorra á sua historia, não admitte senão a interpretação que acabâmos de dar-lhe.

Podem porém requerer a interdicção os ascendentes e os descendentes illegitimos successiveis, havendo ascendentes ou descendentes legitimos, ou sendo casado o prodigo, porque o artigo 341.º concede esse direito aos ascendentes e descendentes sem limitação, e nós não podemos subordinar a intelligencia das palavras empregadas no artigo 341.º ás empregadas no artigo 340.º, que já de si dão um resultado contradictorio com as doutrinas do codigo.

Nem ha contradicção logica ou juridica em que aos filhos perfilhados, cuja existencia não legitima a interdicção por prodigalidade, seja todavia licito requere-la quando o prodigo for casado, ou tiver ascendentes, ou descendentes legitimos, ou legitimados.

Na hypothese de não ser casado o prodigo, e de não ter ascendentes ou descendentes legitimos, ainda o ministerio publico póde requerer a interdicção por prodigalidade, se elle tiver filhos menores ou interdictos perfilhados, vista a disposição do final do artigo 341.º, que não exige a condição de legitimos aos menores ou interdictos, para ser requerida pelo ministerio publico a interdicção do pae no interesse d'elles.

Alguns pela vontade de encontrarem no artigo disposição ou argumento, que auctorise tambem o filho perfilhado a requerer a interdicção por prodigalidade, como póde requerer a interdicção por demencia, dizem que o emprego da palavra «*legitimos*» no artigo 340.º não exclue os perfilhados, alias deveria excluir tambem os legitimados.

Porém similhante argumento não procede, porque a palavra «*legitimos*» comprehende em toda a parte, tanto os filhos nascidos depois de celebrado o matrimonio, como os nascidos antes do casamento, e por este legitimados.

Pela nossa lei antiga, ordenação livro IV, titulo CIII, o juiz podia proceder até *ex-officio* á interdicção por prodigalidade.

A acção de interdicção por prodigalidade intentada antes da promulgação do codigo por pessoas que em virtude da lei nova são illegitimas para esta causa, não póde progredir desde que o codigo co-

meçou de ter execução, vistoque as leis relativas a processo regem desde a sua publicação todos os casos pendentes.

E assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 10 de dezembro de 1860, denegando a revista interposta contra o accordão da relação do Porto de 28 de agosto de 1868 e publicado na *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, tomo I, pag. 104, da jurisprudencia civil, commercial e criminal, declarando nullos por falta de legitimidade de pessoa todos os actos praticados depois da promulgação do codigo, n'um processo de interdicção por prodigalidade, promovido por um irmão do arguido.

O que é indispensavel é allegar especificadamente *os factos*, que são necessarios para caracterisar á prodigalidade.

Se o auctor, longe de especificar factos, que sejam o caracteristico de um genio perdulario, articular unicamente a generalidade vaga, de que o arguido é prodigo, sem individualisar os factos que constituem a prodigalidade, é absolvido o réu da instancia, julgando-se inepta a petição.

Esta doutrina é tambem reconhecida nas tenções que precederam o accordão da relação, acima referido.

O ministerio publico requer a interdicção no caso de haver menores ou interdictos, como defensor dos seus interesses.

É boa providencia o permittir a *qualquer* parente *successivel* (se entende), da mulher o requerer a interdicção, para evitar que esta com o receio do marido, ou pela sua demasiada affeição a elle, o deixe desbaratar sem reclamação a sua fortuna.

Não póde intentar-se a acção de prodigalidade contra as mulheres casadas por costume do reino, que não podem desbaratar a fortuna do casal, que não administram, porque o administrador legal dos bens é o marido, de cuja administração nem por convenção antenupcial póde ser privado, artigos 1104.º e 1117.º, salvo se ellas administram na ausencia ou impedimento do marido nos termos dos artigos 139.º, 1189.º e 1190.º

Mas se a mulher casada por carta de ametade estiver separada de pessoa e bens, ou simplesmente de bens, e desbaratar a sua fortuna, póde intentar-se contra ella a acção de interdicção. Procede a regra geral de ser pessoa maior ou emancipada, que malbarata a sua fortuna, e cessa a rasão pela qual não podia ser interdicta por prodigalidade, emquanto a administração dos bens estava commettida ao marido.

A mulher casada está sujeita, tanto em relação á pessoa, como em relação aos bens, a uma especie de curadoria, que é exercida pelo marido, porque o principio da igualdade de marido e mulher na sociedade matrimonial é de execução pratica impossivel.

Nem a mulher casada achando-se privada da administração dos bens podia praticar factos que caracterisassem a prodigalidade. Porém se a mulher está casada com separação de bens, póde denunciar essa prodigalidade na disposição dos bens mobiliarios, e da terça parte dos rendimentos, que para si póde reservar no contrato antenupcial, artigos 1104.º e 1128.º

N'estes casos póde ser interdicta da administração dos bens por motivo de prodigalidade, vista a generalidade do preceito do artigo 340.º

Verdade seja que o codigo, regulando a hypothese de ser declarado o prodigo marido, artigos 346.º e 347.º, nada determina para o caso de ser declarada prodiga a mulher.

No entretanto esta omissão não póde prejudicar a generalidade do preceito consignado no artigo 340.º, que sujeita á interdicção por prodigalidade todas as pessoas maiores ou emancipadas, sem excepluar as mulheres casadas, que por sua habitual prodigalidade se mostrarem incapazes de administrar seus bens.

Portanto a mulher casada, sempre que se ache investida da administração de bens, ou por se achar separada de pessoa e bens, ou só de bens, ou por ter casado com separação de bens, póde ser declarada prodiga, praticando factos dos que caracterisam a prodigalidade.

A interdicção não se decreta por um ou outro acto isolado de prodigalidade, mas só quando uma serie de actos de desperdicio constitue o justo receio de que o individuo dissipe a sua fortuna, isto é, quando a prodigalidade é *habitual*, quando é a norma e o systema de vida do individuo.

Na commissão revisora, por occasião de se discutir esta materia, foram propostos diversos alvitres, e indicados differentes factos, como *caracteristicos* da prodigalidade.

No entretanto, como seria impossivel fixar precisamente todos os factos constitutivos de prodigalidade sem deixar escapar alguns, a commissão revisora com rasão adoptou o expediente de entregar ao prudente arbitrio do julgador o apreciar nas differentes hypotheses e segundo as circumstancias, se havia ou não prodigalidade.

Art. 342.º A interdicção será requerida perante o juiz de direito da comarca, onde o prodigo tiver domicilio.

(Vid. nota ao artigo 33.º) -

Art. 343.º A acção de interdicção será processada summariamente sem citação do arguido. Esta acção não póde ser confessada.

§ unico. São applicaveis a esta acção as disposições do artigo 317.º §§ 1.º, 2.º e 3.º

(Vid. §§ 1.º e 2.º do artigo 345.º) Este artigo nas diversas modificações por que passou, foi sempre de mal a peior. No projecto primitivo o artigo correspondente (353.º) era redigido nos seguintes termos: «O juiz de direito fará citar o arguido para confessar ou contestar a acção. § unico. Se a acção for confessada, será julgada a confissão por sentença; se for contestada, será o feito processado summariamente até final, segundo o disposto no codigo de processo».

A commissão revisora deu-lhe depois a seguinte redacção: «A acção de interdicção será processada summariamente, com assistencia do ministerio publico e audiencia do conselho de familia. Esta acção não póde ser confessada».

Foi a commissão de legislação da camara dos deputados quem a final elaborou o artigo como elle se acha hoje no codigo.

A doutrina do projecto primitivo, mandando julgar procedente a acção pelo simples facto da confissão do arguido não era aceitavel, mas menos aceitavel é o prohibir-se absolutamente a confissão.

Conviria determinar que a *confissão* da acção se não considerasse prova plena para o julgamento, a fim de evitar que alguem, seduzido pela promessa de receber bens para os malbaratar, viesse confessar a prodigalidade para largar a administração, e porque a sociedade interessa em não pronunciar sem motivo justo similhantes interdicções.

Mas prohibir absolutamente a confissão, que podia ser excellente meio de esclarecer o juizo, é um facto sem justificação possivel.

Porém o que não tem justificação, nem sequer explicação, é a emenda introduzida a final pela commissão de legislação da camara dos deputados, que determina que, tendo a acção de ser contestada, no caso de não ser indeferido o requerimento da interdicção, nos termos do artigo 317.º § 3.º, o prodigo não é *ouvido!*

O demente e o surdo-mudo, com padecimentos fundados em lesões organicas, ou alterações nas faculdades do espirito, e mais faceis de se conhecerem, tanto pelos seus caracteres externos, como pelas suas manifestações de ordem moral, é *interrogado* e *ouvido*, artigo 317.º

O prodigo, que não é inhabilitado, nem por lesão organica, nem por alteração no seu estado intellectual, que não apresenta symptomas physiologicos susceptiveis de apreciação, e cujo defeito reclama mais dados e prova mais completa, porque ainda provados os factos em que o requerimento se funda, resta averiguar se elles constituem ou não verdadeira prodigalidade, nem é *interrogado* nem *ouvido!*

Todos os jurisconsultos concordam em que o melhor elemento para apreciar a interdicção, mesmo a determinada por prodigalidade, é o interrogatorio do réu.

Talvez que o legislador exclusisse a audiencia do prodigo no intuito de abreviar quanto possivel o processo de interdicção, e evitar assim que elle dilapidasse os bens durante as delongas do processo. Porém nem isto é remedio efficaz, o qual só se encontraria na pena de nullidade de todos os actos de alienação desde a apresentação em juizo do requerimento para se decretar a interdicção; mas sobretudo é uma disposição attentatoria do principio de legitima defeza reconhecido como sagrado em direito natural. Impondo-se a pena de nullidade a quaesquer actos de alienação, desde a apresentação do requerimento em juizo, no caso de este ser deferido, nem o arguido era privado desde logo da administração dos bens, nem o casal continuava sujeito ao seu espirito dissipador.

N'este sentido providenceia convenientemente o projecto de codigo de processo, determinando no artigo 228.º, que o juiz, logoque lhe seja apresentado o requerimento para a interdicção por prodigalidade, ordene a publicação de editaes na porta da casa do prodigo, na casa do tribunal e na da igreja da freguezia respectiva, para que ninguem contrate com o mesmo antes da resolução final, e que as alienações ou quaesquer outros contratos feitos em contravenção d'este preceito são nullos. Esta era tambem a doutrina da ordenação, livro IV, titulo CIII, § 6.º

O codigo concede ao prodigo o direito de embargar e appellar da sentença que decretou a interdicção, artigo 345.º

A doutrina sobre processo estabelecida no artigo 345.º é obra tambem da commissão de legislação da camara dos deputados.

No projecto primitivo o artigo correspondente (357.º) ao artigo 345.º do codigo, era redigido assim: «O prodigo conservará a livre disposição de sua pessoa, e todos os seus outros direitos civis».

A commissão revisora conservou o artigo exactamente com a mesma redacção, eliminando apenas a palavra *«seus»*.

Foi a commissão de legislação da camara dos deputados quem deu ao artigo a redacção que elle hoje tem. Nas modificações feitas pela commissão de legislação da camara electiva tudo é novo e extraordinario. Não se permitte ao prodigo o defender-se, e permitte-se-lhe o impugnar a sentença depois, quando já não póde produzir as testemunhas que poderiam concorrer para a sua justificação, nem contradictar ou fazer as perguntas convenientes ás da parte contraria; e para maior novidade, admitte-se o recurso de embargo contra sentença, que não cabe na alçada do juiz de primeira instancia, porque as questões de estado excedem todas as alçadas! Os embargos suspendem a execução da sentença; e a redacção do codigo permitte embargar a sentença em todos os casos, e sempre sem suspensão da execução da mesma sentença.

O prodigo tem contra a sentença dois meios, de ambos os quaes póde valer-se, ou só de um a seu arbitro, «embargos e appellação».

O peior é que ambos estes recursos são quasi inuteis. Como os embargos só podem fundar-se em direito ou em documentos, artigo 678.º da reforma, não podendo dar-se testemunhas sobre a sua materia, nem repetir-se o inquerito das já inqueridas, como succede tambem na appellação, e sendo difficil a defeza do prodigo, a não ser por meio de testemunhas, que já não póde dar, e, alem d'isso, estando sujeito aos depoimentos das testemunhas indicadas e inqueridas pela parte interessada na interdicção, e sem que o arguido sequer assistisse ao depoimento d'ellas, são inuteis quasi os dois recursos, e tanto mais que lhe ha de ser custoso dar andamento ao processo, por falta de meios, que lhe podem ser negados sem que o prodigo tenha o recurso dos alimentos *in litem* que o codigo não reconhece. Parece tão estranha a doutrina do codigo, que não permitte a *citação* do arguido, e lhe permitte depois *embargar* a sentença de primeira instancia em causas que excedem todas as alçadas, que já se tem sustentado na imprensa e no fôro que os embargos, admittidos n'esta causa, e aliás excluidos na interdicção por demencia e por motivo de surdez-mudez, artigos 317.º e 339.º, significam que n'este caso a prova aos embargos não é limitada nos termos da reforma judicial, e que póde admittir-se prova testemunhal sobre a materia de embargos, porque nenhum outro motivo especial podia justificar a concessão d'este recurso.

Similhante doutrina porém é inadmissivel em presença das nossas leis actuaes de processo, que o codigo deixou de pé na parte em que não estabeleceu disposições incompativeis com ellas.

No entretanto vem publicada na *Revista de legislação e jurisprudencia de Coimbra*, n.º 69, uma sentença sobre prodigalidade, proferida a requerimento dos filhos contra a mãe, por um magistrado distincto, em Villa Nova de Foscôa, com data de 24 de abril de 1869, em que elle declara n'uma nota ter admittido o curador geral a assistir ao inquerito das testemunhas, *a simili* do que se observa nas acções de separação, em vista do regulamento de 12 de março de 1868, e ter admittido a prova testemunhal nos embargos á sentença por analogia do processo nos preceitos comminatorios, artigo 291.º da reforma judicial.

Todavia ambas as determinações do juiz, que vem mencionadas em a nota que segue a sentença na sua publicação, comquanto apoiadas na boa rasão, e aceitaveis *de jure constituendo*, nos parecem contrarias á lei escripta.

A primeira é contraria ao disposto no § unico do artigo 343.º, em virtude do qual o ministerio publico só assiste ao processo até á decisão do conselho de familia. D'ahi por diante segue-se o processo estabelecido na lei antiga. A segunda oppõe-se ás leis geraes sobre o processo de embargos que devem observar-se no silencio do codigo, e não a excepção dos preceitos comminatorios, que alem d'isso não tem analogia alguma com o processo nas causas de interdicção por prodigalidade.

Em sessão da commissão revisora de 14 de novembro de 1860, é que se tomou a deliberação de que n'esta acção devia intervir o ministerio publico, e assistir o conselho de familia *como informador*.

Porém, como já notámos com relação ao artigo 317.º, o parecer do conselho de familia, comquanto não tenha n'este caso um caracter *judiciario*, obriga o juiz, porque este nos termos do citado, artigo 317.º § 4.º, só póde dar andamento ao requerimento de interdicção se o parecer do conselho de familia for *favoravel* ao requerente.

Se o juiz não indeferir o requerimento, nos termos do § 3.º do artigo 317.º, segue a acção nos termos, não dos §§ 4.º e 5.º, no que tiverem de applicavel, mas nos termos do processo estabelecido na lei antiga, vista a redacção do codigo.

Até em mandar observar com relação á interdicção por prodigalidade só parte do processo estabelecido para a interdicção por demencia foi peregrina a emenda introduzida pela commissão de legislação da camara dos deputados, ficando assim a observar-se na mesma causa os processos da lei velha e da lei nova simultaneamente.

Em virtude do codigo instaura-se a acção de interdicção por prodigalidade segundo o processo estabelecido na lei nova; e por ella é regida se a petição do requerente para a interdicção vem a ser indeferida.

Se porém não é indeferida, e se dá andamento á acção depois do parecer do conselho de familia favoravel ao requerente, volta-se ao processo da antiga lei, e por este é regida a acção até á sentença de primeira instancia.

Proferida a sentença de primeira instancia, se esta absolve da acção, segue-se emquanto aos recursos o processo da lei velha, se julga a acção procedente e provada, segue-se emquanto aos recursos o processo estabelecido no artigo 345.º do codigo, de envolta com o processo reconhecido na antiga lei, na parte em que não for contrariado pelo disposto no citado artigo 343.º!

Era mais logico o systema do projecto primitivo e da commissão revisora, que mandavam processar a acção *summariamente* sem nenhuma outra indicação, devendo portanto seguir a causa nos termos das nossas leis sobre acções summarias em geral, e o systema seguido no projecto de codigo de processo artigos 226.º a 230.º

Quando o ministerio publico for o requerente é indispensavel tambem a nomeação de defensor ao arguido de prodigalidade.

O conselho de familia deve ser organisado nos termos do artigo 318.º, e não nos termos do artigo 207.º, porque a interdicção por prodigalidade tem mais analogia com a interdicção por demencia, do que com a incapacidade por menoridade.

Por isso nos parece que deverá ser modificada a redacção do artigo 226.º § 1.º do projecto de codigo de processo, que nas causas de interdicção do demente, surdo-mudo e prodigo manda compor o conselho de familia como nos casos de menoridade.

Art. 344.º O juiz por sua sentença, conforme a gravidade dos factos, que resultarem das provas, privará o prodigo da administração geral dos seus bens, ou conservar-lha-ha, inhibindo-o simplesmente de certos actos, quando não forem precedidos da approvação do curador.

§ unico. Esta sentença será registada no livro de tutelas, e

publicada por extracto em algum dos jornaes da comarca, ou, não os havendo, por editaes no logar do domicilio do interdito.

(Vid. nota ao artigo 338.º)

Art. 345.º O prodigo conserva todavia a livre disposição de sua pessoa, e todos os outros direitos civis, e poderá embargar a sentença que o tiver privado da administração dos seus bens, ou de praticar certos actos sem approvação do curador, bem como appellar da mesma sentença.

§ 1.º Os embargos não suspenderão a execução da sentença, e a appellação será recebida, só com o effeito devolutivo.

§ 2.º Da sentença, que rejeitar os embargos, tambem o prodigo poderá interpor o recurso de appellação.

A curadoria por prodigalidade não dá ao curador, nem ao administrador, auctoridade alguma sobre a pessoa do prodigo; respeita unica e exclusivamente aos bens. O prodigo conserva a sua auctoridade marital e paternal sobre a mulher e sobre os filhos, e todos os outros direitos civis, como o de casar, de fazer testamento, etc. Sobre a pessoa do demente, que não tem capacidade para reger-se, exerce o tutor auctoridade, como sobre os menores.

Porém nem o curador, nem o administrador podem ter auctoridade sobre a pessoa do prodigo, que é maior, e está em bom uso de rasão, salvo no que respeita á administração dos bens.

Como no processo de prodigalidade ao que se pretende obviar é á dissipação dos bens, as medidas provenientes do julgamento da interdicção por este motivo não podem ir alem de retirar ou restringir ao prodigo essa administração.

(Vid. nota ao artigo 343.º)

Art. 346.º Logoque a sentença passar em julgado, se a administração for ordenada, será esta entregue ao pae do prodigo, ou a sua mãe, se o pae não existir, annuindo n'este ultimo caso o conselho de familia. Se não tiver pae nem mãe, que d'ella se encarregue, nomeará o juiz administrador, ouvido o conselho de familia e o ministerio publico.

§ unico. Se o prodigo administrar bens de seus filhos menores ou interdictos, serão esses bens comprehendidos na sobredicta administração.

Art. 347.º Se o prodigo for casado, com separação de bens, a mulher conservará a administração de seus bens proprios, que não poderá alienar sem auctorisação judicial, nos casos em que o consentimento do marido é necessario.

(Vid. artigos 349.º e 350.º) Pela ordem genealogica das idéas a doutrina do artigo 349.º devia preceder a do artigo 346.º Logoque se *publique*, nos termos do § unico do artigo 344.º, a sentença da interdicção do prodigo, ou seja para todos os actos de administração, ou só para alguns, nomeia-se-lhe um curador provisorio para o auctori-

sar á pratica dos actos, de que elle for inhibido, artigo 349.º Está curadoria provisoria termina, logoque a sentença passe em julgado, nomeando-se então administrador ao prodigo.

O curador provisorio, de que falla o artigo 349.º, será nomeado pelo juiz, apesar do silencio do codigo, vistoque pelo juiz é nomeado o administrador.

Na interdicção por demencia tambem a tutela tem um caracter provisorio, emquanto a sentença não passa em julgado, artigo 317.º § 8.º Porém a tutela do demente é deferida logoque se *profere* a sentença, citado artigo 317.º § 6.º, independentemente da sua publicação nos termos do artigo 319.º, comquanto para com terceiros só produza effeitos desde o seu registo e publicação, artigo 334.º

A curadoria provisoria do prodigo porém não é deferida, logoque se profere a sentença, mas sim e unicamente depois que a sentença é registada e publicada.

Logoque a sentença passa em julgado, nomeia o juiz administrador definitivo, ou curador, segundo é decretada a interdicção geral ou especial, cessando as funcções do curador provisorio. Pela lei só é administrador necessario o paé do prodigo. A mãe só póde ser nomeada, se annuir o conselho de familia, depois de verificar se ella terá a força precisa para resistir ás solicitações do filho.

Não se descobre a rasão pela qual a mãe não póde ser nomeada administradora do prodigo, sem a *annuencia* do conselho de familia, dispensando-se a annuencia e mesmo a audiencia do ministerio publico, que para este caso se não exige, quando para a nomeação de qualquer outro curador, que não seja a mãe, não é indispensavel a *annuencia* do conselho de familia, bastando a audiencia d'este, e a do ministerio publico.

Com rasão são excluidos da administração dos bens do prodigo não só a mulher, sobre a qual elle continua a exercer o poder marital, senão tambem os filhos, que pelo respeito filial facilmente poderiam ceder ás exigencias dos paes.

Não ha inconveniente em que o juiz nomeie desde logo curador provisorio o pae, ou a mãe, ou a pessoa a quem haja de entregar depois a curadoria ou administração definitiva.

Se a interdicção é especial, o interdicto continua na administração dos bens, sujeito apenas á resolução do curador para a pratica de certos actos, artigo 344.º Se a interdicção é geral, é totalmente privado de administração dos bens, que são entregues a um administrador com os direitos e obrigações marcados no artigo 351.º

É porém de notar que, comquanto os embargos ou a appellação não suspendam a execução da sentença de interdicção, artigo 345.º, o prodigo só póde ser privado definitivamente da administração dos bens quando a sentença passar em julgado. Até ahi, ainda que a interdicção seja *geral*, a existencia do curador só tem por fim auctorisa-lo *para os actos de que estiver inhibido*, artigo 349.º, que podem ser todos os actos de administração, ou só alguns. Nem de outro modo póde entender-se o disposto no artigo 349.º

O artigo, ordenando a nomeação de administrador ao prodigo, logoque passe em julgado a sentença que decretar a interdicção, refere-se unicamente ao caso de ser decretada a interdicção geral, porque só n'esta hypothese é que o interdicto é privado da administração dos bens, e *ordenada* a sua entrega a outrem.

Supponhamos porém que a interdicção é especial, que não priva por consequencia o prodigo da administração dos bens, *ordenando* a entrega a outrem, não tendo por isso logar a nomeação do *administrador*, de que falla o artigo 346.º, a quem é commettido o encargo de *curador*, de que falla o artigo 344.º? Continua o curador provisorio, que é nomeado nos termos do artigo 349.º, logoque se publica a sentença de interdicção, ou ha de o juiz nomear curador definitivo, assim como teria de nomear administrador nos termos do artigo 346.º, se a interdicção fosse geral?

E no caso de continuar o curador provisorio, ou de se nomear curador definitivo, é tambem chamado o pae e a mãe pela lei a esta *curatela*, como são chamados á *administração* dos bens, ou póde o juiz a seu arbitrio exclui-los da curatela?

Não resolve o codigo estas duvidas, que aliás não suscitava o projecto primitivo, que no caso de interdicção geral entregava a administração ao pae ou á mãe, ou á pessoa nomeada pelo juiz, e no caso de interdicção especial sujeitava o prodigo á fiscalisação dos paes ou do conselho de familia para a approvação dos actos que elle estivesse inhibido de praticar sem auctorisação.

Porém o codigo não só admitte a curadoria provisoria, ou a interdicção seja *geral* ou seja especial, artigo 349.º, mas até pela redacção do artigo 344.º se mostra que ha *curador* sempre, que o prodigo soffre interdicção especial, que não é privado da administração dos bens, porque se for condemnado á interdicção geral, nomeia-se-lhe administrador conforme com o disposto no artigo 346.º

Em nosso entender as disposições do artigo 346.º, quanto á nomeação de administrador, são igualmente applicaveis á nomeação de curador definitivo no caso de interdicção especial.

Mas do que se dispõe com relação ao curador provisorio ou definitivo nada é applicavel ao administrador, cujos direitos e obrigações estão regulados no capitulo relativo á curadoria provisoria dos bens dos ausentes, artigo 351.º

Por isso o codigo até designa por nomes differentes as entidades que intervem na administração dos seus bens, depois de transitar em julgado a sentença que decretou a interdicção, segundo esta foi geral ou especial.

No caso de ser decretada a interdicção especial tem o nome de *curador* o fiscal do prodigo, artigo 344.º, no caso de ser decretada a interdicção geral tem o nome de *administrador* o encarregado da administração dos bens do interdicto.

A entidade que intervem na administração dos bens no intervallo que decorre desde a publicação da sentença de primeira instancia, até que esta faça transito em julgado, é que tem sempre o nome de *curador*, artigo 349.º, ou seja decretada, interdicção especial ou geral; e este curador provisorio, ainda que tenha sido decretada a interdicção geral, não toma conta da administração dos bens, que continua em poder do interdicto, dependente apenas da approvação do curador, cujas funcções cessam para dar logar ás do administrador, logoque a sentença transite em julgado, e que o interdicto seja desapossado da administração dos bens, ou ás do curador definitivo, no caso de ser decretada a interdicção especial.

Da combinação de todos estes artigos parece-nos resultar o seguinte: 1.º, que os paes, comquanto sejam chamados *pela lei* á administração dos bens do prodigo, podem deixar de ser nomeados curadores provisorios na interdicção geral ou especial emquanto a sentença não passa em julgado, e que a mãe póde deixar de ser nomeada curadora ou administradora mesmo depois que a sentença transita em julgado; 2.º, que, logoque a sentença passe em julgado, deve nomear-se curador definitivo, no caso de interdicção especial, para os effeitos do

artigo 344.º, e administrador no caso de interdicção geral para os effeitos do artigo 346.º, nomeação que póde recair no curador provisorio, ou n'outra qualquer pessoa, comtantoque não seja excluido o pae; 3.º, que, logoque a sentença passe em julgado, cessam as funcções do curador provisorio, nomeando-se administrador para os bens no caso de interdicção geral, ou curador definitivo para a approvação dos actos, que o prodigo não póde praticar sem auctorisação, no caso de interdicção especial.

Se o curador provisorio se recusar a auctorisar qualquer acto do prodigo, póde este recorrer ao juiz, que resolve *definitivamente*, isto, é, sem recurso, ouvido apenas o ministerio publico, e sem necessidade de audiencia do conselho de familia.

O interdicto tem igualmente recurso contra o curador definitivo, quando este negar a sua annuencia á pratica de qualquer acto que careça de sua approvação, ou por qualquer fórma abusar do seu encargo, artigo 350.º

O interdicto tem o direito de reclamar tanto contra o abuso que os curadores façam do seu encargo, como contra a recusa d'elles a approvarem qualquer acto que careça da sua approvação.

Ha apenas que notar a este respeito as seguintes differenças. Da recusa do curador provisorio á approvação só ha recurso para o juiz de direito, que resolve definitivamente com simples audiencia do ministerio do publico, sem necessidade de ouvir o conselho de familia, artigo 349.º

Da decisão do curador definitivo póde ir o recurso até á relação, d'onde todavia não póde passar; e o juiz de direito, alem da audiencia obrigada do ministerio publico, póde ouvir tambem o conselho de familia, artigo 350.º

Os actos do prodigo, assim como os do demente, artigo 334.º, celebrados sem a devida auctorisação no intervallo que decorre desde a publicação da sentença que julga procedente e provada a acção de interdicção até que ella passa em julgado, são nullos se ella não for revogada; e por isso difficilmente haverá quem queira sujeitar-se ao risco de contratar com o prodigo logoque se publique a sentença de interdicção.

Nem o codigo, desde que dá aos recursos da sentença apenas effeito devolutivo, artigo 345.º § 1.º, devia permittir a validade de actos praticados pelo prodigo sem a competente auctorisação, depois da publicação da sentença, ou ella fosse depois ou não revogada.

Porém os actos praticados pelo prodigo *antes* da publicação da sentença, aindaque *depois* d'ella proferida, não podem ser atacados com o fundamento da prodigalidade, ao contrario do que succede com os dementes, cujos actos anteriores, ainda á installação da acção em juizo, podem ser annullados, dando-se as condições prescriptas no artigo 335.º

A disposição do codigo, que permitte annullar só os actos praticados pelo prodigo depois de *publicada* a sentença de primeira instancia, que julga provada a interdicção, e que não amplia esta nullidade aos actos praticados ao menos desde a installação da acção em juizo, habilita o arguido a desbaratar toda a sua fortuna durante o decurso do processo, inutilisando completamente o julgamento da interdicção.

A sentença virá a ter força exactamente quando já não podér valer á fortuna do prodigo, nem satisfizer ao fim para que foi requerida.

Por isso julgâmos muito digno de approvação o preceito contido no artigo 228.º do projecto de codigo de processo, que ordena a publicação de editaes, logoque o requerimento para a interdicção por prodigalidade é apresentado em juizo, para que ninguem contrate com o prodigo antes da resolução final, e que declara nullos quaesquer contratos feitos em contravenção d'este preceito, como já se achava determinado na ordenação, livro IV, titulo CIII, § 6.º

Tambem é rasoavel a disposição do artigo 230.º do mesmo projecto, que manda ficar á conta do interdicto as custas da interdicção, sendo julgada procedente e provada a acção, qualquer que fosse o motivo por que ella tenha sido requerida, isto é, ou fosse por motivo de demencia, surdez-mudez ou prodigalidade.

O administrador nomeado aos bens do prodigo administra tambem os dos filhos menores ou interdictos, porque o administrador *substitue* completamente o prodigo, salvo quanto aos bens *proprios* da mulher, dos quaes ella fica sendo administradora, artigo 347.º

Não vemos rasão para que seja entregue á mulher a administração dos bens proprios, só quando ella tiver casado com separação de bens, e não tambem quando tiver casado por outra qualquer fórma.

Mesmo no casamento por costume do reino ella póde ter bens proprios, nos termos do artigo 1109.º, cuja administração lhe deveria pertencer; assim como não póde explicar-se a propriedade com que o codigo declara que a mulher *conservará* a administração dos bens proprios, que nunca teve, porque pertenceu sempre ao marido, artigo 1117.º, e do qual mesmo ella não podia priva-lo nem por contrato antenupcial, artigo 1104.º

Observando-se a letra do artigo, a mulher só fica com a administração dos bens proprios, quando for casada com separação de bens, restando-lhe n'outro regimen matrimonial apenas o recurso consignado nos artigos 1219.º e seguintes, que lhe facultam o meio de tomar conta da administração, não só dos bens proprios, mas da sua parte nos bens communs, requerendo a separação judicial de bens nos termos d'aquelles artigos.

No entretanto por analogia entendemos que em todos os casamentos, ainda nos celebrados segundo o costume do reino, sempre que a mulher tenha bens proprios, deverá entregar-se-lhe a administração a ella e não a terceiro.

Não póde admittir-se em toda a sua plenitude o preceito de que a mulher póde alienar *com auctorisação judicial* os bens proprios nos casos em que o consentimento do marido é necessario, porque se os bens alienados forem immobiliarios, a auctorisação só póde ser dada pelo conselho de familia, segundo o disposto no artigo 1190.º

Todos os artigos em que o codigo permitte á mulher, que administra na ausencia ou impedimento do marido, o alienar bens com auctorisação judicial, devem julgar-se modificados pela disposição do artigo 1190.º para o effeito de não poderem ser vendidos sem auctorisação do conselho de familia.

Art. 348.º No caso de interdicção geral, serão postas á disposição do interdicto as quantias, que parecerem necessarias para as suas despezas ordinarias, conforme o seu estado e posses.

§ 1.º Estas quantias serão taxadas pelo prudente arbitrio do juiz, ouvido o ministerio publico e o conselho de familia.

§ 2.º O interdito poderá, comtudo, occorrendo necessidade imprevista, recorrer de novo ao juiz, que proverá nos termos sobreditos, como parecer de justiça.

No caso de interdicção especial continua o prodigo na administração dos bens, sem outra restricção que a necessidade da approvação do curador para a pratica de certos actos, e por isso escusado é arbitrar-lhe alimentos para as suas despezas. Porém na interdicção geral, comquanto seja privado o prodigo da administração dos bens, fica ao mesmo tempo dispondo livremente de sua pessoa, e gosando de todos os outros direitos civis, artigo 345.º, e por isso não deve estar dependente do administrador para lhe determinar as suas despezas, e arbitrar as quantias com que elle deve custea-las.

O administrador limita-se *á administração* dos bens, sem exercer direitos alguns sobre o prodigo. É pois o juiz, e não o administrador, quem taxa as quantias que devem entregar-se ao prodigo para as suas despezas, quantias que podem ser augmentadas ordinaria ou extraordinariamente, se ao prodigo sobrevierem novas necessidades, como as provenientes de doença, ou de qualquer outra causa legitima. O juiz taxa estas quantias sem fórma alguma de processo, alem da audiencia do ministerio publico e do conselho de familia.

Art. 349.º Publicada a sentença de interdicção, geral ou especial, será nomeado ao interdicto um curador provisorio, que o auctorise para os actos de que estiver inhibido, e que se tornarem necessarios, podendo o interdicto, no caso de recusa da annuencia do curador, recorrer ao juiz, que resolverá definitivamente, ouvido o ministerio publico. Os actos, que o interdicto praticar sem a devida auctorisação, serão nullos de direito, se a sentença passar em julgado.

Art. 350.º O interdicto poderá recorrer ao juiz da interdicção, quando entender que os seus curadores abusam por alguma fórma do seu encargo. O juiz decidirá como for de direito, ouvido o ministerio publico e, se cumprir, o conselho de familia. Das suas decisões poderá recorrer-se para a relação do districto, que resolverá definitivamente.

(Vid. nota ao artigo 346.º)

Art. 351.º Os administradores dos bens do prodigo têem os mesmos direitos, e estão sujeitos ás mesmas obrigações, que pertencem aos curadores provisorios dos bens dos ausentes, salvas as seguintes modificações:

1.º Achando-se a curatela a cargo do pae ou da mãe, não haverá caução.

2.º As contas annuaes serão prestadas com assistencia do interdicto.

(Vid. nota aos artigos 58.º e 59.º)

Art. 352.º O prodigo, passados cinco annos, poderá requerer, que a interdicção lhe seja levantada, e assim se ordenará, convindo o conselho de familia e o ministerio publico.

§ unico. Se o prodigo não obtiver o levantamento da interdicção, poderá requere-lo de novo, até que lhe seja concedido; comtantoque entre cada indeferimento que tenha, e o novo requerimento que fizer, medeie um intervallo de cinco annos pelo menos.

(Vid. nota ao artigo 336.º)

TITULO XIII

DA INCAPACIDADE ACCIDENTAL

Art. 353.º Os actos e contratos, celebrados por pessoas que accidentalmente se acharem privadas, ao tempo d'elles, de fazerem uso de sua rasão, por algum accesso de delirio, embriaguez ou outra causa similhante, poderão ser rescindidos, se, dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento, essas pessoas protestarem perante algum tabellião, na presença de duas testemunhas, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes.

§ unico. Esta acção só poderá aproveitar aos herdeiros das pessoas mencionadas, fallecendo ellas sem recobrarem a rasão, ou antes que hajam decorrido os dez dias em que devem protestar, comtanto, porém, que seja proposta dentro dos vinte dias subsequentes ao fallecimento.

Art. 354.º O disposto no artigo precedente não obsta a quaesquer outras acções, que possam intentar-se contra a validade dos actos e contratos, mencionados n'esse mesmo artigo.

Nos tres titulos precedentes tratámos da incapacidade permanente, declarada tal por sentença. N'este titulo regulam-se os effeitos da incapacidade *passageira*, filha de um acontecimento accidental e ephemero, como de embriaguez, etc., em que não ha logar a supprir a incapacidade dos individuos, que só momentaneamente estiveram privados do uso da rasão, mas simplesmente a decretar a rescisão dos actos juridicos por falta de consentimento; e por isso ha quem julgue até deslocada similhante materia n'este logar.

Seja como for, o certo é que são nullos, pela falta de *consentimento*, todos os actos juridicos praticados por quem não está em seu perfeito juizo, e póde ser rescindido o acto por este fundamento a todo o tempo marcado nas leis.

É porém verdade que se a falta de juizo provém de um facto *accidental*, o codigo não admitte reclamação contra o acto juridico, não protestando o interessado dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento, e não propondo a acção dentro dos vinte dias seguintes.

Se o lesado intentar a acção dentro dos dez dias, escusado é o protesto. Não ha protesto mais eloquente, do que a proposição da acção em juizo.

Esta determinação do codigo, comquanto sujeita a graves inconvenientes, tem por outro lado solida justificação. A incapacidade permanente póde ser allegada em qualquer tempo. A prova d'essa incapacidade, se a allegação não é verdadeira, facilmente póde ser des-

truida, porque não é crivel a existencia de um demente em qualquer povoação sem que os vizinhos, pelo menos, saibam do facto da demencia.

Por isso se alguem quizesse allegar em qualquer tempo falsamente a incapacidade permanente, *cairia* de certo similhante allegação diante do depoimento dos vizinhos, que jurassem não ter havido noticia de tal demencia, porque a nullidade não aproveita se a demencia não é *notoria* ou conhecida de outro pactuante, artigo 335.º

Porém se fosse admittida em qualquer tempo a rescisão de um acto juridico pela allegação de incapacidade accidental, como de um accesso de delirio ou de embriaguez, e o requerente podesse alliciar as testemunhas precisas para falsamente comprovar o facto, ficaria o requerido sem meios de defeza, vistoque um facto passageiro podia ser conhecido de poucas pessoas, e a prova negativa, que n'este caso o réu poderia offerecer, era sem valor.

Para evitar pois os conluios e as fraudes combinadas e estudadas, o codigo marca um praso curto para a reclamação contra o acto juridico viciado pela incapacidade accidental de algum dos pactuantes, não só para obviar a esses conluios, mas porque sendo a reclamação tão proxima do acto juridico, é mais facil ao outro interessado o colher as precisas indagações para defender-se.

Verdade seja que a disposição absoluta do codigo póde inhibir muitas vezes o incapaz *accidentalmente* de realisar os seus direitos de reclamação. Nada mais natural do que não se recordar o incapaz dos actos que praticou n'um momento de delirio ou de embriaguez, por ter sido tão grave o seu estado de perturbação mental que o não deixasse ligar os factos. No entretanto tão raros serão estes casos, que toma-los em consideração importaria o mesmo que destruir a regra geral.

O codigo comprehenderá nas palavras «*ou outra causa similhante*» a *ira*, como causa da rescisão do contrato?

Se a ira tomar as proporções de privar o irado do *uso de sua razão*, o que ao requerente incumbe provar, de certo póde ser allegada como motivo de rescisão.

As causas de rescisão, que o codigo aponta, são exemplificativas. São motivos de rescisão todos os factos que determinarem a *privação* do uso de rasão. Este é o principio geral.

Suppunhamos porém, que a demencia do individuo não era accidental e sim permanente, mas que não chegou a ser declarada por sentença, e que nem processo houve sequer para esse fim, quaes são as regras applicaveis ao acto juridico feito n'estas circumstancias?

O codigo não regula expressamente esta hypothese, que é aliás muito frequente.

O codigo previne as duas hypotheses de ser permanente a demencia e julgada por sentença, artigo 335.º, e de ser accidental a demencia, artigo 353.º, mas não a hypothese de ser permanente a demencia e não julgada por sentença.

Refere-se o artigo 335.º aos actos e contratos celebrados pelo interdicto *antes* da sentença. Mas se não houve sentença de interdicção, nem sequer processo para esse fim intentado?

Tem-se dado muitos casos de haver individuos affectados de demencia permanente, que nunca é julgada por sentença, por falta de requerimento das pessoas competentes, ou porque não lucram com a interdicção, ou porque interessam em que ella não seja julgada, e que depois morrem com testamento, até em favor d'aquelles a quem cumpria requerer a interdicção, e que a não requereram para se aproveitarem das vantagens do testamento.

Qual é pois a legislação applicavel aos actos juridicos praticados por individuos em taes circumstancias, a disposição do artigo 335.º ou a do artigo 353? Ou serão validos estes actos?

Validos não o podem ser, que estão viciados na sua essencia por falta de consentimento, artigo 643.º; e, se a incapacidade accidental annulla os actos juridicos, não podem ser validos os celebrados no estado de incapacidade permanente.

Sendo pois nullos, pedem as regras de analogia que lhes seja applicavel o disposto no artigo 335.º, ou o prescripto no artigo 353.º? A natureza das causas e dos effeitos da demencia permanente não varia por ella ter sido ou não julgada por sentença. Se julgada por sentença a demencia permanente, podem ser annullados os actos praticados n'esse estado de demencia, antes do processo e da sentença, pelo simples facto de se provar que a demencia existia ao tempo do acto, e era notoria ou conhecida do outro pactuante, não ha rasão para que não sejam annullados tambem os actos praticados durante esse estado, ainda que não chegue a haver sentença nem processo.

Porém, como já dissemos em a nota ao artigo 317.º, não é applicavel o disposto no artigo 335.º a todos e quaesquer actos praticados em estado de demencia permanente, ou houvesse ou não sentença ou processo de interdicção.

O artigo 335.º é applicavel unica e exclusivamente á hypothese de ter havido sentença de interdicção. Se a não houve, como falta este elemento de presumpção a favor da demencia, não basta prover, para a nullidade do acto, que a demencia já existia, e era notoria ou conhecida do outro pactuante; é absolutamente indispensavel demonstrar que a demencia existia no *momento* do acto juridico.

Das doutrinas sanccionadas no codigo sobre a incapacidade mental resultam os seguintes corollarios: 1.º, que na incapacidade permanente e julgada por sentença são nullos todos os actos desde que a sentença passou em julgado, artigo 334.º; 2.º, que os actos praticados *antes de publicada* a sentença, artigos 335.º e 349.º, só são annullados, provando-se que a demencia era já notoria ou conhecida do outro pactuante; 3.º, que na incapacidade accidental a acção de rescisão só procede, tanto a respeito do pactuante, como dos herdeiros, feito o protesto, e a proposição da acção em juizo nos prasos e pela fórma determinada no artigo 353.º: 4.º, que o disposto no artigo 335.º é applicavel só á hypothese de a demencia permanente ter sido julgada por sentença, mas não ao caso de não ter havido sentença, nem processo sequer para esse fim.

No entretanto a hypothese prevenida no artigo 353.º raras vezes ha de verificar-se, porque actos de alguma importancia só podem ser exarados com a intervenção de official publico, e ha de ser custoso que este e as testemunhas se combinem para similhante fraude.

Alem da acção de rescisão com fundamento da incapacidade accidental podem propor-se quaesquer outras acções pelos fundamentos com que nos termos do codigo podem annullar-se os contratos e actos juridicos, artigo 354.º, como pela menoridade, pelo dolo, etc.

TITULO XIV

DA INCAPACIDADE POR EFFEITO DE SENTENÇA PENAL CONDEMNATORIA

Art. 355.º Os criminosos não podem ser interdictos de nenhum de seus direitos civis, senão por virtude de sentença passada em julgado.

(Vid. artigos 1764.º n.º 2.º, 1779.º n.º 2.º, 1966.º n.º 7.º, 2511.º n.º 6.º)

N'este titulo alterou a commissão revisora completamente o systema do projecto primitivo, que desenvolvia os effeitos de cada uma das penas condemnatorias, *a simili* do que se encontra nos artigos 51.º e seguintes do codigo penal, apresentando differentes vogaes da commissão algumas propostas de substituição á doutrina do projecto primitivo.

Em sessão de 21 de novembro de 1860, presentes os vogaes, os srs. Ferrer, Seabra, Herculano, Marreca, Soure, Mártens Ferrão, Gil, Simas, Silva Ferrão, José Julio e Levy, decidiu-se: 1.º, que não deviam ser declarados os direitos civis, de que ficava interdicto o condemnado por sentença criminal, declarando o seu voto de vencidos os srs. Seabra, Soure, Mártens Ferrão, Simas e José Julio; 2.º, que deviam declarar-se as prescripções necessarias para supprir a incapacidade proveniente da imposição das penas.

Achâmos preferivel a doutrina da maioria da commissão. Os effeitos das penas, como accessorios e consequencia das penas, e até certo ponto penas tambem, devem ser definidos na lei penal, como se acham definidos nos artigos 51.º e seguintes do nosso codigo penal. A lei civil provê á incapacidade do condemnado segundo a natureza dos direitos interdictos, e ahi termina a sua missão.

Na sentença condemnatoria é escusado fixar os effeitos das penas, os quaes têem logar em virtude da lei, independentemente de declaração alguma na sentença condemnatoria, como é expresso no artigo 67.º do codigo penal.

Assim a sentença, que condemna á expulsão do reino, escusa de declarar que os bens do condemnado serão regidos como os dos ausentes, porque essa declaração está já feita na lei, codigo penal, artigo 55.º, como consequencia da pena.

A ligação que tem o assumpto contido n'este titulo com as disposições da lei penal deu logar a que na commissão se levantasse duvida sobre se esta materia devia ser eliminada inteiramente do codigo civil, e reservada só para o codigo penal. Resolveu porém a commissão que fosse tratada no codigo civil nos termos já indicados, assim como tinha resolvido n'uma das sessões anteriores que se tratasse no codigo civil da materia de prodigalidade.

Não se defere a curatela emquanto a sentença não passa em julgado, no que esta especie de interdicção se differença, e com rasão, dos outros casos de interdicção de que temos fallado, vistoque a interdicção n'esta hypothese não é imposta pelo receio de que o interdicto administre mal os bens, mas como effeito de uma pena; e pelo codigo penal, artigo 51.º, não tem effeitos civis a sentença condemnatoria emquanto não passa em julgado.

A pena ha de ser effectivamente imposta em processo *ordinario* criminal, como diz o artigo 356.º, porque não ha interdicção de direitos civis como consequencia de pena senão nas penas *maiores*, codigo penal, artigos 29.º e 52.º a 55.º, e estas não podem ser perseguidas senão em processo ordinario, decreto de 10 de dezembro de 1852 e lei de 18 de agosto de 1853. No entretanto eram bem escusadas, e são até inconvenientes no codigo civil, as seguintes palavras que se lêem no artigo 356.º, «*proferida em processo ordinario criminal*».

Como a tutela é deferida segundo as regras da tutela dos dementes, por identidade de rasão lhe devem ser applicaveis as disposições d'esta tutela no que for compativel com a sua indole especial. Assim, a alienação dos bens, no caso de condemnação a pena perpetua, recaindo a tutela no conjuge, fica subordinada ao disposto nos artigos 326.º, 327.º e 1190.º, e, recaindo n'outra pessoa, ao disposto nos artigos 321.º e 322.º

Se a condemnação for a pena de expulsão do reino, que os bens do expulso são regidos como os dos ausentes, a alienação ha de ser feita nos termos decretados para a alienação dos bens dos ausentes.

De serem testemunhas em processo, nos termos do artigo 2511.º n.º 6.º, só ficam inhibidos os condemnados a qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão ou degredo.

De serem testemunhas instrumentarias, nos termos do artigo 1966.º n.º 7.º, são inhibidos todos os condemnados a qualquer das penas maiores, ou perpetuas ou temporarias, e até os condemnados ás penas correccionaes de prisão ou de desterro, codigo penal, artigos 53.º a 58.º, vistoque a perda dos direitos politicos inhibe de ser testemunha em qualquer acto solemne, ou tenha sido imposta como pena principal, ou como effeito de outra pena, e a perda dos direitos politicos é consequencia da condemnação a qualquer das penas maiores, ou sejam perpetuas ou temporarias, assim como a suspensão dos direitos politicos durante o cumprimento da pena é consequencia da condemnação ás penas correccionaes de prisão ou de desterro.

De testar só é inhibido por effeito de sentença penal o condemnado á morte, sendo até de nenhum vigor o testamento já feito, codigo penal, artigo 52.º

Da testamentifacção passiva é que o condemnado á morte, nos termos da lei penal commum, não póde ser privado, não tendo por consequinte applicação alguma o disposto em o n.º 2.º do artigo 1779.º, que aliás tinha rasão de ser no projecto primitivo, que no n.º 2.º do artigo 1909.º, correspondente ao n.º 2.º do artigo 1779.º do codigo, excluia da successão testamentaria, salvo o legado de alimentos em dinheiro ou effeitos mobiliarios, *os condemnados a pena ultima*.

A denominação, que o codigo dá, de administradores e curadores aos individuos encarregados da administração dos bens dos interdictos por prodigalidade e sentença condemnatoria é consequencia ainda da influencia do direito romano, que chamava tutores aos que tinham a seu cuidado principalmente a *pessoa* do incapaz, e curadores os que tinham a seu cargo *os bens*.

Art. 356.º Ao interdicto de direitos civis por sentença, proferida em processo ordinario criminal, e passada em julgado, será dado um curador.

§ unico. A curatela será deferida pela ordem da tutela dos dementes.

(Vid. notas aos artigos 320.º e 355.º)

Art. 357.º A extensão e os effeitos d'esta curatela deduzem-se da natureza dos direitos interdictos.

(Vid. notas aos artigos 338.º e 355.º)

Art. 358.º A sobredita curatela durará só emquanto durar a pena.

§ unico. Se a pena for extincta por effeito de revisão e annullação de sentença, serão válidos os actos, que o condemnado tiver praticado na epocha em que d'elles estava in-

terdicto, comtantoque d'essa validade não resulte offensa de direitos adquiridos.

Cessando a causa devem cessar os seus effeitos. A sentença condemnatoria, mesmo depois de ter passado em julgado, póde ser revista e annullada, nos termos das leis, como nos casos previstos nos artigos 1263.º e 1265.º da reforma judicial, e n'outros: e declarando-se sem effeito a sentença devem annullar-se no que for possivel as suas consequencias.

Resalva-se a offensa de direitos adquiridos. Assim, é valida a venda de um predio que o interdicto fez a A depois de publicada a sentença de condemnação, annullando-se depois a sentença, salvo se o curador com auctorisação legal o tinha vendido a B, porque n'este caso iriam offender-se os direitos de B.

Não se concedem as mesmas garantias aos actos praticados pelo interdicto quando a pena cessou em virtude de perdão concedido pelo poder moderador, porque o perdão não significa a injustiça ou nullidade da sentença condemnatoria: é apenas um acto de clemencia ou de graça real.

O perdão faz cessar, nos termos do artigo 125.º do codigo penal, o procedimento e a pena, mesmo pecuniaria, ainda não paga; mas não restitue os direitos politicos, de que a condemnação privou o criminoso, se d'isso se não fizer expressa menção, nem prejudica a acção civil pelo damno e perda, nem póde validar, visto o artigo 358.º do codigo civil, os actos que o condemnado tenha praticado na epocha em que d'elles estava interdicto.

PARTE II

DA ACQUISIÇÃO DOS DIREITOS

LIVRO I

DOS DIREITOS ORIGINARIOS E DOS QUE SE ADQUIREM POR FACTO E VONTADE PROPRIA INDEPENDENTEMENTE DA COOPERAÇÃO DE OUTREM

TITULO I

DOS DIREITOS ORIGINARIOS

Art. 359.º Dizem-se direitos originarios os que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são:

1.º O direito de existencia;
2.º O direito de liberdade;
3.º O direito de associação;
4.º O direito de apropriação;
5.º O direito de defeza.

(Vid. nota ao artigo 4.º)

Art. 360.º O direito de existencia não só comprehende a vida e integridade pessoal do homem, mas tambem o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral.

A doutrina d'este titulo é perfeitamente inutil n'um codigo civil. Algumas das suas disposições ainda poderiam ter cabimento n'uma constituição politica ou n'algum codigo penal em epochas em que os direitos naturaes do homem não eram devidamente reconhecidos e respeitados em toda a parte. Mas á legislação civil é completamente estranho o assumpto do titulo.

Na commissão revisora votou o sr. Herculano pela suppressão d'elle.

Em virtude do direito originario de existencia, o homem tem direito a não ser offendido, nem nas suas faculdades physicas, nem nas espirituaes, isto é, a ser respeitado tanto na sua pessoa physica como na sua pessoa moral.

Da acta da sessão da commissão revisora de 2 de novembro de 1864 consta que o sr. Gil perguntára a rasão por que se tinham substituido as palavras «*integridade physica*», que vinham no projecto primitivo, pelas palavras «*integridade pessoal*», que se lêem no codigo, e que o sr. Ferrer lhe respondêra que a rasão fôra porque n'este caso a palavra «*pessoal*» tem uma significação mais ampla do que a palavra «*physica*».

Effectivamente o direito de existencia comprehende não só o direito á integridade de todos os membros e funcções corporaes, mas tambem o direito ao bom uso das faculdades espirituaes de cada um, que a outrem não é licito perturbar ou transtornar. E, comquanto o transtorno em qualquer faculdade espiritual possa explicar-se pelas leis physiologico-psycologicas sem perturbação na funcção physica correspondente, é certo que a palavra «*pessoal*» é mais propria para significar o pensamento do legislador, e é isenta de inconvenientes a todos os respeitos.

O direito de existencia comprehende tambem o direito á boa reputação, isto é, o direito de repellir e perseguir as injurias e calumnias com que queiram denegrir o nosso nome e reputação.

O codigo não reconhece a doutrina de alguns escriptores, que sustentam que não ha direito de proceder judicialmente pelas injurias e pelas calumnias, e que cada um está no seu direito de fazer e exprimir a respeito dos outros o juizo que lhe parecer conveniente.

No entretanto, sem discutir preferencias sobre as brilhantes theorias apresentadas sobre este assumpto, o certo é que a sociedade não poderia tolerar, sem ter depois que reprimir factos mais graves, que se attentasse, sem possibilidade de desaggravo legal, contra o nome e reputação alheia.

Art. 361.º O direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção.

Art. 362.º O pensamento do homem é inviolavel.

Art. 363.º O direito de expressão é livre, como o pensamento; mas o que d'elle abusar, em prejuizo da sociedade ou de outrem, será responsavel na conformidade das leis.

Art. 364.º O direito de acção consiste na faculdade de praticar livremente quaesquer actos; mas o que d'elle abusar, at-

tentando contra os direitos de outrem ou da sociedade, será responsavel, nos termos das leis.

N'estes artigos o direito de liberdade considera-se já na sua vida pratica, nas suas manifestações exteriores, como desenvolvimento do direito de existencia. O direito de liberdade póde considerar-se sob tres aspectos, quanto ao *pensamento*, artigo 362.º, quanto á *expressão*, artigo 363.º, e quanto á *acção*, artigo 364.º; e differentes são as regras juridicas em cada um d'estes casos.

Pelo pensamento, ou pelas suas cogitações emquanto encerradas no espirito, só perante a sua consciencia e perante Deus é o homem responsavel. O pensamento não é estranho ao direito, especialmente ao direito criminal, onde a *intenção* é elemento importante para a imputação da responsabilidade e para a graduação da pena.

Porém ninguem é responsavel pelos actos do pensamento perante a lei, emquanto elles não forem acompanhados de manifestações exteriores mais ou menos completas, que possam dar logar a alguma relação juridica.

Cada um póde pensar como quizer, por exemplo a respeito da religião do estado, apreciando-a como lhe aprouver. A lei penal não intervem senão quando se falta ao *respeito* devido á religião por algum dos modos exteriores reconhecidos na mesma lei.

A liberdade de consciencia e de cultos, e a liberdade de imprensa são derivações do mesmo principio, e não têem outros limites senão evitar os abusos que prejudicam interesses sociaes ou individuaes segundo as mesmas leis determinam.

Em consequencia de ser tão livre o direito de expressar o pensamento, como o proprio pensamento, reconhece o codigo a liberdade de imprensa em toda a sua plenitude, artigo 570.º

O codigo civil reconhece assim uma das mais preciosas liberdades politicas, indispensavel no estado presente da nossa civilisação social e politica, companheira inseparavel da liberdade de tribuna, e complemento necessario e indispensavel da existencia dos governos livres.

O codigo sancciona da maneira a mais ampla e positiva o systema repressivo no direito de expressar o pensamento. Os apostolos do systema preventivo, partindo do principio de que a missão do poder politico é antes evitar os delictos do que castiga-los, submette a censura prévia mais ou menos severa todas as manifestações publicas do pensamento.

O systema repressivo porém, que o codigo abraça franca e claramente, fundando-se em que a privação da publicidade é já de per si uma pena, e em que as faculdades do estado não vão até ao castigo do que não se revelar por actos exteriores, e sobretudo em que não ha crime em materia de imprensa emquanto não ha publicidade, e que não póde infligir-se pena emquanto a transgressão se não verifica, deixa livre a publicação, salva á imposição da pena, se houver logar a ella.

A liberdade de publicação estende-se até á arte scenica, que o codigo exime tambem de toda a censura ou restricção prévia.

A propriedade litteraria, salvas as modificações expressas na lei, é até equiparada á propriedade movel, artigo 590.º

Na liberdade de acção predominam os mesmos principios. Não tem restricções nem limites o direito de acção, senão o direito dos outros individuos ou o da sociedade.

A regra é que a liberdade de uns vae até onde chega a liberdade dos outros, e não é limitada senão por esta. É permittido tudo o que a lei não prohibe, e em caso de duvida as presumpções são a favor da liberdade e contra a restricção.

Não é possivel estabelecer uma formula completamente positiva, que demarque a area da liberdade de cada um. O codigo, definindo liberdade o *livre exercicio*, cáe até certo ponto no vicio chamado *reddere idem per idem*.

O certo é que o homem, para conservar a sua existencia e desenvolver e aperfeiçoar as suas qualidades naturaes, carece de manifestar por acções e por palavras as suas faculdades, e que este direito de manifestação deve ir até onde seja possivel, sem prejuizo de igual direito dos outros.

Marcar porém em these a area da esphera juridica de cada um, se isso é possivel, transcende as raias do direito positivo, e é da competencia exclusiva da sciencia philosophica do direito.

Art. 365.º O direito de associação consiste na faculdade de pôr em commum os meios ou esforços individuaes, para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade.

(Vid. nota ao artigo 32.º)

Art. 366.º O direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que for conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da propria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade.

§ unico. O direito civil só reconhece a apropriação, quando é feita por titulo ou modo legitimo.

(Vid. artigos 567.º a 569.º, 2167.º a 2175.º, 2187.º, 2188.º, 2286.º, 2287.º, 2315.º, 2316.º, 2339.º, 2357.º a 2359.º) O codigo, reconhecendo o direito á existencia, artigo 360.º, legitima, nos termos do artigo 12.º, os meios indispensaveis para o seu exercicio, garantindo os direitos de liberdade, de associação, de apropriação e de defeza.

Seria impossivel ao homem conservar a sua existencia, e aperfeiçoar as suas qualidades e tendencias, se não podesse pôr em acção livremente as suas faculdades, associar-se com o seu similhante para vencer as difficuldades que se oppõem á satisfação das suas necessidades, apropriar-se das cousas externas para os differentes usos da vida, e defender-se de qualquer attentado contra os productos do exercicio da sua actividade.

Se é absolutamente indispensavel ao homem o exercicio do direito de liberdade para pôr em acção as suas faculdades, e d'ellas tirar todo o proveito possivel; sem o exercicio do direito de apropriação para affeiçoar aos usos da vida as cousas externas é-lhe absolutamente impossivel viver.

O direito de apropriação é um direito absoluto, e connato com a existencia do homem. O exame d'este direito pertence á sciencia philosophica do direito. O que pertence ao direito civil e ahi tem o seu natural desenvolvimento é o direito de propriedade, que é a manifestação e o complemento natural do direito de apropriação.

O direito de propriedade segundo o define o codigo, artigo 2167.º, não é o resultado immediato do direito absoluto de apropriação, mas sim o seu ultimo termo.

O direito de apropriação, como direito originario, considerado na sua essencia, consiste na *faculdade* de adquirir. Pela natureza cada homem tem o direito de se apropriar e de usar das cousas *nullius*. Emquanto esse direito não passa do *poder* á *acção*, da *virtualidade* á *manifestação*, é direito absoluto e originario.

Desde que se applica n'um caso qualquer torna-se hypothetico. Sendo encontrado, por exemplo, um diamante, e apprehendido pelo achador, fica sendo o diamante objecto do direito hypothetico de apropriação.

O facto de achar e apprehender o diamante, se escapa á theoria do direito absoluto de apropriação, não entra ainda no quadro do direito de propriedade.

Só *depois da acquisição* é que começa o direito de propriedade, segundo o define o codigo, porque consiste no direito de gosar e de dispor de tudo quanto legitimamente *se adquiriu*.

A lei civil não examina nem regula o direito absoluto de apropriação, que pertence ao quadro de outra sciencia, mas regula o direito de apropriação hypothetico, expondo o titulo ou o modo de fazer legitimamente a apropriação das cousas.

Assim indica o codigo o modo de adquirir as cousas *nullius*.

O direito do homem a occupar as cousas externas não tem outra limitação, senão a determinada na lei. O direito ao trabalho tambem não póde ser limitado senão por lei, ou regulamento administrativo, artigo 567.º

O direito civil regula o direito de apropriação, unicamente quanto ao *titulo* e *modo* de adquirir. Vem do direito romano a importante distincção entre titulo e modo de adquirir. *Titulo* é o fundamento justificativo do acto posterior de acquisição; *modo* é a forma do acto de acquisição, ou a tomada da posse.

Assim na *occupação* o direito de nos apropriarmos das cousas externas até onde não prejudiquemos o direito dos outros é o *titulo*, e a apprehensão de facto é o *modo*. Nas successões ou contratos é o testamento ou escriptura o *titulo*, e a entrega ou tomada da posse o *modo*. Em direito romano era da mais elevada importancia esta distincção, porque ali não bastava o titulo, sem a tradição, para a acquisição do dominio.

Por direito romano o comprador do predio não adquiria o dominio pelo facto de ter celebrado com o vendedor o contracto com todas as formalidades legaes. Era indispensavel ir tomar posse, praticando certos actos symbolicos, como entrar dentro da propriedade, cortar ramos das arvores, lançar terra ao ar, etc.

Estas theorias do direito romano passaram até certo ponto para a nossa ordenação, mas achavam-se muito modificadas mesmo antes da promulgação do codigo, não só pelas disposições do alvará de 9 de novembro de 1754, mas pela tradição, que se fazia pela clausula *constituti* usada nos contratos.

O nosso codigo afastou-se das doutrinas do direito romano, encostando-se ao codigo civil francez, e dispensando em regra a tradição nos contratos, julgando aperfeiçoada a convenção pelo mero consentimento, artigos 643.º, 715.º, 1569.º, 1571.º e outros.

No entretanto a necessidade do registo para a posse produzir todos os seus effeitos, nos termos dos artigos 954.º e 955.º, e as formalidades para a acquisição das cousas *nullius*, constituem ainda *modo* de adquirir, cujo exame é da mais elevada importancia no direito civil.

O codigo consagra a ampla liberdade do homem para exercitar as suas faculdades physicas e intellectuaes no trabalho, que mais lhe convenha, e o seu absoluto direito para se aproveitar de todos os productos da sua actividade. Porém a lei não reconhece meios de adquirir senão os *modos* e *titulos* legitimos. A lei não reconhece o facto da compra ou troca de bens de raiz no valor excedente a 50$000 réis senão pelo *titulo* de escriptura publica, artigos 1590.º e 1594.º; e não permitte a acquisição de uma cousa *nullius*, senão pelo modo estabelecido nos artigos 384.º e seguintes.

Do direito de apropriação é complemento necessario o direito de propriedade, que expõe as regras para o goso e disposição das cousas adquiridas segundo o direito de apropriação. O direito de propriedade póde subdividir-se nos differentes direitos mencionados no artigo 2169.º, e não tem outros limites tanto em si, como nas suas differentes subdivisões, senão os que lhe forem assignados pela natureza das cousas, pela vontade do proprietario, ou por disposição expressa da lei, artigo 2170.º e 2316.º O direito de propriedade é protegido pela lei civil até ao ponto de não prejudicar o direito dos outros.

O direito de propriedade comprehende o *jus utendi et abutendi* dos romanos, vista a disposição expressa do artigo 2315.º, que permitte ao proprietario o *destruir a substancia* da propria cousa. Este direito pertence ao proprietario da cousa, ou seja mobiliaria ou immobiliaria, importando no primeiro caso a liberdade de industria propriamente dita, e no segundo a liberdade de cultura, escavação, construcção, ou edificação, como se exprimia o projecto primitivo no artigo 2496.º, correspondente ao § unico do artigo 2315.º do codigo.

O proprietario póde inclusivamente lançar o fogo á sua propriedade, e o seu acto só é incriminado se o objecto incendiado for edificio ou logar habitado, ou se pelo incendio da sua propria cousa causar voluntariamente prejuizo em qualquer propriedade alheia, ou tiver em vista prejudicar terceiro, salva comtudo a sua responsabilidade pelos damnos e pela violação dos regulamentos de policia, como tudo é expresso no artigo 471.º do codigo penal.

Uma das divisões geraes da propriedade é em perfeita e imperfeita, artigo 2168.º, porque a relação juridica entre o proprietario e a cousa é susceptivel de desmembrações. A propriedade é perfeita quando nenhum direito estranho restringe o exercicio da propriedade, que esta encerra todos os direitos mencionados no artigo 2169.º; é imperfeita quando a relação juridica se divide, e que ao individuo pertence, não a totalidade, mas só parte dos direitos especificados n'aquelle artigo, como se mostra do artigo 2187.º

Estas desmembrações do direito de propriedade chamavam-se outr'ora servidões por analogia com a antiga servidão pessoal, reputando-se em servidão o predio que deve serviços a proprietario differente do seu, assim como estava em servidão a pessoa que devia serviços a outrem.

Hoje a denominação generica é de onus reaes, comprehendendo em si as servidões, os quaes são, como estas, verdadeiras restricções do direito de propriedade, artigo 2286.º

Todos os direitos restrictivos da propriedade pertencem a terceiro, salvo o onus do dote que pesa sobre a propriedade em favor do proprio proprietario.

Portanto o proprietario póde ter o goso completo dos fructos do predio, a posse e o direito de dispor sem restricção alguma, reunindo assim a propriedade *perfeita*; e póde ter apenas ou usufructo sem o direito de dispor, ou emphyteuse, ou quinhão em cousa pertencente tambem a outras pessoas, e então a sua propriedade é *imperfeita*.

Porém a divisão da propriedade em perfeita e imperfeita em nada

affecta o direito de propriedade, que fica sendo sempre o mesmo tanto n'uma como n'outra especie, artigo 2188.º

O caracteristico da propriedade é a faculdade de gosar e de dispor de uma cousa com exclusão de todos os outros, e o dono de uma servidão tem faculdade tão plena para gosar e dispor d'essa servidão, como o dono da propriedade perfeita para gosar e dispor d'ella.

O direito de propriedade não muda de natureza nem de força por se applicar só a um direito sobre a cousa, ou á totalidade dos direitos que sobre ella podem recair.

É sempre a faculdade de gosar e dispor, ou do direito pleno sobre a cousa, ou de parte d'esse direito, salvas as modificações expressas na lei, como são o dever que tem o senhorio e o foreiro de se preferirem tanto por tanto no caso de venda.

A propriedade divide-se pois em perfeita e imperfeita, não porque seja diversa a natureza do direito segundo estas differentes especies, mas porque segundo a cousa pertence só a um, ou sobre ella tem direitos mais do que um, assim os effeitos e as relações juridicas são differentes, e ha regras especiaes a estabelecer.

Com a divisão da propriedade em perfeita e imperfeita prende a divisão da propriedade em singular e commum, comquanto esta tenha uma significação inteiramente diversa.

Tanto a propriedade perfeita como a imperfeita póde ser singular ou commum.

A propriedade plena póde pertencer a uma ou a mais pessoas, e o usufructo, por exemplo, póde igualmente pertencer a uma ou a mais pessoas que n'elle tenham communhão.

Na propriedade perfeita ou imperfeita, que for ao mesmo tempo propriedade commum, tem o condomino uma parte *pro indiviso* na *totalidade* da cousa, e não um direito a parte determinada da cousa, que transformaria logo a propriedade commum em singular e imperfeita.

Outra divisão importante da propriedade é em absoluta e resoluvel, artigo 2171.º Compro a propriedade de um predio, *v. g.*, o direito de dispor, ou a propriedade perfeita, sem onus algum, não posso ser privado d'ella senão por minha vontade, salvo alguma caso de expropriação por utilidade publica, em que o interesse do estado prevalece sempre sobre o interesse individual, é *absoluta* a minha propriedade.

Compro um usufructo, que expira independentemente de minha vontade á morte do vendedor, que não podia transferir-me mais direitos do que tinha, é *resoluvel* a minha propriedade.

A propriedade presume-se absoluta emquanto o contrario se não provar, artigo 2172.º, porque é da natureza da propriedade o ser absoluta. A qualidade de resoluvel, como excepção, não se presume, carece de ser provada. Assim como a qualidade de resoluvel carece de ser provada, igualmente carecem de ser provados pelos respectivos titulos os effeitos da resolução, artigo 2174.º

A propriedade dos direitos *manifesta-se* pelo exercicio ou posse, artigo 2173.º, ou pelo registo de transmissão nos livros da respectiva conservatoria, artigo 953.º

O direito de alienar, como direito de dispor, é inherente á propriedade, artigo 2359.º, e a propriedade aliena-se pelos mesmos modos por que se adquire, artigo 2357.º, isto é, pela occupação, por contrato e disposição de ultima vontade, porque a alienação por parte de um importa acquisição por parte de outro.

Fixadas pois as regras necessarias para a acquisição do direito de propriedade, que todas se resumem em regular o titulo e o modo de adquirir, estão dadas todas as regras para a alienação do direito, e por isso o codigo guarda silencio quanto ao titulo e ao modo de alienar, reservando até para legislação especial as alienações resultantes da expropriação por motivo de utilidade publica, artigo 2360.º

Mas a alienação não se presume, salvos os casos em que a lei estabelece expressamente essa presumpção, artigo 2358.º, como no caso de abandono, etc. Em regra á renuncia de direitos não se presume, carece de ser devidamente manifestada a vontade do proprietario, que se despoja dos seus bens.

A disposição das materias do codigo pois é a consequencia do plano da obra, que deixâmos indicado em a nota ao artigo 4.º

N'esta segunda parte expõem-se as regras indispensaveis para a acquisição dos meios de existencia (direito de apropriação), e na parte terceira expõem-se as regras relativas ao goso d'esses meios depois de adquiridos (direito de propriedade).

Art. 367.º O direito de defeza consiste na faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes ou adquiridos.

(Vid. nota ao artigo 12.º)

Art. 368.º Os direitos originarios são inalienaveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação d'elles produz a obrigação de reparar a offensa.

(Vid. artigos 439.º, 537.º, 565.º, 592.º, 2361.º, 2382.º, 2383.º O homem não póde ser privado dos direitos absolutos, nem por facto seu, nem por facto alheio, como não póde ser privado das condições fundamentaes da sua existencia em que elles assentam. São por consequencia não só inalienaveis, mas tambem imprescriptiveis aquelles direitos. Poderão estar mais ou menos tempo escurecidos debaixo do peso da força ou da injustiça; mas, logoque uma ou a outra cessem, apparecerão tão intactos e completos como os creou a natureza. E como não ha direito sem obrigação correlativa, de modo que a obrigação dura emquanto dura o direito, é evidente que as obrigações correspondentes a estes direitos são não só imprescriptiveis, como diz o artigo 537.º, mas inalienaveis tambem. Não póde pois marcar-se-lhes ponto de partida para a prescripção, porque esta só corre desde que a obrigação se torna exigivel.

Assim como dura sempre o meu direito de occupar as cousas *nullius* pelo modo determinado na lei, assim dura sempre a obrigação do meu similhante de me respeitar no exercicio d'esta faculdade.

A imprescriptibilidade do direito corresponde a imprescriptibilidade da obrigação; e á inalienabilidade do direito corresponde a inalienabilidade da obrigação.

Quando a lei nova declara imprescriptivel um direito que começára a prescrever segundo a lei anterior, fica sem effeito o tempo já decorrido, artigo 565.º

Os direitos absolutos pois são inteiramente inalienaveis, não póde ser privado d'elles o individuo nem por facto seu, nem por facto alheio, nem por facto proprio e alheio conjunctamente, isto é, nem por occupação, nem por prescripção, nem por transmissão. N'este ponto se distinguem ainda os direitos originarios dos direitos hypotheticos, dos quaes o proprietario póde sempre ser privado por facto seu, e por facto seu e alheio conjunctamente, e até algumas vezes por simples facto alheio.

Porém o direito de adquirir por prescripção não é tão amplo, como o direito de adquirir por transmissão.

Direitos hypotheticos ha, de que o proprietario póde despojar-se por facto seu, e de que aliás não póde ser privado pela prescripção.

O direito, que têem os proprietarios ao uso das aguas que atravessam ou banham os seus predios póde ser alienado por transmissão, feita em escriptura ou auto publico, mas não póde perder-se por prescripção, artigo 439.º

O legislador, reconhecendo a grande vantagem para a agricultura de serem regados os predios com as aguas que os banham ou atravessam, e querendo evitar que a pretexto de uma posse precaria se invocasse a posse legitima para a prescripção, e tendo em conta que o não uso nem sempre é indicio de abandono dos bens, não garante a transmissão d'aquelle direito, senão quando a vontade dos proprietarios for manifestada expressa e solemnemente.

Não se contenta o codigo n'este caso com a simples manifestação da vontade, feita verbalmente, ou em documento particular; exige que o consentimento se revele em escriptura ou auto publico.

Tambem o codigo concede á propriedade litteraria o favor da imprescriptibilidade, artigo 592.º, comquanto não exiga formalidade especial para a sua alienação por transmissão. A posse não deve dar direito ás concepções da intelligencia alheia, ainda quando reproduzidas em fórma material. Não ha titulo que justifique o direito de um por simples facto proprio ao que outro pensou e escreveu.

No entretanto circumstancias podem dar-se, em que a applicação rigorosa d'este principio produza graves injustiças ou inconvenientes.

Se o herdeiro testamentario do auctor, por exemplo, persuadido, em virtude do testamento, da legitimidade do seu direito, transmitte a terceiro o direito de publicar a obra posthuma, e depois for annullado o testamento e deferida a outrem a herança, quando o adquirente de boa fé e com justo titulo se achava na posse do direito comprado ha tres annos, nos termos dos artigos 532.º e 590.º, não será injusto esbulhar do direito quem em boa fé o adquirira, e em boa fé o possuira pelo tempo necessario para a prescripção da propriedade movel?

N'este e n'outros casos similhantes deveria ser sujeita a propriedade litteraria ao direito commum, que rege a propriedade movel.

A violação dos direitos naturaes, quando é feita pelo proprio governo, como muitas vezes acontece, fica quasi sempre sem reparação, e mesmo quando feita pelos particulares muitas vezes é incompleta ou impossivel.

O individuo que, attentando contra a personalidade do seu similhante, o privou do bom uso das suas faculdades, bem inestimavel, jamais poderá resarsir o damno que causou.

A reparação, que fizer por meio de bens materiaes, não tem comparação com os prejuizos que o lesado soffreu.

Porém não é só a violação dos direitos naturaes que produz a obrigação de indemnisar, mas tambem a dos direitos adquiridos, que são tão involaveis e sagrados, como os absolutos, visto serem a sua emanação, realisação e desenvolvimento.

A offensa póde ser relativa tanto aos direitos primitivos, como aos direitos adquiridos, artigo 2382.º, e quem offende os direitos de outrem, ou sejam naturaes ou hypotheticos, constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado, artigo 2361.º

A unica differença a este respeito entre os direitos originarios e os direitos derivados é quanto aos resultados da offensa para os effeitos de indemnisação. Os prejuizos provenientes das lesões nos *direitos* primitivos dizem respeito, ou á *integridade pessoal*, como um ferimento, privação de qualquer membro do corpo, privação do bom uso de qualquer faculdade do espirito, etc., ou á *dignidade moral*, como as injurias e as calumnias dirigidas contra o bom nome e reputação de alguem, artigos 360.º e 2383.º

Os prejuizos provenientes da offensa dos direitos derivados, como o furto, o roubo, e o incendio, que são violação do direito de propriedade, referem-se a interesses materiaes externos.

Os prejuizos causados nos direitos adquiridos poderão ser reparados completamente, tendo o lesado meios para fazer a restituição, salvo o apreço ou estimação pessoal que o lesado fizesse do objecto.

Os prejuizos causados nos direitos primitivos com offensas á dignidade moral tambem poderão ter n'alguns casos reparação. A publicidade é muitas vezes o maior castigo da injuria, e o mais proficuo correctivo da calumnia.

Porém os prejuizos causados na integridade pessoal nunca podem ter reparação completa. Não ha restituições pecuniarias que compensem a privação do uso da vista, ou da falla, ou o são exercicio das faculdades intellectuaes; e mesmo os ferimentos leves, e as offensas corporaes não podem ser reparados condignamente com restituições materiaes.

TITULO II

DAS COUSAS QUE PODEM SER OBJECTO DE APROPRIAÇÃO E DE SUAS DIFFERENTES ESPECIES, EM RELAÇÃO Á NATUREZA DAS MESMAS COUSAS OU DAS PESSOAS A QUEM PERTENCEM

Art. 369.º Cousa diz-se em direito tudo aquillo que carece de personalidade.

(Vid. nota ao artigo 1.º)

Art. 370.º Podem ser objecto de apropriação todas as cousas, que não estão fóra do commercio.

Art. 371.º As cousas podem estar fóra do commercio, por sua natureza, ou por disposição da lei.

Art. 372.º Estão fóra do commercio por sua natureza, aquellas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente; e, por disposição da lei, aquellas que a mesma lei declara irreduziveis a propriedade particular.

(Vid. artigos 479.º, 482.º n.º 3.º, 506.º, 593.º, 615.º, 671.º n.º 1.º, 856.º, 889.º, 1553.º, 1633.º, 1811.º n.º 2.º O codigo considerou o homem desde o seu estado embryonario até ao estado de desarranjo das faculdades mentaes, expondo o modo de supprir a incapacidade do individuo, tanto pelo patrio poder, como pela tutela e curatela. Regulados pela lei os differentes estados do homem, segue-se considera-lo em frente das *cousas*, que são o objecto do direito, assim como o homem é o sujeito do direito.

Na exposição das doutrinas do direito civil, por mais aperfeiçoamentos que se tenham introduzido nos differentes systemas scientificos, no fundo predomina ainda o systema da legislação romana, que estudava o direito sob o triplice aspecto, *pessoas, cousas* e *acções*.

O codigo, postoque o seu illustrado auctor tomasse por ponto de partida o sujeito do direito, não póde emancipar-se d'aquelle systema. Comprehendia até o projecto primitivo a materia das acções propriamente ditas, que a commissão revisora reservou para o codigo de processo.

Os tratadistas modernos apenas se afastaram fundamentalmente do direito romano, na exposição do direito civil, em tranferirem para o codigo de processo a materia das acções; mas estudam o direito nos seus tres elementos, pessoas, cousas e actos juridicos.

Como o direito varia segundo o *estado* da pessoa, a *natureza* da cousa e as *condições* do acto juridico, quaesquer que sejam as variantes nos differentes methodos de tratar o direito, todos hão de fundar-se n'aquelle ponto capital, estudo das *pessoas, cousas* e *actos juridicos*.

Assim o codigo depois de ter tratado da capacidade das pessoas, occupa-se dos fins a que essa capacidade se applica, considerando em primeiro logar os direitos, que se adquirem por simples facto proprio independentemente da cooperação de outrem.

Este titulo comprehende dois objectos, muito distinctos: 1.º, natureza juridica das cousas segundo as suas divisões e especies, artigos 370.º a 378.º; 2.º, pessoas a quem pertencem as cousas, artigos 379.º a 382.º

A jurisprudencia occupa-se das cousas emquanto ellas são susceptiveis de apropriação; e portanto o codigo civil, destinado a expor as regras obrigatorias para todos quanto ás cousas que podem ser objecto de propriedade, exclue do quadro do direito civil as que não estão no commercio e que não podem ser objecto de apropriação, nem de contrato, artigo 671.º n.º 1.º Por isso a primeira necessidade é extremar as cousas que estão fóra do commercio das que o não estão, porque aquellas são completamente estranhas ao dominio do direito civil.

Tanto vale dizer que as cousas *estão no commercio*, como dizer que as cousas são *susceptiveis de apropriação*. Só d'estas se occupa o codigo, porque só estas podem ser objecto de propriedade particular.

As cousas, que estão fóra do commercio, ou sejam moveis ou immoveis, não podem ser objecto de apropriação, nem pelo modo *originario* da occupação, nem pelo *derivado* dos contratos ou disposições de ultima vontade.

Por isso não podem as cousas, que estão fóra de commercio ser objecto de posse, artigo 479.º, a qual se perde logoque a cousa é posta fóra de commercio, artigo 482.º n.º 3.º, nem de prescripção, artigo 506.º

Não podem ser objecto de penhor, artigo 856.º, nem de hypotheca, artigo 889.º nem de compra e venda, artigo 1553.º, nem de aluguer, artigo 1633.º

É nullo o legado se a cousa legada não estiver em commercio, artigo 1811.º n.º 2.º N'uma palavra não podem ser objecto de contrato algum as cousas que estão fóra do commercio por disposição da lei. artigo 671.º n.º 1.º

Espalhou o codigo por differentes artigos a mesma disposição, que não tinha menos força, nem menos auctoridade, por se achar consignada n'um só preceito. As cousas podem estar fóra de commercio, ou por impossibilidade physica, ou por disposição da lei.

Estão fóra do commercio *por sua natureza* o ar e a luz, de que todos podem aproveitar o indispensavel para as necessidades da vida, mas de que ninguem póde apropriar-se para o effeito de qualquer transacção, e que não são susceptiveis de propriedade individual.

Estão fóra do commercio *por disposição da lei* as cousas destinadas ao uso publico, artigos 380.º e 381.º, como edificios do estado, estradas publicas, portos, etc.; mas estão fóra do commercio só emquanto tiverem aquelle destino, porque cessando elle podem ser adquiridas até pela prescripção.

Fóra do commercio ficam os escriptos prohibidos por lei, e por sentença mandados retirar da circulação, artigo 593.º

Por ser excluido do commercio tudo quanto é illicito não podem authenticar-se os inventos ou descobrimentos, relativos a industrias ou objectos illicitos, artigos 615.º

Em conclusão. Objectos que por sua natureza possam ser possuidos individualmente só são excluidos do commercio por disposição da lei.

Só as cousas excluidas do commercio por disposição da lei têem importantes effeitos juridicos, e verdadeiramente só d'essas se occupa o direito positivo.

Quanto ás cousas, que por sua natureza não podem ser objecto de propriedade individual, suppre a natureza a deficiencia da legislação.

Julgâmos portanto uma perigosa redundancia no artigo 1553.º as palavras «*e não são exceptuadas por lei ou pelos regulamentos administrativos*.

Desde que se diz que as cousas *estão em commercio* está dito que ellas não são exceptuadas do commercio por lei, nem pelos regulamentos administrativos.

Logoque uma lei ou regulamento prohibe a apropriação individual de certas e determinadas cousas, não póde já dizer-se que ellas estão em commercio.

Conseguintemente a ultima parte do artigo 1553.º deve ter-se por inutil ou por não escripta.

Em a nota ao artigo 643.º n.º 3.º completaremos o quadro das doutrinas relativas *á possibilidade* do objecto para a apropriação.

Art. 373.º As cousas são immoveis ou moveis.

A distincção mais importante das cousas, quanto á sua *natureza juridica*, é em moveis e immoveis. Casos ha em que é muito difficil decidir se uma cousa é movel ou immovel: no entretanto é absolutamente indispensavel marcar esta differença, porque são diversas as regras a que estão sujeitas as cousas, segundo pertencem a uma ou a outra d'aquellas duas categorias.

Assim a prescripção das cousas *immoveis*, artigos 524.º a 529.º, está sujeita a regras diversas da prescripção das *moveis*, artigos 532.º e 533.º Nem os bens *immoveis* podem ser objecto de penhor, artigo 856.º, nem os bens moveis podem ser objecto de hypotheca, artigo 889.º; os bens mobiliarios do casal podem ser alienados pelo marido ainda sem consentimento da mulher, artigo 1118.º, os immobiliarios não, artigo 1119.º, etc.

Verdade seja que esta divisão em face da logica não é completa, porque bens ha que não são moveis nem immoveis, *v. g.*, os direitos e as acções, que são cousas incorporeas.

Porém o codigo preferiu esta divisão, como mais conveniente ás transacções sociaes, e ás regras que pretendia expor. O auctor do codigo tanto reconheceu que a divisão não era exacta, que agrupou na classe dos moveis, isto é, dos que podem ser transportados ou por si ou pela acção do homem, outros que não estão n'este caso pela sua natureza, mas sim e unicamente pela disposição da lei, e igualmente agrupou na classe dos immoveis cousas que bem podem ser transportadas de um para outro logar, sem deixarem de satisfazer ao seu

destino, e que portanto são immoveis, não pela sua natureza propria, mas pela disposição da lei.

E tanto que adoptou os termos *immobiliarios* e *mobiliarios*, como mais amplos, porque comprehendem, não só o *immovel* ou *movel* por sua natureza, mas tambem o immovel ou movel por disposição da lei.

A explicação da preferencia da nova phraseologia encontra-se na acta da sessão da commissão revisora de 29 de março de 1860, onde se lê o seguinte: «Propoz o sr. presidente, se conviria adoptar as expressões *mobiliaria* e *immobiliaria*, que se lêem n'esse (artigo 26.º do projecto, e 24.º do codigo) e n'outros artigos, em vez dos termos *movel* e *immovel* consagrados no direito e jurisprudencia. O sr. Seabra deu as rasões que o levaram a adoptar aquella terminologia, declarando que lhe repugnava chamar immoveis *aos direitos* equiparados aos immoveis, e que por isso não duvidára apropriar as palavras francezas *mobilier* e *immobilier*, como termos genericos, que comprehendem tanto os immoveis propriamente ditos, como os *valores* ou *direitos* equiparados a elles. N'este sentido resolveu a commissão».

Eis-aqui a explicação authentica da rasão por que o codigo usa da phraseologia *mobiliario* e *immobiliario*, em vez de *movel* e *immovel*.

O codigo não menciona pois a divisão das cousas em corporeas e incorporeas. O illustrado auctor do projecto, em vista da explicação que deu no seio da commissão, e que se acha redigida pela fórma acima transcripta, seguiu a doutrina do direito francez, collocando as cousas *incorporeas* na classe de immoveis ou de moveis, segundo se applicam a immoveis ou tem por objecto moveis; poisque na linguagem exacta os direitos, como seres incorporeos, não são moveis nem immoveis.

Portanto toda a cousa incorporea, que tem por objecto um immovel, *quæ tendit ad quid immobile*, é immovel, e toda a cousa incorporea, que tem por objecto um movel *quæ tendit ad quid mobile*, é movel.

Assim as expressões *mobiliario* e *immobiliario* comprehendem, não só o movel e o immovel, mas tambem o *incorporeo*, que se applica ou tem por objecto o movel ou o immovel.

Os direitos inherentes aos bens immoveis são considerados exactamente como estes, segundo a expressão da lei 86 Dig. *de verb. signif.*: «*Quid enim aliud sunt jura prædiorum quam ipsa prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?*»

Estes direitos não fazem parte da substancia do predio a que andam unidos: «*Non est pars substantiae sive fundi, sed accidens*». Não são desmembração do predio sobre que pesam, mas simplesmente desmembração do direito de propriedade.

O codigo, quando quer designar as cousas incorporeas, usa da palavra *direitos*, como na especie do artigo 1571.º

Tambem o codigo não menciona a divisão de cousas em *fungiveis e não fungiveis*, divisão a que aliás se refere nos artigos 765.º, 1259.º, 1260.º, 1633.º, 1636.º, 1637.º, 2209.º, 2221.º n.º 2.º, etc.

Cousas *fungiveis*, em regra, são as que se consomem no primeiro uso, a que são destinadas, ou de que não póde usar-se, sem se consumirem immediatamente, como o vinho, o azeite, etc.

As cousas *não fungiveis*, comquanto se consumam pelo uso, como tudo o que é terrestre, não se consomem no primeiro uso, a que são destinadas, ou antes podem usar-se sem serem consumidas immediatamente, como um livro, uma machina, etc. Por convenção póde considerar-se fungivel o que pela natureza é não fungivel, e vice-versa.

A distincção de cousas em fungiveis e não fungiveis, que pelo direito anterior era importante, especialmente quando se tratava do

mutuo e do commodato, sendo objecto d'aquelle as cousas fungiveis, e d'este as não fungiveis, hoje não tem tanta importancia n'aquella materia onde o codigo usa de outra linguagem, como diremos em as notas aos artigos respectivos. Todavia não só n'aquella materia tem ainda alguma applicação, mas é de elevada importancia n'outras, a que respeitam os artigos onde vem mencionadas as distincções.

Portanto quando as partes tiverem dado ás cousas a classificação de fungiveis ou de não fungiveis, serão regulados os seus effeitos juridicos em harmonia com as clausulas da convenção. Na falta de declaração ha de attender-se á natureza propria das cousas, segundo a definição que démos, para as classificar de fungiveis ou não fungiveis.

Tambem o codigo evitou a distincção de cousas, muito conhecida em direito romano, e na nossa legislação anterior, em temporaes, e ecclesiasticas e a subdivisão d'estas em *sagradas, bentas* e *religiosas* ou *santas*, sem por isso ter comprehendido nas *cousas publicas*, de que trata no artigo 380.º, as cousas ecclesiasticas, insusceptiveis de apropriação individual, e talvez por as suppor excluidas do commercio por lei especial.

No entretanto bom era determinar os caracteres que distinguem cada uma d'estas classes de cousas, porque são differentes os direitos sobre cada uma d'ellas, e é reconhecida a distincção da nossa lei vigente entre as cousas *sagradas* e *bentas*.

As cousas *sagradas* são os moveis ou immoveis especialmente dedicados á divindade, com applicação ao culto religioso, como os templos, os vasos sagrados e mais objectos, que se habilitam por meio da *sagração*, em que tem parte a uncção do *chrisma*, que depende de ordem episcopal.

Ora esta categoria de cousas tem effeitos importantes, não só no direito civil, em virtude do qual estão em regra fóra do commercio, mas até na nossa legislação do processo e no direito criminal.

Pela reforma judicial, artigo 590 § 3.º n.º 1.º são isentas de penhora as *sagradas* imagens, ornamentos e tudo o mais que serve no ministerio do altar, excepto na falta total de outros bens e quando sejam de grande valor.

Aqui ha a notar que a reforma exclue da penhora os objectos mencionados no citado artigo 590.º § 3.º n.º 1.º, menos pelo *destino*, do que pelo *valor*. Na falta de outros bens um calix de oiro póde ser penhorado, quando aliás não poderá sê-lo um calix de prata de pequeno valor, ou um calix de estanho.

Por outro lado a reforma equipara, para os effeitos da penhora, as cousas *bentas* ás cousas sagradas.

Em geral as imagens, ornamentos e mais objectos que servem no altar, são cousas apenas *bentas*, isto é, dedicadas á divindade e habilitadas pela *benção*, em que não tem parte a uncção, mas a aspersão, para a qual é sufficiente a ordem presbyteral.

O certo é que para os effeitos da penhora são perfeitamente equiparadas as cousas dedicadas ao serviço divino, ou pela *uncção* ou pela *aspersão*.

Mas as cousas *bentas*, a que se refere o citado artigo 590.º § 3.º n.º 1.º da reforma, são as que se acham destinadas para o serviço do altar, porque se elles tiverem recebido a benção para usos profanos, *v. g.*, um navio bento, não estão excluidas do commercio.

Para os effeitos criminaes distinguem-se nas cousas destinadas ao serviço de Deus as sagradas das bentas. Pelo artigo 441.º do codigo penal o que furtar ou roubar em edificio destinado ao culto, ou acto

religioso, será condemnado em trabalhos publicos por toda a vida no ultramar, ou no maximo da mesma pena temporaria, se esses objectos forem *sagrados*.

Os cemiterios e sepulturas podem ser cousas bentas ou sagradas, segundo estão habilitados pela unção, ou pela aspersão, e quem violar os tumulos incorre na pena de prisão de um mez até um anno e multa correspondente, artigo 247.º do codigo penal.

Art. 374.º São immoveis, ou naturalmente, ou mediante a acção do homem, os predios rusticos e urbanos.

§ unico. Por predio rustico entende-se o solo ou terreno, e por predio urbano qualquer edificio encorporado no solo.

Art. 375.º São immoveis por disposição da lei:

1.º Os productos e partes integrantes dos predios rusticos, e as partes integrantes dos predios urbanos, que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio;

2.º Os direitos inherentes aos immoveis mencionados no artigo precedente;

3.º Os fundos consolidados, que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente.

§ unico. O disposto n'este artigo não exclue as immobilisações, decretadas por lei especial para certos e determinados fins.

(Vid. artigo 890.º) As cousas immoveis ou o são por natureza, ou por disposição da lei. As immoveis naturalmente, ou o são simplesmente por *natureza*, ou tambem mediante a acção do homem. É immovel simplesmente por natureza qualquer terreno. É immovel por natureza, e conjunctamente pelo intermedio da acção do homem, qualquer predio urbano.

A mobilidade ou immobilidade provém em regra da propria natureza da cousa. Por disposição da lei são consideradas immoveis muitas cousas, que são moveis pela natureza, e outras que pela natureza não são moveis nem immoveis, assim como por disposição da lei se reputam moveis muitas cousas que pela natureza não são moveis nem immoveis.

Porém immoveis *por natureza* em caso nenhum são declarados moveis por disposição da lei.

Os predios rusticos, como partes da superficie da terra, não podem de fórma alguma ser transportados de um para outro logar, e os predios urbanos são tambem immoveis por natureza, porque estão de tal maneira unidos ou encorporados no terreno, que formam com elle o mesmo todo, e não podem ser transportados, sem se destruirem ou deteriorarem, sem deixarem em todo o caso de satisfazer ao fim para que são destinados. D'aqui vem a regra: *Immobiles sunt quæ, extra corruptionem, de loco in locum moveri nequeunt.*

Estes bens immoveis por natureza até eram designados na nossa legislação anterior por *bens de raiz*.

Por sua natureza são bens immoveis os moinhos de agua e de vento, que estão *fixados* ou encorporados no solo.

São immoveis por disposição da lei os productos dos predios rusticos, isto é, os fructos pendentes, ou ainda unidos á terra, ou ás arvores, porque são considerados como fazendo parte do solo pela regra: *Fructus pendentes pars fundi videntur.*

Desde que são despegados da arvore ou da terra, ainda que não sejam transportados para outro logar, e que fiquem ali no chão, são moveis. E se parte for despegada e parte não, só aquella fica na classe das cousas moveis. Deve notar-se que os fructos não estão na classe dos immoveis senão quando se consideram como accessorios do predio, e emquanto á transmissão que se opera de um a outro proprietario. Assim á morte do proprietario os fructos pendentes passam como immoveis aos seus herdeiros. Do mesmo modo passam como immoveis ao comprador.

São tambem considerados assim para o effeito da acção da lesão. Para verificar a lesão é mister acrescentar ao valor dos immoveis propriamente ditos ao tempo da venda o valor dos fructos pendentes.

Porém sempre que os fructos são vendidos separadamente do predio consideram-se moveis, porque não são accessorio do terreno nas mãos do comprador.

Tambem são considerados moveis com relação ao rendeiro, que não é senhor do predio, e com relação aos crédores do proprietario e do rendeiro, que podem fazer vender os fructos pelo processo estabelecido para a venda judicial dos moveis.

Comquanto as arvores sejam immoveis, como partes integrantes do solo, todavia os *córtes* das arvores em periodos regulares assimilham-se á colheita dos fructos, e a venda de qualquer córte considera-se como de movel.

Por isso o crédor que tivesse hypotheca sobre o predio, não poderia obstar a que se fizessem aquelles córtes regulares com o fundamento de que se diminuia a sua garantia, e pelo contrario podia o crédor impedir os córtes de arvores que não são consideradas como fructos, mas como parte integrante do solo.

É tambem ainda de cousa *movel* a venda das pedras com a condição de serem extrahidas da pedreira, porque se alienam separadamente do immovel, não havendo a pagar por esta transmissão o imposto da contribuição de registro.

Póde porém oppor-se á venda o crédor hypothecario se ella diminuir as seguranças da divida.

A distincção entre moveis e immoveis é tanto mais importante quanto que só estes podem ser objecto de hypotheca, e só a transmissão d'estes é sujeita a contribuição de registo, com as limitações que vamos indicar.

As rendas ou productos dos predios urbanos não se consideram immoveis, nem mesmo por disposição da lei, porque não têem a mais pequena ligação physica, mas apenas juridica, com os predios a que respeitam.

São partes *integrantes* dos predios urbanos todas as que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, como portas, janellas, etc. *Salvo*, acrescenta o codigo, *sendo distrahidas pelo proprio dono do predio.* Quer dizer: a porta ou a janella continúa a considerar-se como immovel para os effeitos juridicos, mesmo depois de separada, se foi separada por terceiro; e como movel, se foi separada pelo proprietario, porque este facto indica da sua parte a intenção de dar-lhe outro destino.

No entretanto a excepção reconhecida em o n.º 1.º do artigo 375.º acha-se formulada com pouca clareza, e com menos exactidão. A natureza das cousas inherentes aos predios não muda, porque foram tiradas pelo dono, ou por terceiro.

A immobilidade depende de que a cousa, aliás movel, faça parte de um todo immovel. Não percebemos como uma arvore, ou uma porta arrancada por um terceiro continúa a ser immovel, e arrancada pelo proprietario fica desde logo movel.

Todavia assim o deliberou a commissão revisora, e sob redacção do sr. Seabra. No projecto primitivo não vinha similhante disposição.

Demais, attendendo á redacção, as palavras da 2.ª parte do n.º 1.º, tanto da oração incidente como da excepção, referem-se, não só ás partes integrantes dos predios urbanos, mas tambem aos productos, e partes integrantes dos predios rusticos.

Pela legislação franceza e pela doutrina de muitos escriptores consideram-se immoveis *em rasão do seu destino* todos os objectos que o proprietario de um predio applicou á sua laboração e cultura, como os instrumentos de lavoura, os animaes destinados á exploração, as sementes fornecidas aos arrendatarios, os animaes domesticos, que o fundo cria, e todos os utensilios destinados á cultura.

No entretanto aquelles objectos mal poderiam considerar-se como partes integrantes dos predios no sentido do n.º 1.º, porque podem ser aproveitados em serviço util, e nas mesmas condições, n'outra parte.

Verdade seja que o exame das actas da commissão revisora deixa-nos alguma duvida sobre este ponto. Em sessão de 28 de novembro de 1860 o sr. Marreca, apresentando uma substituição ao artigo 394.º do projecto primitivo que hoje se acha convertido no artigo 375.º do codigo declara immobiliarios: «4.º Os animaes, instrumentos aratorios, utensilios, etc., e todos os objectos que, podendo deixar de ser permanentes no predio ou na mina, são comtudo indispensaveis para o serviço actual e cultura do mesmo predio ou mina; 5.º, as sementes dadas aos rendeiros ou colonos parciarios; 6.º, as machinas, instrumentos, utensilios, e materias primeiras, necessarias á laboração de qualquer fabrica publica ou officina fabril publica».

Na mesma sessão apresentou o sr. Silva Ferrão uma substituição, em que dizia o seguinte: «São immobiliarias: 5.º, as mobiliarias accessorias, ou instrumentos de exploração, se o contrario não for declarado expressamente por lei, contrato, ou disposição de ultima vontade».

Em sessão de 7 de dezembro, estando presentes os auctores das propostas referidas, foi approvada a redacção que hoje se lê no artigo 375.º, dizendo a respectiva acta sobre este ponto apenas o seguinte: «Depois de alguma discussão foi approvada a substituição, votando o sr. Marreca contra na parte em que considera immoveis todos os direitos inherentes á propriedade, e declarando que na sua opinião só considerava taes os direitos de cuja realisação resultasse acquisição de bens immoveis».

O sr. Silva Ferrão não fez declaração alguma, e o sr. Marreca, assim como declarou o seu voto contra a redacção do n.º 2.º do artigo, teria feito o mesmo contra a redacção do n.º 1.º, se a sua idéa ali não fosse attendida.

No entretanto o que é lei é o que está escripto no codigo, que só considera immoveis por disposição da lei, nos termos do n.º 1.º do artigo 375.º, os productos e partes integrantes dos predios rusticos, e as partes integrantes dos predios urbanos que, separadas por terceiro, não podem prestar o serviço util a que são destinadas.

Os gados, instrumentos aratorios, sementes, etc., podem prestar o mesmo serviço n'outro terreno, salvos casos excepcionaes.

Finalmente uma prova decisiva de que os gados, instrumentos de lavoura, sementes destinadas á exploração dos predios, e quaesquer outros moveis com applicação á cultura se não acham comprehendidos em o n.º 1.º do artigo 375.º é que os bens comprehendidos n'este numero podem ser objecto de hypotheca, artigo 890.º n.º 1.º, quando a hypotheca não produz effeitos juridicos, nem é causa de preferencia antes do registo, artigo 951.º e 1006.º do codigo, e regulamento de 28 de abril de 1870, e quando que no registo predial só podem ser lançados os predios.

O n.º 2.º do artigo 375.º comprehende os bens immoveis, que o são pelo objecto sobre que recáem ou a que se applicam.

Tratando-se de direitos ou de cousas incorporeas que, consideradas em si, não são propriamente moveis nem immoveis, porque são intangiveis, mas sendo preciso classifica-las n'uma d'aquellas duas especies, reuniram-se naturalmente ao objecto sobre que podiam exercitar-se.

O artigo 890.º especifica escusadamente em os n.º 2.º e 3.º, entre os bens susceptiveis de hypotheca, o usufructo, e o dominio directo e util na emphyteuse, porque isto já se achava dito em o n.º 1.º do mesmo artigo, pela referencia aos bens *immoveis*, que abrangem o dominio util, e pela referencia ao n.º 2.º do artigo 375.º, que abrange o usufructo e o dominio directo na emphyteuse.

O n.º 2.º do artigo 375.º abrange sem excepção todos os direitos prediaes.

Muito melhor redacção tinha o artigo 92.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, fonte do artigo 890.º do codigo, e que era concebido nos seguintes termos: «Só podem ser hypothecados, tendo a propriedade aquelle que constitue a hypotheca: 1.º, os bens immoveis que estiverem no commercio, e os seus accessorios que por direito se reputam da mesma natureza; 2.º, as servidões reaes activas; 3.º, o usufructo dos mesmos bens e seus accessorios, durante o tempo em que o devedor póde gosar d'elle; 4.º, o dominio directo e util nos bens emphyteuticos; 5.º, e os outros direitos prediaes».

O decreto das côrtes constituintes de Hespanha de 3 de dezembro de 1869 no artigo 108.º n.º 6.º, não permitte a hypotheca de servidão isolada da hypotheca do predio dominante, exceptuando a servidão de aguas.

Mas pelo nosso codigo podem ser objecto de hypotheca as servidões isoladas do predio a que respeitam, vista a disposição do n.º 1.º do artigo 890.º do codigo, e bem expressa era esta disposição em o n.º 2.º do já transcripto artigo 92.º da lei de 1 de julho de 1863.

O edificio em terreno alheio póde ser tambem objecto de hypotheca, citado artigo 890.º n.º 1.º, sem prejuizo do direito do proprietario do terreno.

A disposição do artigo 890.º do codigo está fielmente reproduzida, e sem necessidade, no regulamento de 28 de abril de 1870.

O n.º 3.º consigna uma doutrina inteiramente nova. Foi votada sob proposta do sr. José Julio, apesar de se reconhecer que estava comprehendida na generalidade do § unico, mas foi consignada expressamente para maior clareza.

Em virtude do disposto em o n.º 3.º são bens immoveis por disposição da lei os capitaes que consistem em papeis de credito consolidados do governo, como *inscripções* ou *bonds*, e que se acham immobilisados perpetua ou temporariamente.

Titulos consolidados são papeis de credito, assim chamados, por não serem de caracter exigivel, nem a termo, nem á vontade do possuidor, podendo todavia negociar-se no mercado, e tendo, alem da garantia de juros ou dividendos, tambem a amortisação em certos casos.

N'estas circumstancias estão os papeis de credito do governo *inscripções* ou *bonds*, segundo são representativos de divida interna ou externa, e as acções de bancos e companhias.

Porém tendo a commissão revisora substituido nos trabalhos da ultima revisão pela palavra «*fundos*» a palavra «*capitaes*», que se lia nas edições de 1863 e 1864, de certo excluiu do n.º 3.º do artigo 375.º as acções de bancos, companhias e de quaesquer outras associações, e mais se confirma esta opinião, tendo em vista o artigo 35.º do projecto de 1865, correspondente ao artigo 35.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: «As associações ou corporações perpetuas não podem porém adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios, excepto sendo fundos consolidados, e os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão convertidos n'ella, ou em acções de companhias dentro de um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional».

As modificações que soffreu a redacção do artigo na commissão de legislação da camara dos deputados ficam explicadas em a nota ao artigo respectivo; mas essas modificações não invalidam o argumento, que queremos deduzir da differença que ali se fazia entre *fundos consolidados* e *acções de companhias*, para mostrarmos que o codigo em o n.º 3.º do artigo 375.º só comprehende os papeis de credito do governo.

Os fundos consolidados não podem ser objecto de hypotheca, vista a disposição do n.º 1.º do artigo 890.º

Para se considerarem immobilisados os fundos consolidados, em these não é preciso que a sua alienação seja prohibida, com certas formalidades, como acontece com os fundos averbados a estabelecimentos publicos, ou a menores, ou pertencentes a dote. A immobilisação resulta, não das difficuldades da alienação dos fundos, mas de não poder ser exigido o seu valor representativo, nem a termo, nem á vontade do possuidor.

No entretanto as palavras «*que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente*» provam evidentemente que não basta que os titulos sejam consolidados para se considerarem bens immobiliarios: mas que é indispensavel, alem d'isso, que estes papeis de credito estejam immobilisados perpetua ou temporariamente.

Art. 376.º São moveis por natureza todos os objectos materiaes não comprehendidos nos dois artigos precedentes, e por disposição da lei todos os direitos não comprehendidos em o n.º 2.º do artigo anterior.

(Vid. artigos 590.º e 626.º) Os moveis ou o são por natureza ou por disposição da lei. São moveis por natureza os corpos que podem transportar-se de um para outro logar, ou se movam por si, como os animaes, ou só possam ser movidos por força estranha, como as cousas inanimadas.

Assim os barcos, officinas, e tudo o mais que não estiver encorporado no solo, e d'este fazendo parte, é movel. São moveis os materiaes provenientes da demolição de qualquer edificio, e os reunidos para construir outro de novo, emquanto não são empregados effectivamente na construcção.

São moveis por disposição da lei as obrigações e acções, que têem por objecto sommas exigiveis, porque seguem a natureza do dinheiro, que é movel em si. São moveis tambem os titulos de renda, ainda que

esta seja vitalicia, de modo que o devedor nunca seja obrigado a pagar o capital, mas só o juro. Estes titulos só são immoveis quando são valores do estado, e nos termos do artigo 375.º n.º 3.º

O codigo não designou os bens moveis, nem ao menos por grandes categorias, porque tendo feito uma unica classificação de bens em moveis e immoveis, e tendo enumerado os bens immoveis, era consequencia natural e necessaria, que todos os outros bens eram moveis.

Nos direitos que se regem pelas disposições relativas a moveis, comprehende-se a propriedade litteraria, artigo 590.º, e a dos inventos, artigo 626.º Assim a propriedade litteraria deveria prescrever por tres, seis ou dez annos, artigos 532.º e 533.º, se não fôra imprescriptivel, artigo 592.º

Art. 377.º Quando na lei civil ou nos actos e contratos se usar da expressão «bens ou cousas immobiliarias», sem outra qualificação, comprehender-se-hão n'ella, tanto os que são immoveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando se usar simplesmente da expressão «immoveis, cousas ou bens immoveis», esta expressão significará só os que o são por natureza, ou mediante a acção do homem.

§ unico. Da mesma sorte a expressão «bens ou cousas mobiliarias» abrangerá, tanto os moveis por natureza, como os que o são por disposição da lei; e pelas palavras «movel, cousas ou bens moveis» entender-se-hão só os objectos materiaes, que por natureza são moveis.

Art. 378.º Todas as vezes que nos actos e contratos se usar da expressão «moveis de tal casa ou predio» comprehender-se-ha n'ella só o que se chama mobilia, utensilios ou alfaias, salvo se outra for conhecidamente a intenção das partes.

(Vid. artigo 1461.º, 1832.º) Já vimos que a expressão *mobiliario* e *immobiliario* é mais ampla do que o termo *movel* e *immovel*. O codigo define precisamente a significação d'estas differentes palavras para se conhecer a vontade do pactuante ou do testador, e a disposição da lei, segundo se empregam umas ou outras.

Ha porém um caso, em que as palavras «*moveis* e *immoveis*» têem a mesma amplitude e alcance de significação, que os termos *mobiliarios* e *immobiliarios*, que é em materia de doações e na hypothese do artigo 1461.º

Quando se doam todos os bens moveis e immoveis, entende-se que a doação abrange tambem os direitos e acções.

A declaração de doar todos os bens moveis e immoveis revela da parte do doador a intenção de doar tudo o que possue.

Deve notar-se que a determinação do sentido das palavras «*bens moveis* e *immoveis*» em materia de doações, feita no artigo 1461.º, não prejudica o disposto no artigo 1460.º, que declara nulla a doação da totalidade dos bens sem reserva do usufructo, ou ficando o doador sem meios de subsistencia, nem o disposto no artigo 1453.º, que declara nulla a doação de bens futuros, a não ser feita em casamento, artigos 1171.º e 1175.º

Ainda que não seja feita á mesma pessoa a doação dos bens moveis

e immoveis, e que se doem os bens moveis a um e os bens immoveis a outro, comprehendem-se na doação os direitos e as acções, vista a generalidade da provisão contida no artigo 1461.º

Não tem porém a mesma significação, ainda em materia de doações, o emprego de qualquer dos dois termos separadamente. Se o doador doar só os immoveis, ou só os moveis, ha de interpretar-se a significação das palavras pelo disposto nos artigos 377.º e 378.º, e não pelo disposto no artigo 1461.º

O disposto no artigo 1461.º, referindo-se unicamente ás doações n'uma hypothese especial, não é applicavel fóra d'aquella hypothese, nem a qualquer outro contrato, nem aos testamentos.

As regras geraes para avaliar a significação das palavras «*moveis* e *immoveis*, *mobiliarios* e *immobiliarios*», ou se achem empregadas na lei civil, ou nos contratos, ou em quaesquer *actos* juridicos, estão marcadas nos artigos 377.º e 378.º, que são applicaveis a todos os casos, para que a lei não tenha feito excepção *expressa*.

Assim como a palavra *mobiliario* tem uma significação mais ampla de que a palavra *movel*, assim a idéa significada pela palavra *movel* é mais ampla, de que a significada pelas expressões *moveis de tal casa ou predio*.

Se o testador em seu testamento deixar a Pedro os seus bens *mobiliarios*, Pedro tem a haver, não só os moveis corporeos, mas todos os incorporeos, isto é, todos os direitos e acções.

Se lhe deixar os *moveis*, Pedro herdará, alem da *mobilia*, o dinheiro de contado, joias preciosas, livros, n'uma palavra todos os objectos materiaes, que forem susceptiveis de se transportarem de um para outro logar, ou por si ou por força estranha. Se lhe deixar *os moveis de tal casa ou predio*, a disposição não comprehende senão os moveis destinados ao uso e ornamento da casa, como leitos, cadeiras, espelhos, relogios, mesas, porcelanas e outros objectos d'esta natureza.

Nas palavras «*moceis de tal casa*» comprehende-se unicamente, como dizia o projecto primitivo no artigo correspondente (397.º), o que se chama *mobilia* ou *trastes*.

Ficam excluidas as *dividas activas*, o dinheiro, livros, medalhas, instrumentos de artes ou officios, animaes, armas, generos de consumo, estatuas, roupas, etc.

Que significam as palavras «*uma casa com tudo o que se achar dentro d'ella*» empregadas em qualquer acto juridico?

Se o acto juridico, em que se usa d'aquellas palavras for algum testamento está a sua significação expressamente determinada no artigo 1832.º, isto é, comprehende-se a casa com tudo quanto estiver dentro d'ella á excepção das dividas activas, ainda que n'ella se achem os respectivos titulos. Comprehende-se tambem o dinheiro existente na casa.

Porém estas mesmas palavras empregadas em qualquer contrato, ou a titulo gratuito ou oneroso, comprehendem tambem as dividas activas, de que na casa existirem os titulos, porque a disposição do artigo 1832.º, como excepcional, não póde applicar-se, vista a disposição do artigo 12.º, senão aos legados, prevalecendo na interpretação de outros quaesquer actos juridicos as regras geraes de direito.

É pena que o codigo não applicasse a todos os actos juridicos as excepções ao principio geral, que se acham reconhecidas nos artigos 1461.º e 1832.º, ou que pelo menos não tornasse communs ás doações e aos testamentos o que determina com applicação especial a cada um d'estes actos juridicos.

E se for vendida, legada ou doada *toda a casa*, por exemplo, *que o transmittente houve de Paulo?* O emprego da palavra *casa ou bens* sem complemento algum modificativo, que restrinja a sua significação, comprehende, segundo o uso vulgar, e segundo o pensamento do codigo, todos os bens, tanto moveis, como immoveis, semoventes, direitos e acções.

Salvo se outra for conhecidamente a intenção das partes, diz o artigo 378.º; clausula este, que deve applicar-se, não só ao artigo 377.º, mas tambem ao artigo 378.º Primeiro que tudo deve attender-se á intenção das partes, artigos 684.º, 1761.º e 1837.º; assim legando o testador os seus *moveis* a Pedro, e os *immoveis* a Paulo, receberão os legatarios os moveis e immoveis tanto por natureza, como por disposição da lei, se do contexto da disposição se deprehender que a intenção do testador era deixar tudo quanto tinha a Pedro e a Paulo.

Art. 379.º As cousas, em relação ás pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que d'ellas se podem livremente aproveitar, dizem-se publicas, communs e particulares.

(Vid. artigo 382.º) A materia d'este artigo e dos seguintes não vinha no projecto primitivo. Foi com rasão introduzida pela commissão revisora, porque o direito ao uso das cousas varia, segundo ellas são publicas, communs ou particulares.

O estado possue bens exactamente nas mesmas relações juridicas que os particulares, que tem e administra pelo mesmo titulo, e do mesmo modo, que se chamam *bens do estado*, e que todos os dias ahi vemos annunciados á venda, como fóros em posse da fazenda, cujo unico destino é dar rendimento para as despezas geraes, e bens de que só o estado, como corpo moral, póde usar, sendo vedado o seu uso aos cidadãos individualmente considerados, como edificios publicos, etc., e bens, em que a propriedade é da nação, mas o uso permittido a todos os cidadãos, com as restricções postas nos respectivos regulamentos administrativos, como são as estradas, pontes, correntes navegaveis, etc.

É pois necessario fazer differença entre bens *publicos*, de que se trata no artigo 380.º, e bens do estado, de que se trata no artigo 382.º

Bens publicos são os que pertencem em plena propriedade á nação, e emquanto ao uso a todo o mundo, que formam parte do territorio nacional, e que não podem ser alienados, nem adquiridos por prescripção. Os bens do estado pertencem em propriedade á nação, mas são administrados e usufruidos exclusivamente pelo governo, que os conserva ou aliena, segundo julga conveniente. Os bens publicos, como os lagos e lagoas, pertencem á nação por direito de soberania. Os bens do estado, como são todos aquelles em que este succedeu pela extincção das ordens religiosas, pertencem-lhe a titulo de dominio.

Os bens do estado pertencem-lhe em propriedade particular, como os bens que têem os municipios e parochias, *verbi gratia*, edificios, fóros, propriedades rusticas, etc. A differença entre as propriedades publicas e particulares do estado, municipio e parochia, consiste em que aquelles pertencem em propriedade e usufructo á nação, municipio e parochia, estes só em propriedade e em usufructo ao estado, e á administração municipal ou parochial, sem que d'ellas possam gosar *individualmente* os membros da nação, municipio ou parochia.

Differençam-se as cousas *publicas* das *communs*, em que aquellas podem ser usufruidas por todos os habitantes do paiz e estas só pelos habitantes do municipio, da parochia ou de qualquer circumscripção,

como os baldios do municipio, ou da parochia que são usufruidos só pelos habitantes d'essa circumscripção, e as correntes de agua não fluctuavel nem navegavel, que são usufruidos só pelos donos dos predios marginaes.

Nenhum cidadão, como *individuo*, tem direito de propriedade sobre as cousas publicas ou communs, mas todos os cidadãos podem *utilisar-se* das cousas publicas, e todos os habitantes de uma certa circumscripção das cousas communs.

Art. 380.º São publicas as cousas naturaes ou artificiaes, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos, individual ou collectivamente, utilisar-se, com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos. Pertencem a esta categoria:

1.º As estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas publicas, municipaes ou parochiaes;

2.º As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, fozes, rias e esteiros, e o leito d'ellas;

3.º Os lagos e lagoas, e os canaes e correntes de agua doce, navegaveis ou fluctuaveis, com os seus respectivos leitos ou alveos, e as fontes publicas.

§ 1.º Entende-se por corrente navegavel a que, durante o decurso inteiro do anno, é accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção e dimensão; e por corrente fluctuavel aquella por onde estiver effectivamente em costume, no acto da promulgação d'este codigo, fazer derivar objectos fluctuantes, durante o decurso do anno inteiro, com fins commerciaes, ou a que de futuro for declarada tal pela auctoridade competente.

§ 2.º Quando todo o rio não for navegavel ou fluctuavel, mas só parte d'elle, a esta parte unicamente pertencerá a correspondente qualificação.

§ 3.º Entende-se por leito ou alveo a porção de superficie, que a corrente cobre, sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto.

§ 4.º As faces ou rampas, e os capellos dos comoros, vallados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou alveo da corrente, nem estão no dominio publico, se á data da promulgação do codigo civil não houverem entrado n'esse dominio por modo legal.

(Vid. artigos 395.º, 429.º, 431.º, 432.º, 468.º, 471.º, 472.º, 2293.º, 2294.º, 2297.º) Estabelece o codigo n'este artigo tres divisões de cousas publicas, da ultima das quaes faz ainda quatro subdivisões. As palavras «*pertencem a esta categoria*» mostram logo á primeira vista que a especificação feita, n'este artigo e no seguinte, das cousas publicas e communs é apenas exemplificativa e não taxativa.

1.º, etc. É essencial para que as estradas sejam declaradas publicas, municipaes ou parochiaes, que fossem construidas á custa das respectivas corporações, e por ellas sustentadas as despezas da exploração.

Dos caminhos construidos e mantidos a expensas de particulares, salva a fiscalisação do governo pelo seu direito policial, não podem aproveitar-se quaesquer outras pessoas, alem do dono, sem licença d'este.

Mas os construidos e sustentados á custa do municipio ou da parochia são tão publicos, no sentido de ser licito a todos utilisar-se d'elles, como o são os construidos e sustentados á custa do estado.

Os caminhos de ferro, que o governo administra por si, ou pelo intermedio de alguma companhia, devem considerar-se tambem bens *publicos* para o effeito do uso publico.

Alem das estradas publicas, municipaes e parochiaes, ha as *districtaes*, que podem julgar-se comprehendidas em o n.º 1.º do artigo 380.º, porque tambem são construidas e mantidas a expensas dos municipios.

O subsidio que o estado presta á construcção das estradas districtaes e municipaes não lhes tira o caracter de serem construidas e mantidas á custa dos districtos e dos municipios.

2.º, etc. Pelos principios universalmente reconhecidos em direito das gentes reputam-se parte integrante do territorio de uma nação as aguas do mar, adjacentes ás costas na distancia de um tiro de canhão, porque até ahi póde a nação fazer respeitar a sua soberania.

O leito das aguas salgadas é tambem do dominio publico; este leito abrange toda a superficie que chegam a cobrir as mais altas marés ordinarias.

Não se estende porém o dominio publico ás superficies dos terrenos particulares que a agua do mar possa cobrir artificialmente, ou que sejam por ella invadidas, mediante qualquer accidente natural, como bem se mostra do § 3.º n.º 3.º

3.º, etc. A parte mais importante d'este numero e de todo o artigo é a relativa ás correntes de agua doce, navegavel e fluctuavel.

Só a navegação ou fluctuação *com fins commerciaes* é que dá ás correntes de agua doce o caracter de navegaveis, ou de fluctuaveis, como se mostra da redacção do § 1.º, e assim o deliberou a commissão revisora, segundo se lê a pag. 104 do projecto de 1863.

Pela definição do codigo, navegavel ou fluctuavel em todo o seu curso só temos o Tejo, porque os outros nossos rios mais importantes, como o Mondego, o Lima, e até o Douro, perdem a qualidade de navegaveis e até a de fluctuaveis durante certo tempo do anno e especialmente em estio muito secco.

Seria talvez mais logico e mais rasoavel declarar navegaveis e fluctuaveis, para os effeitos do direito civil, as correntes que o fossem durante a maior parte do anno.

Porém o pensamento do legislador, caracterisando as correntes navegaveis ou fluctuaveis pela circumstancia de servirem á navegação ou fluctuação, e tirando-lhes esta qualidade logoque deixem de ter aquelle destino, como prescreve o artigo 381.º n.º 2.º §§ 1.º e 2.º, foi não privar os donos dos predios adjacentes da occupação das aguas nos termos do artigo 434.º e seguintes, logoque ellas não eram aproveitadas para a fluctuação ou navegação, cujos interesses restringem o direito de as occupar.

Assim o codigo determina o que são aguas publicas e particulares,

e correntes navegaveis e fluctuaveis, para regular o seu uso. O uso das aguas está sujeito a regras especiaes, attenta a sua importancia, e o dominio imperfeito, que se exerce sobre ellas, pela sua natureza essencialmente movel e fugitiva.

O codigo quanto ás cousas publicas importa-se principalmente com as correntes de agua doce navegaveis e fluctuaveis, como são os nossos rios, onde o aproveitamento das aguas é de mais frequente uso. Assim a agua dos rios navegaveis ou fluctuaveis é aproveitada em muitos pontos da corrente para usos agricolas ou industriaes, como para as regas dos terrenos confinantes, e para fazer mover estabelecimentos fabris; podendo fazer-se açudes, ou quaesquer outras construcções para aproveitar as aguas.

Porém como estas obras podem prejudicar o transito dos barcos e de quaesquer objectos fluctuantes, não é permittida obra alguma sem licença da auctoridade competente. Nas costas do mar tambem não póde fazer-se obra sem licença, e pela mesma rasão, artigos 431.º e 432.º

Esta licença é dada pelo ministerio das obras publicas, ou pelo da marinha em regra, segundo a natureza das correntes em cujas margens se pretende fazer a construcção.

Se se levantar conflicto entre os interesses agrarios ou industriaes, e os interesses da fluctuação ou navegação, ou porque as obras feitas para o aproveitamento das aguas prejudicam a passagem dos barcos e dos objectos fluctuantes, ou por se tirar tamanha porção de agua, que a corrente não fique com o volume sufficiente para supportar o transporte de barcos e de objectos fluctuaveis, resolverá a auctoridade administrativa, que deverá ser tambem o ministerio das obras publicas ou o da marinha, segundo a regra acima estabelecida.

Só se carece de licença quando se trata de estabelecer obra *permanente*, artigo 432.º Porém ou a obra seja *provisoria* ou permanente, não póde embaraçar-se a navegação ou fluctuação.

Não ha prescripção sem titulo, que legitime obras nas aguas publicas em prejuizo da navegação ou fluctuação. E se vierem a tornar-se prejudiciaes, poderão ser destruidas, sem indemnisação, á custa do proprietario.

Deve porém notar-se que os lagos e lagoas existentes em terrenos particulares, assim como as correntes navegaveis e fluctuaveis feitas e mantidas a expensas dos particulares, ou para esgoto dos seus terrenos, emquanto atravessam os seus predios, não podem considerar-se publicos, salvo o direito de inspecção que ao governo compete sobre estas aguas.

Para serem publicas as cousas naturaes ou artificiaes é preciso terem sido *apropriadas* ou *produzidas* pelo estado e corporações publicas, como se diz no artigo. Conseguintemente os rios e vallas navegaveis ou fluctuaveis que foram abertos pelos proprietarios dos terrenos respectivos, e cuja despeza de conservação correr por conta dos mesmos proprietarios, não podem dizer-se publicos, salvo o direito de expropriação que pertence ao estado.

Só das aguas publicas é que podem aproveitar-se todos individual ou collectivamente.

Nas aguas publicas e communs é a todos licita a pesca, salvas as disposições dos regulamentos administrativos, artigo 395.º Para a pesca no alto mar nada dispõe o codigo, porque a força das leis expira nos confins do territorio, e este não abrange as aguas adjacentes ás costas, senão até á distancia a que póde alcançar o tiro de canhão.

Porém não é só da pesca nas aguas publicas que cada um póde aproveitar-se, mas tambem de quaesquer productos aquaticos vegetaes ou animaes, artigos 468.º e 429.º, assim como das substancias terrestres produzidas nos predios do estado, artigo 472.º

Todos os productos a que se referem estes tres artigos são puramente naturaes. Varia porém o direito de os occupar, segundo as substancias são aquaticas ou terrestres, e segundo o local onde são encontradas.

As substancias aquaticas vegetaes produzidas nas aguas publicas são occupadas por qualquer pessoa emquanto se acham em sitio publico, como são as proprias aguas ou as respectivas margens, artigo 468.º

Porém as substancias vegetaes produzidas em terrenos do estado não podem ser occupadas sem licença do governo, artigo 472.º

A rasão da differença é provavelmente porque na occupação das substancias aquaticas vegetaes ou animaes não podem dar-se os prejuizos, que na occupação das substancias terrestres, em que o occupante póde causar estragos nas arvores e nas florestas com prejuizo do uso commum, que o estado deve procurar auxiliar quanto possivel.

Parece que o governo pensa em organisar os regulamentos precisos para a occupação das substancias vegetaes, creadas nas aguas publicas e communs, vista a portaria de 25 de agosto de 1868, em resposta ao governo civil do Porto, que dava conhecimento dos conflictos suscitados nas costas maritimas d'aquelle districto por occasião da occupação de substancias vegetaes das aguas do mar.

Diz a portaria: «Sua Magestade manda responder ao governador civil que, com respeito aos regulamentos das aguas communs, póde elle insinuar ás camaras municipaes a necessidade de estabelecer taes regulamentos, e ordenar mesmo aos administradores dos concelhos que os requeiram, cumprindo que depois de feitos sejam submettidos á approvação do conselho de districto, vistoque o codigo civil no artigo 471.º não põe estes actos das camaras fóra das regras estabelecidas na lei administrativa.

«Quanto porém aos regulamentos relativos ás aguas do dominio publico, como são as do mar, tendo estes regulamentos de ser feitos pelo governo, mas devendo elles variar em vista das circumstancias locaes, cumpre que o governador civil formule um projecto de regulamento para o seu districto e o envie a este ministerio para ser opportunamente examinado, tendo porém o governador civil em vista que no regulamento não póde estabelecer-se exclusivo algum para os habitantes de uma ou de outra localidade, e que determinadas as condições geraes com que a occupação é permittida, fica licito a quaesquer individuos, sejam de que parochia ou concelho forem, aproveitar-se das substancias vegetaes, uma vez que observem as prescripções do regulamento. É a disposição do artigo 468.º do codigo civil, que não póde perder-se de vista».

Os regulamentos são indispensaveis, não só para a occupação das substancias vegetaes aquaticas, mas para a occupação das terrestres, artigos 472.º e 473.º Os regulamentos devem determinar a fórma e condições de occupação para evitar conflictos e desordens, quando se apresentem ao mesmo tempo varios individuos para exercerem o direito de occupação, bem como para obstar a que o aproveitamento das substancias vegetaes prejudique o seu desenvolvimento e mesmo a propagação e creação do peixe.

Ainduque o codigo o não diga no artigo 429.º, não póde negar-se á administração o direito de fazer os regulamentos necessarios para a occupação de substancias animaes, creadas nas aguas publicas ou

communs; e assim se infere do artigo 468.º, a que o referido artigo 429.º faz referencia.

As regras sobre a occupação de substancias vegetaes creadas nas aguas publicas ou communs, são igualmente applicaveis ás substancias animaes, não só *ás que vierem ás margens*, como diz o artigo 429.º, mas tambem e por identidade de rasão ás que se acharem no seio das aguas.

O alveo da corrente navegavel ou fluctuavel só pertence ao estado emquanto sem o alveo não póde usar-se das aguas, porque elle faz, para assim dizer, parte da corrente. Porém logoque as aguas o abandonem deixa de ser publico, e póde ser occupado, pertencendo ao dono do terreno invadido pela corrente que mudou de direcção, artigo 2293.º O disposto no artigo 2293.º é no interesse dos prejudicados, que ficariam sem compensação alguma se o alveo abandonado pertencesse aos donos dos predios confinantes.

As ilhas e mouchões, que se formarem no mar largo, pertencem ao primeiro occupante, porque é *nullius* o alveo sobre o qual elles se formam. Porém pelo principio de que são propriedade do estado as aguas do mar adjacentes ás costas do seu territorio no alcance de um tiro de canhão, bem como os rios navegaveis ou fluctaveis, as ilhas formadas nos respectivos alveos pertencem ao estado, salvo o caso de concessão ou de prescripção, que corre contra o estado como contra os particulares, artigo 516.º O § unico do artigo 2294.º estabelece outra excepção ao principio geral, de que as ilhas e mouchões formados nos mares adjacentes, e nas correntes de agua doce navegaveis ou fluctuaveis, pertencem ao estado.

Convem notar as palavras empregadas pelo codigo «*ilhas*», «*mouchões*» e «*aterro*». Da leitura comparada dos artigos 2294.º e 2295.º resulta que nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis só podem formar-se «*mouchões*» e «*aterros*» e não «*ilhas*», e que no mar e rios navegaveis e fluctuaveis só podem formar-se «*ilhas*» e «*mouchões*», e não «*aterros*». Mas no § unico do referido artigo 2294.º se vê que nos rios navegaveis e fluctuaveis se podem formar tambem alem dos mouchões, aterros.

Alguns jurisconsultos empenham-se em definir o que sejam ilhas, mouchões e aterros; mas o caracteristico e as differenças de cada uma d'estas entidades melhor se percebem, do que se definem.

Dizem porém que os *aterros* consistem na accumulação de materias seccas em terreno alagado, até que o tornam de todo seceo; que os *mouchões* são o resultado de aterros successivos, produzidos pela corrente, que vão alteando pouco a pouco até ficarem inteiramente livres de serem cobertos de agua no estado ordinario; e que as *ilhas* são terrenos que apparecem rodeados de agua por todos os lados.

A verdade é que, se as ilhas se formam umas vezes pela acção das erupções vulcanicas, que fazem surgir do seio das aguas uma ilha maior ou menor, ou pela divisão do rio em dois braços, cortando o campo contiguo e transformando-o em ilha, ou por a corrente deixar em secco um cabeço, tambem muitas vezes são resultado da formação do mouchão por a corrente ir acarretando e agglomerando terras, areias e plantas; e n'este caso difficil será discriminar onde acaba o mouchão e começa a ilha.

Em nosso entender esta accumulação de palavras, com significações mais ou menos differentes, não influe nos resultados juridicos.

O artigo 2294.º regula do mesmo modo e nas mesmas condições quaesquer terrenos formados nas aguas do mar adjacentes ás costas e nos rios navegaveis e fluctuaveis, ou esses terrenos se denominem

ilhas, mouchões ou aterros; e o artigo 2295.º é applicavel a todos os terrenos que se formarem nos rios não navegaveis nem fluctuaveis, qualquer que seja a denominação que se dê a esses terrenos.

Todas estas disposições são applicaveis ás ilhas e terrenos formados nos lagos e lagoas, artigo 2297.º, assim como é publico o alveo das lagoas publicas ordinariamente coberto pelas respectivas aguas.

O disposto no artigo 432.º prova que as margens dos rios navegaveis e fluctuaveis não são dos proprietarios confinantes, mas do estado, como era principio geralmente recebido pela legislação anterior. No entretanto as motas e quaesquer obras feitas nas margens das correntes publicas continuam pertencendo aos seus verdadeiros proprietarios, como se mostra do disposto no n.º 3.º § 4.º do artigo 380.º

Comoros são amontoados de terra erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, que podem estar cobertos de erva, arvores, ou arbustos. A cobertura ou capa de terra superior, com o seu accessorio de vegetação, se o tiver, constitue o *capello*, que a lei civil contempla para o declarar ou não pertença do leito ou alveo de uma corrente de agua.

Art. 381.º São communs as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica. Pertencem a esta categoria:

1.º Os terrenos baldios, municipaes e parochiaes;

2.º As correntes de agua, não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel, os lagos ou lagoas sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, e os reservatorios, fontes ou poços construidos á custa dos concelhos ou parochias.

§ 1.º A corrente navegavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á navegação, passará á categoria de corrente fluctuavel.

§ 2.º A corrente fluctuavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação, ficará incluida na categoria das correntes de uso commum.

§ 3.º O leito ou alveo da torrente ou corrente de uso commum, que atravessa um predio particular, ou n'elle se ajunta ou nasce, forma parte integrante do dito predio.

§ 4.º A propriedade do leito ou alveo de qualquer torrente ou corrente de uso commum, que passa entre dois ou mais predios, é attribuida aos mesmos predios com as limitações e servidões expressas n'este codigo.

§ 5.º A cada predio pertence por virtude da lei o trato do leito ou alveo, comprehendido entre a linha marginal e a linha media do dito leito ou alveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas,

caindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha media.

§ 6.º Os tratos dos leitos ou alveos das torrentes ou correntes de uso commum, attribuidos aos predios marginaes, ficam sujeitos a todas as servidões que os regulamentos de policia geral hajam de impor-lhes, para a conservação, desobstrucção e limpeza dos mesmos leitos ou alveos.

§ 7.º Aos lagos naturaes de agua doce, circumdados de predios particulares, ou de predios particulares e terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes, são applicaveis as disposições de todos os §§ antecedentes, que forem compativeis com a natureza das suas aguas não correntias.

(Vid. artigos 434.º a 436.º, 469.º, 473.º, 2263.º e 2295.º) O codigo estabelece os *caracteres* que distinguem as cousas *communs*, e especifica depois algumas d'ellas, devendo notar-se, como já observámos, que a especificação n'este artigo, como no artigo antecedente, é exemplificativa, e não taxativa. Para se dizerem communs as cousas é preciso que reunam simultaneamente os tres requisitos seguintes: 1.º, que não sejam individualmente apropriadas; 2.º, que d'ellas só possa tirar-se proveito, em conformidade dos regulamentos administrativos; 3.º, que o seu uso pertença só aos individuos de certa circumscripção administrativa ou aos membros de certa corporação publica.

1.º, etc. Os pastos, matas, lenhas e outras quaesquer substancias vegetaes, creadas em terrenos municipaes ou parochiaes, pertencem só aos moradores do respectivo concelho ou parochia, artigo 473.º

O uso ou communhão n'essas pastagens, não só nos predios pertencentes aos municipios e ás parochias, mas tambem nos pertencentes ao estado, é inteiramente regulado pelas leis administrativas, artigo 2263.º O codigo civil reconhece apenas o direito; a fórma do *goso* do direito é já da competencia da legislação administrativa.

O uso das pastagens, matos e lenhas produzidos n'estes terrenos, ou sejam parochiaes ou municipaes, deve ser regulado pelas camaras municipaes, e, na falta de regulamentos feitos pelas respectivas municipalidades, devem observar-se os usos e costumes.

A ultima lei de desamortisação, com a data de 28 de agosto de 1869, abrange os baldios dos municipios e das parochias, como já os abrangia a lei anterior de 22 de junho de 1866; mas permitte no artigo 11.º § unico a divisão dos baldios pelos vizinhos, independentemente de praça, depois de marcado devidamente o terreno e a quantia de fôro, se a maioria d'elles assim o requerer, doutrina que já se achava consignada no alvará de 27 de novembro de 1804.

2.º, etc. Os caracteres das correntes de agua de uso commum são os seguintes: 1.º, não serem navegaveis nem fluctuaveis; 2.º, *atravessarem* terrenos municipaes, parochiaes ou particulares, indo lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel. Estas correntes podem ser formadas de aguas nativas ou pluviaes.

Deixarão de ser correntes de uso commum as que, em vez de entrarem no mar por meio de alguma corrente navegavel ou fluctuavel, se lançam no mar *directamente*, bem como as que, em vez de atravessarem terrenos municipaes, parochiaes ou parochiaes, atravessem terrenos publicos?

Apesar da má redacção d'este numero decidimo-nos sem hesitação pela negativa. Não descobrimos o mais pequeno pretexto para que a corrente de uso commum, que entra no mar por intermedio da corrente navegavel ou fluctuavel, perca a sua categoria pelo facto de n'elle se lançar directamente, nem para que a natureza da corrente seja alterada pelo facto de atravessar terrenos publicos, em vez de atravessar terrenos municipaes, parochiaes ou particulares.

Para nós o verdadeiro caracteristico das correntes de uso commum está em não serem navegaveis nem fluctuaveis, e em atravessarem alguns predios, porque, se elles não sáem d'aquelle onde nascem, são meramente particulares, como accessorio d'esse predio, comquanto o codigo desconheça esta classificação.

§§ 1.º e 2.º, etc. Estes dois paragraphos são uma prova de que o codigo, marcando as differenças entre as correntes navegaveis ou fluctuaveis, e não navegaveis nem fluctuaveis, se determinou menos pela natureza da corrente, do que pelos fins a que era destinada.

O legislador entendeu que as correntes navegaveis e fluctuaveis, desde que não eram aproveitadas para fins commerciaes, deviam entrar no uso commum, ou ser individualmente apropriadas. A restricção ao direito de apropriação não póde ser determinada senão pela natureza das cousas, ou pelo interesse publico. Ora só o interesse *publico* do commercio podia justificar que o uso das aguas das correntes navegaveis e fluctuaveis estivesse sujeito ás restricções marcadas nos artigos 431.º a 433.º do codigo.

As disposições consignadas n'estes artigos têem por unico fim favorecer o commercio. Desde que este desaproveita as correntes pelo tempo marcado na lei, parece justo que o uso d'ellas seja regido, não pelo disposto nos citados artigos 431.º a 433.º, mas sim pelo disposto nos artigos 434.º a 443.º

Por mais navegavel que seja a corrente, desde que durante dez annos deixou de servir á navegação ou á fluctuação, passou á categoria de corrente de uso commum.

§§ 3.º e 4.º O dono ou possuidor de predios atravessados por correntes não navegaveis nem fluctuaveis, ou sejam suas ambas as margens, ou só uma, tem direito ao *uso* das aguas e á *propriedade* do alveo, nos termos dos artigos 434.º a 436.º, podendo usar, como lhe aprouver, das aguas, e alterar á sua vontade o leito do rio, salvo unicamente o prejuizo de terceiro, importando o *uso* das aguas ou a alteração do leito refluxo para os predios superiores, ou alteração no ponto de saída das aguas remanescentes.

Dentro do seu predio podem os possuidores das duas margens, ou os de uma e os de outra, de commum accordo dar ás aguas a direcção que quizerem; mas no ponto em que uma das margens deixe de ser d'estes possuidores, ainda que a outra continue a sê-lo a longa distancia, hão dar ás aguas a saida que tinham, para respeitar os direitos dos senhorios dos predios d'essa margem que não é sua, apesar de o ser a fronteira.

O codigo estabelece o principio geral de que o *leito* das correntes não navegaveis nem fluctuaveis, ou sejam de uso commum, nos termos do n.º 2.º do artigo 381.º, ou estejam fóra d'esta categoria, forma parte integrante dos predios marginaes, isto é, pertence em *propriedade* aos donos d'estes, e que as aguas pertencem em *uso*, pela rasão de que sobre as aguas, pela sua natureza movel e fugitiva, é impossivel estabelecer propriedade.

Podemos pois fixar o principio de que nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis pertencem aos donos dos predios marginaes as aguas em *uso*, e o leito em *propriedade*.

Aos proprietarios marginaes pertence apenas o *uso* nas aguas, não só pelo facto de ellas escaparem a uma verdadeira propriedade, mas tambem porque ao uso das aguas e á pesca todos têem direito nas correntes de uso commum, nos termos do n.º 2.º do artigo 381.º

Mas então que differença haverá para os effeitos juridicos entre as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, que são de uso commum, nos termos do n.º 2.º do artigo 381.º, e as que estão fóra d'esta categoria?

As differenças são: 1.º, que nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis que são de uso commum é licita a pesca a todos, artigo 395.º, ainda que não sejam proprietarios marginaes, e que nas que estão fóra d'esta categoria só é licita a pesca aos donos dos predios marginaes; 2.º, que nas primeiras póde a administração regular o *uso* das aguas, ou para o effeito da pesca ou para outro qualquer fim, e nas segundas não. O codigo declarou de uso commum quasi todas as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, e effectivamente rara será a corrente que não vá lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel. No entretanto algumas correntes ha que são meramente particulares, e não de uso commum, e o codigo reconhece a sua existencia para os effeitos juridicos no artigo 397.º na palavra «*correm*».

O direito concedido ao proprietario marginal de derivar a agua para regar o seu terreno e mover os seus engenhos, ao mesmo tempo que tende a favorecer a agricultura e a industria, é a indemnisação natural dos inconvenientes inseparaveis da vizinhança das correntes de agua.

O codigo tambem dá a maior importancia ao principio da posição dos predios.

Não é a *posse* de usar das aguas, mas a circumstancia de ser o predio *marginal* o que legitima direito ao uso d'ellas. Ninguem póde usar legitimamente senão da porção de agua que lhe *couber* ou que for proporcional á *extensão* e *precisões* do seu predio.

Se se verificar a hypothese do § 2.º do artigo 436.º, *verbi gratia*, porque o predio marginal seja dividido entre differentes coherdeiros, ou por qualquer outro motivo, e os differentes possuidores se não accordarem amigavelmente, será a questão decidida judicialmente, porque é uma questão simplesmente de direitos privados.

As questões entre os interesses geraes da navegação ou da fluctuação, e os interesses da agricultura ou da industria, é que são resolvidos pela administração, e pela administração graciosa, como questão entre interesses *geraes* e interesses *particulares*, porque se fosse questão entre *interesses geraes* e *direitos privados* seria da competencia do contencioso administrativo.

§ 5.º, etc. Alguns auctores consideram como linha divisoria das correntes de agua, não a linha media da superficie, equidistante de ambas as margens, mas a linha marcada pelo fio ou veio da corrente, systema menos rasoavel, porque como esta póde encostar-se mais a uma do que a outra das margens, dar-se-ia flagrante desigualdade com relação aos proprietarios marginaes.

Os mouchões e aterros formados nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis pertencem, como os leitos d'estas, aos proprietarios marginaes, nos termos do artigo 2295.º, em proporção da extensão de cada predio á frente do rio, e tirando a linha divisoria pelo meio do alveo.

É ainda a compensação dos prejuizos a que os predios marginaes estão expostos pela violencia das aguas.

§ 6.º, etc. Exemplos das servidões, a que se refere não só este paragrapho, mas o § 4.º, encontram-se no artigo 440.º

§ 7.º, etc. Pertencem tambem os lagos e lagoas *communs* aos proprietarios dos terrenos marginaes, tirando a divisoria pelo meio do alveo; assim como lhes pertencem os mouchões e aterros ahi formados, artigos 2295.º e 2297.º O artigo 2297.º, ou a disposição do § 7.º do artigo 381.º é de mais. Contém repetições escusadas.

Art. 382.º São particulares as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguem póde tirar proveito senão essas pessoas, ou outras com seu consentimento.

§ unico. O estado, os municipios e as parochias, considerados como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular.

(Vid. nota ao artigo 379.º)

TITULO III

DA OCCUPAÇÃO

CAPITULO I

DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 383.º É licito a qualquer apropriar-se, pela occupação, dos animaes e outras cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas, salvas as declarações e restricções conteúdas nos capitulos seguintes.

(Vid. artigos 400.º, 404.º, 411.º, 413.º e 430.º) Entre os meios de adquirir a propriedade tem o primeiro logar na natureza e na historia a *occupação*, isto é, a apprehensão de uma cousa que é *nullius*, ou porque nunca teve dono, ou porque, se o teve, este a perdeu ou abandonou. Assim, é licita a apropriação de animaes bravios que, tendo tido dono, voltaram á sua liberdade natural, tornando-se *nullius*, artigo 400.º, assim como a apropriação de animaes domesticos que foram lançados á margem ou abandonados, isto é, excluidos do seu dominio pelo respectivo dono, artigo 404.º Tambem podem ser apropriadas as cousas inanimadas moveis, abandonadas, artigo 411.º, ou perdidas, artigo 413.º, e quaesquer productos naturaes que não forem propriedade exclusiva de outrem, artigo 430.º

O codigo distingue os animaes, para os effeitos juridicos, em *bravios*, artigo 384.º, *domesticos*, artigos 392.º e 404.º, em cuja classe devem comprehender-se os domesticados, e *ferozes*, artigo 403.º

Os meios ou *modos* de adquirir são os actos ou factos que dão a uma pessoa a propriedade de uma cousa. São *originarios* quando dão a propriedade de uma cousa que a ninguem pertence, *derivados* quando fazem passar de uma pessoa para outra a propriedade já estabelecida.

Os modos originarios mais conhecidos são a occupação e a accessão. Mas o codigo regula a accessão no tratado da propriedade, considerando-a como consequencia e emanação necessaria da propriedade já adquirida.

A occupação é de direito natural, porque é a primeira manifestação e o primitivo titulo da propriedade, e todas as rasões de interesse so-

cial a recommendam, porque se não podesse ser allegada como meio de defeza contra as pretensões de terceiro, a sociedade ver-se-ia continuamente perturbada por incessantes contendas, que acabariam sempre por dar o triumpho ao mais forte.

O codigo, occupando-se n'esta parte dos direitos que se adquirem pelos factos e vontade propria do individuo, independentemente da cooperação alheia, trata, alem da occupação, da posse, da prescripção e do trabalho.

Os direitos de que se trata n'esta segunda parte são *reaes* porque respeitam unicamente á cousa, e sobre ella se exercitam, sem consideração a pessoa alguma, seja quem for que tenha a cousa em seu poder, ao contrario do que succede com os direitos *pessoaes*, que só se exercitam com relação a certa e determinada pessoa, que está obrigada a dar ou fazer alguma cousa.

O codigo não reconhece direito de occupação senão sobre os *moveis*. Os immoveis não occupados, se não são considerados baldios municipaes ou parochiaes, reputam-se pertencentes ao estado.

O codigo procedeu regularmente declarando em que consiste a occupação, em vez de formular uma definição theorica, que em regra não determina o conteúdo do definido.

Algumas legislações não tratam esta materia. Estabelecem o principio geral de que os bens que não têem dono pertencem ao estado, e deixam para regulamentos e leis especiaes a caça, a pesca, o direito sobre os effeitos arrojados pelo mar, sobre as plantas e ervas que se criam nas costas, e sobre a propriedade e uso das minas.

O codigo, deixando á administração o direito de regular o exercicio dos actos da caça, da pesca e aproveitamento das minas, define todavia os direitos fundamentaes que esses actos produzem, e que a lei civil reconhece.

CAPITULO II

DA OCCUPAÇÃO DOS ANIMAES

SECÇÃO I

DA CAÇA

Art. 384.º É licito a todos, sem distincção de pessoas, dar caça aos animaes bravios, conformando-se com os regulamentos administrativos, que determinam o modo e tempo de caça:

1.º Nos terrenos proprios, cultivados e não cultivados;

2.º Nos terrenos publicos ou concelhios, não cultivados nem murados, ou não exceptuados administrativamente;

3.º Nos terrenos particulares, não cultivados nem murados.

§ unico. A disposição do n.º 1.º comprehende, tanto o proprietario, como aquelles que d'elle houverem licença.

(V. artigos 391.º, 392.º, 394.º, 396.º, 398.º e 399.º) Pertence aos regulamentos administrativos e ás posturas municipaes o determinar as epochas em que é prohibida a caça em geral, ou só certa e determinada caça, e o modo de fazer a caça para evitar, que se prejudiquem as creações, e que se exterminem os animaes, bem como o determinar, por motivo de segurança publica, as condições para usar armas de caça, e estabelecer as multas para as violações d'esses regulamentos, e dos preceitos estabelecidos na presente secção, artigo 394.º

São igualmente da competencia da administração, e nos mesmos termos, os regulamentos relativos á pesca, artigo 398.º

O facto da caça e da pesca fóra das epochas ou das condições marcadas nas respectivas leis ou regulamentos, é punido com a prisão de tres a trinta dias e multa correspondente, codigo penal, artigos 254.º e 255.º

Nos regulamentos ha de determinar-se tambem o modo da caça e da pesca, no caso de concorrerem ao mesmo sitio diversos caçadores ou pescadores, etc.

O codigo fixa apenas os direitos do caçador sobre o animal que é perseguido, e dos donos dos predios onde se persegue a caça, segundo as condições d'esses terrenos.

Na secção seguinte tambem o codigo se limita a determinar os principios geraes, a que deve subordinar-se o exercicio da pesca, outro modo de adquirir por meio da occupação, deixando para os regulamentos administrativos o fixar as condições indispensaveis, para que a pesca se faça sem desordem e sem a extincção das especies.

Nas materias relativas á caça ha que attender a tres elementos: ás pessoas que podem caçar, aos animaes que podem ser objecto de caça, e aos logares onde póde caçar-se.

O codigo, tendo estabelecido o direito absoluto ao trabalho, regula apenas o objecto e o logar da caça.

Só podem ser objecto de caça os animaes *bravios*, assim chamados em contraposição a animaes domesticos, que são aquelles, que ou não sáem da habitação, ou aindaque sáiam vem pernoitar n'ella, como os pombos do pombal, etc.

Ora a caça é permittida: 1.º, ao dono do predio no seu proprio terreno, ou este se ache cultivado ou não, ou seja ou não murado, porque se estragar as searas e fructos, é por sua conta.

Se os terrenos forem murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam livremente sair e entrar, póde o proprietario dos terrenos caça-los em qualquer tempo, e de qualquer modo, artigo 391.º, sem sujeição a regulamentos alguns, porque como só elle póde aproveitar a caça, não tem a sociedade interesse em que as creações se desenvolvam ou acabem. E o mesmo é, e pela mesma rasão, com relação á pesca, artigo 399.º

Portanto o direito de caça e de pesca, mesmo nos terrenos ou aguas particulares não é absoluto, está sujeito aos regulamentos administrativos, que podem marcar a epocha e as condições da caça, no interesse do desenvolvimento das especies; salvo se os predios estão murados, e os peixes encerrados em tanques ou viveiros, de modo que nem a caça nem o peixe podem ter saida livre, porque n'esse caso o direito de caçar e de pescar do dono dos predios ou das aguas é de tal modo absoluto, que não está sujeito a regulamento algum.

A caça é só com relação aos animaes bravios. Porém o proprietario e o cultivador, como medida policial e no exercicio do seu direito de defeza, podem matar as aves *domesticas*, como gallinhas, etc., que encontrarem nas suas terras, quando n'ellas se tiver feito a sementeira, ou houver cereaes ou quaesquer fructos, como uvas, etc., artigo 392.º

O codigo, permittindo ao dono da sementeira ou dos fructos o matar as *aves* domesticas, implicitamente lhe prohibe o matar quaesquer outros *animaes* domesticos, que não sejam aves, como cães, etc. A lei

não quiz permittir ao proprietario o fazer justiça por suas mãos com relação a animaes de maior consideração e valor. A destruição d'estas aves póde fazer-se em qualquer tempo e de qualquer modo sem sujeição tambem aos regulamentos administrativos; porque a destruição das aves n'este caso não se regula pelo direito de caça, mas sim pelo direito de defeza de propriedade.

O artigo 392.º, permittindo a destruição dos animaes bravios nas terras onde elles se tornam prejudiciaes, não é uma repetição do disposto no artigo 384.º, porque o direito de caça dos animaes bravios, reconhecido n'este artigo, é subordinado aos regulamentos administrativos, nos termos do artigo 394.º, e o artigo 392.º permitte a destruição dos animaes bravios, *em qualquer tempo*, e sem sujeição a regulamentos alguns.

O direito facultado n'este artigo, de matar os animaes bravios, quando prejudiciaes ás *sementeiras e plantações*, deve ampliar-se por identidade de rasão, e por analogia do disposto no § unico do mesmo artigo, ao caso de serem prejudiciaes aos fructos. Se porventura os animaes, que vierem causar ou ameaçar de prejuizo as sementeiras, plantações ou arvores, não forem aves e não forem bravios, o proprietario usará do direito que lhe for garantido nos regulamentos administrativos e posturas municipaes, mas não terá o direito de as destruir.

As aves domesticas podem tambem causar prejuizo ás *plantações*, como ás sementeiras, cereaes e fructos, e por isso o proprietario as poderá destruir por identidade de rasão, quando as encontre em terras de plantações, a que ellas possam causar damno.

O certo é que o § unico do artigo 392.º, que não se achava no projecto primitivo, e que foi introduzido pela commissão revisora, acabou com a duvida que á face do codigo penal se suscitava sobre se os proprietarios ou cultivadores podiam destruir as aves domesticas alheias, que lhe prejudicavam as searas ou sementeiras.

E estas aves depois de mortas poderão ser reclamadas pelos donos, ou pertencem ao possuidor do predio que as matou?

Em face do artigo 383.º só podem ser occupados os animaes que nunca tiveram dono, ou que foram abandonados ou perdidos, e em nenhum d'estes casos se comprehende a nossa hypothese.

Todavia a opinião contraria parece-nos a mais legal. O artigo 392.º está sob o capitulo, que se inscreve—*da occupação dos animaes.*

O § unico concede, com relação ás aves domesticas, *igual faculdade*, que o artigo concede com relação aos animaes bravios, devendo portanto ser igual o direito do matador n'um e n'outro caso.

Demais, o artigo e o § unico não auctorisam só a matar, mas a *destruir*, o que equivale a negar todo e qualquer direito ao dono das aves mortas sobre ellas: e finalmente a regra estabelecida no artigo 383.º, é modificada no mesmo artigo, nas palavras «*salvas as declarações e restricções contendas nos capitulos seguintes*».

2.º, etc. Nos terrenos alheios, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, não é permittido caçar se forem *murados*, para evitar o prejuizo que isso poderia causar ao proprietario; e ainda que não sejam murados, se tiverem sementeira ou plantação periodica, só se poderá caçar depois de effectuada a colheita para a não estragar. Com relação aos terrenos *publicos* ou *concelhios*, ou antes publicos, municipaes ou parochiaes, ainda ha outra restricção, que é o serem exceptuados administrativamente, como succede com algumas tapadas, para ali conservar um viveiro de caça permanente.

A pesca está sujeita ás mesmas condições, artigo 396.º Como se

não póde chegar ás correntes de agua sem atravessar predios publicos, communs ou particulares, de que as margens fazem parte, só podem ser atravessados pelo proprietario, ou por quem tiver licença sua, os abertos e cultivados, salvo depois de effectuada a colheita. Nos murados, ainda não cultivados, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, ninguem póde passar para a pesca sem a respectiva licença, nem nos exceptuados administrativamente.

O artigo 396.º não torna applicavel o artigo 390.º a quem atravessar, para ir pescar, os predios particulares sem licença do dono, porque a pescaria quanto ao tempo, modo e multas, é regulada administrativamente, ou pelas camaras municipaes, segundo as aguas são publicas, ou concelhias e particulares, artigo 398.º Na falta d'estes regulamentos ou de qualquer disposição de lei a este respeito, hão de observar-se os principios geraes de direito, que obrigam o lesante a reparar qualquer damno ao lesado.

É de notar que o codigo fallando de terrenos, não particulares, especifica os do estado e os do municipio, sem mencionar os da parochia. Por argumento de analogia tudo quanto o codigo dispõe relativamente á caça e pesca em terrenos municipaes deve ser applicado á caça e pesca em terrenos parochiaes.

Os terrenos pertencentes a quaesquer estabelecimentos publicos, que não sejam as corporações de existencia necessaria, que fazem parte do estado, reputam-se particulares para este fim, como os predios das misericordias, confrarias, etc.

Art. 385.º Nos terrenos cultivados, abertos, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, estando semeados de cereaes, ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, só será licito caçar depois de effectuada a colheita.

Art. 386.º Nos terrenos que se acharem de vinhago ou de outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte, só será licito caçar no tempo que mediar desde a colheita dos fructos até ao tempo em que as plantas comecem a abrolhar. As camaras municipaes assignarão os limites do periodo em que annualmente a liberdade da caça deve cessar.

Art. 387.º Nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte, poder-se-ha caçar em todo o tempo, excepto n'aquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita.

Nos terrenos murados, cultivados ou não cultivados, particulares, ou do estado, ou de qualquer corporação de existencia necessaria, a caça é absolutamente prohibida.

Nos terrenos abertos, ainda que sejam cultivados ou plantados, a caça não é absolutamente defeza, mas está sujeita ás regras prescriptas n'estes artigos.

Se os terrenos estão plantados de arvores fructiferas, e estas são de pequeno porte, como videiras, etc., não é licito caçar senão depois da colheita dos fructos até que as plantas comecem a abrolhar, para evitar que o transito dos caçadores e dos cães, que os acompanham, prejudique o desenvolvimento dos fructos. Se as arvores são de grande porte, como cerejeiras, figueiras, etc., que o transito não prejudica o desenvolvimento do fructo, então só é prohibida a caça

desde o começo da maturação dos fructos até á sua colheita, pelo receio de que o caçador se aproveite d'elles, tanto dos que estão nas arvores, como dos que cáem no chão.

Nem no projecto primitivo, nem nas edições da commissão revisora de 1863 e 1864, vinha consignada a excepção que hoje se lê no artigo 387.°; mas a commissão revisora em sessão de 2 de novembro de 1864 approvou o artigo, *resalvando a idéa de se vedar a caça, quando o azeite está maduro*, e em harmonia com essa resolução apparece já redigido o artigo na edição de 1865.

As epochas proprias para a caça, nos termos d'estes artigos, dependem das circumstancias especiaes da localidade, e dos usos das terras, que tudo deve ser tido em conta nas posturas municipaes, que se elaborarem para este effeito.

Art. 388.° O caçador apropria-se do animal pelo facto da apprehensão, mas adquire direito ao animal que ferir, emquanto for em seu seguimento, salvo o disposto no artigo seguinte.

§ unico. Considera-se apprehendido o animal que é morto pelo caçador, emquanto dura o acto venatorio, ou que é retido nas suas artes de caça.

Art. 389.° Se o animal ferido se recolher em predio vallado, murado ou tapado com sebes, não poderá o caçador segui-lo dentro do dito predio sem licença do dono. Mas, se o animal ahi caír morto, poderá o caçador exigir que o dono do predio ou quem o representar, estando presente, lh'o entregue, ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito.

Art. 390.° Em todo o caso, o caçador é responsavel pelo damno que causar, o qual será pago em dobro, sendo o facto praticado na ausencia do proprietario ou de quem o representar.

§ 1.° Sendo mais de um caçador, serão todos solidariamente responsaveis pelos ditos damnos.

§ 2.° O facto da entrada dos cães de caça no predio tapado, independentemente da vontade do caçador, em seguimento do animal que haja penetrado no dito predio, só produz a obrigação de mera reparação dos damnos que causarem.

§ 3.° A acção para a reparação do damno prescreve por trinta dias, contados desde aquelle em que o mesmo damno foi commettido.

A occupação do animal verifica-se no momento em que o caçador se apropria d'elle pelo facto da apprehensão. Tambem independentemente da apprehensão, desde que o caçador feriu o animal, se continuar em seguimento d'elle, não póde ninguem intrometter-se a persegui-lo, porque já prejudicaria o direito de occupação do caçador, que começou a manifestar-se pelo acto do ferimento e perseguição.

Se porém o animal ferido morrer só depois de ter acabado o acto venatorio, pertence, não ao caçador, mas ao primeiro occupante.

O caçador pelo facto de ter abandonado a caça antes de matar o animal que feríra, renunciou ao seu direito de o occupar, ou antes não chegou a adquiri-lo definitivamente, por ter encetado, e não concluido o acto de perseguição.

Se porém o animal caíu na rede armada pelo caçador, mesmo depois de concluido o acto venatorio, pertence-lhe pelo direito de occupação, manifestado no facto de ter armadas as redes.

Se o animal ferido se recolher em predio murado ou vallado, não póde o caçador continuar em perseguição d'elle sem licença do dono.

O projecto primitivo estabelecia, para o caso de ser simplesmente vallado ou tapado com sebes o predio, aindaque cultivado, que, se o animal ahi se recolhesse ou caisse morto, podia o caçador penetrar no predio, mas sem nenhum outro sequito, para haver ou expulsar o animal, comtantoque, estando presente o dono do predio, ou algum seu representante, lhe declarasse previamente a sua intenção.

Porém a commissão revisora equiparou para este effeito o predio vallado ou tapado com sebes, ao predio murado.

Se o animal caír morto em predio murado ou vallado, e não estiver presente o dono, ou quem legalmente o represente para o entregar ou permittir a entrada ao caçador, ou se ahi se recolher ferido o animal, e o dono ou não estiver presente ou não der licença para o caçador continuar a perseguição, fica este sujeito a alguma pena entrando no predio?

Fica sujeito á disposição prescripta no artigo 254.° e § unico do codigo penal, que impõe a pena de tres a trinta dias de prisão e multa correspondente ao que entrar para caçar em terras muradas ou valladas, sem consentimento do possuidor, mas a acção não póde ter andamento senão a requerimento do possuidor.

O dono, caseiro, feitor, ou outra qualquer pessoa que represente o dono, que se recusar a entregar o animal que caiu morto no predio, ou a permittir ao caçador a entrada no terreno para o ir buscar, é responsavel pelo valor do animal, vistoque faltou ao cumprimento da obrigação alternativa que lhe impõe o artigo 389.°

Porém mesmo nas condições, em que a caça é permittida, o caçador é *em todo o caso* responsavel pelo damno que causar, como pelos ferimentos que fizer em homens ou em animaes irracionaes, por qualquer incendio causado pelas armas de fogo, e em geral por qualquer prejuizo.

E, como pena, paga o dobro d'esse prejuizo se praticou o facto de continuar a perseguição do animal ferido ou não ferido no predio tapado, na ausencia do proprietario ou de quem o represente.

O artigo 389.° prohibe a perseguição do animal *ferido*, que se recolhe em predio fechado, sem licença do proprietario, prohibição que, por maioria de rasão, deve applicar-se ao caso de não ir ferido o animal. Esta licença é indispensavel, ou o animal fosse ou não ferido, ou o dono do predio estivesse ou não presente.

No caso porém de lá caír morto o animal, não precisa o caçador de licença do proprietario para o ir buscar, se o proprietario está ausente.

Devidamente reflectida a redacção da segunda parte do artigo 389.°, e comparada com a primeira, parece que para ir buscar o animal morto no predio alheio não é preciso licença do dono, senão achando-se este presente.

Sendo mais de um caçador, responde cada um para com o lesado pela totalidade do prejuizo, por não ser possivel distinguir quem o causou, salvo o recurso do que pagou contra os co-réus pela sua quota parte. Se os cães, independentemente da vontade do caçador, entra-

ram no predio tapado em perseguição do animal, não tem pena por isso o caçador, e é obrigado apenas a reparar o prejuizo, porque nem sempre é possivel ao caçador o fazer retroceder os cães, e evitar que elles entrem no predio, quando vão influidos na perseguição do animal.

Se os cães que entram no predio alheio em perseguição do animal foram instigados a isso pelo caçador, que pena tem este? A d artigo, e não a do § 2.º

Se os cães entrarem, independentemente da vontade do caçador, e ainda que esteja ausente o proprietario, ou quem o represente, o caçador paga simplesmente o valor dos damnos, e a igual responsabilidade fica sujeito se elles entrarem a instigação sua no predio, ma em presença do proprietario.

Portanto, em vista do codigo, a circumstancia de os cães terem entrado no predio, ou independentemente da vontade do caçador, ou por instigação d'este, só produz effeitos juridicos no caso de não estar presente o proprietario, nem o seu representante, porque se estiver presente, aquella circumstancia é absolutamente indifferente.

Estas regras não são applicaveis á caça de animaes perigosos, como de lobos, em que ha batidas geraes com intervenção da auctoridade, e em que poderá entrar-se em terrenos particulares mesmo vallados ou murados, tudo em conformidade dos respectivos regulamentos administrativos.

A acção prescreve passados trinta dias desde aquelle em que o damno é causado, de modo que é facil decorrer este periodo, sendo o damno causado na ausencia do proprietario, sem que este o saiba, ou sem que tenha o tempo preciso para colligir todos os elementos ácerca da natureza do damno, e sobretudo das pessoas que o causaram, para poder propor em juizo a competente acção.

No entretanto o fim do codigo foi evitar que o caçador estivesse durante muito tempo sujeito a uma acção de damno, em que o prejuizo, longe de ser determinado por um proposito deliberado, foi antes consequencia ou accessorio de actos sanccionados por lei.

Para a prescripção das acções de perdas e damnos em virtude da caça, marca o codigo prasos muito curtos. Tambem marca o praso de um mez, artigo 1522.º, para a prescripção da acção de perdas e damnos, e de despezas feitas com a cousa emprestada. O praso para a prescripção d'estas acções deve ser breve, porque a demora difficulta as liquidações.

Art. 391.º O proprietario ou possuidor de predios murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sair e e entrar livremente, póde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo.

Art. 392.º É permittido aos proprietarios e cultivadores destruir, em qualquer tempo, nas suas terras, os animaes bravios que se tornarem prejudiciaes ás suas sementeiras ou plantações.

§ unico. Igual faculdade têem os proprietarios e cultivadores, com relação ás aves domesticas, no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo.

(Vid. nota ao artigo 384.º)

Art. 393.º É absolutamente defezo destruir nos predios alheios os ninhos, ovos ou ninhadas de aves de qualquer especie.

Este preceito é em favor das creações e do augmento da caça. Porém *a contrario sensu* se entende que qualquer póde destruir os ninhos, ovos, ou ninhadas de aves, que encontre nas suas terras, qualquer que seja a especie de aves, ou gallinhas, ou patos, ou perús, etc., o que não parece rasoavel.

A lei não devia permittir n'este caso outro direito, que não fosse o de desviar do seu terreno estes objectos.

Se a creação for de animaes, não permitte o codigo a destruição; mas não fica de certo obrigado o proprietario a tolera-los dentro do seu predio.

Art. 394.º As leis e regulamentos administrativos, alem dos municipaes, designarão o tempo em que a caça, ou certa caça, deve ser prohibida absolutamente, ou por certos modos, bem como as multas que devem ser impostas, quer por contravenção ás ditas leis e regulamentos, quer por violação dos direitos declarados n'este titulo.

(Vid. nota ao artigo 384.º)

SECÇÃO II

DA PESCA

Art. 395.º É permittido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas publicas e communs, salvas as restricções postas pelos regulamentos administrativos.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 396.º Ninguem póde devassar os terrenos marginaes para o exercicio do seu direito de pesca, senão nos casos em que ahi é permittida a caça, nos termos declarados nos artigos 384.º, 385.º, 386.º e 387.º

(Vid. nota ao artigo 384.º)

Art. 397.º O direito de pesca nas aguas particulares pertence exclusivamente aos donos dos predios, onde taes aguas estão ou correm.

Nas aguas communs apenas o leito da corrente é objecto de propriedade particular, artigo 381.º n.º 2.º § 3.º e seguintes, podendo todos os individuos pertencentes á respectiva circumscripção ou corporação, ir ali pescar, ainda que não possuam terrenos marginaes.

Nas aguas particulares porém o direito de pesca pertence só ao proprietario dos respectivos predios, e é absoluto este direito no sentido do proprietario ter o seu goso com a exclusão de todos os outros, mas não no sentido do proprietario poder usar e abusar do direito de pesca.

A pesca, mesmo nas aguas particulares, está sujeita aos regulamentos administrativos. O proprietario, pescando, podia prejudicar o publico pelo genero de redes, e armadilhas de pescar, pelas preparações empregadas no uso da pesca, etc.

Só nos tanques e viveiros, em que o peixe não tem entrada e saída livre, é que o proprietario póde pescar sem embargo dos regulamentos administrativos, e até contra a disposição d'estes, vistoque o publico não póde ser prejudicado com a pesca n'essas aguas.

Art. 398.º A pescaria, emquanto ao modo, tempo e multas correccionaes, será regulada administrativamente no que respeita ás aguas publicas, e, relativamente ás aguas concelhias ou particulares, pelas camaras municipaes.

Art. 399.º A pescaria nos tanques e viveiros particulares, cujo peixe não possa ter entrada e saída livre, não é sujeita aos regulamentos administrativos ou municipaes.

(Vid. nota ao artigo 384.º)

SECÇÃO III

DA OCCUPAÇÃO DOS ANIMAES BRAVIOS QUE JÁ TIVERAM DONO

Art. 400.º É licito a qualquer apropriar-se dos animaes bravios, que, tendo tido dono, voltaram á natural liberdade, sem prejuizo do disposto nos artigos 384.º e seguintes, e das restricções e declarações exaradas na presente secção.

(Vid. nota ao artigo 383.º)

Art. 401.º Os animaes bravios habituados a certa guarida, ordenada por industria do homem, que se passarem para outra guarida de diverso dono, ficarão pertencendo a este, se não podérem individualmente ser reconhecidos, pois, no caso contrario, póde o antigo dono recupera-los, comtantoque o faça sem prejuizo do outro.

§ unico. Provando-se porém que os animaes foram attrahidos, por fraude e artificio do dono da guarida, a que se hajam acolhido, será este obrigado a entregar ao antigo dono os ditos animaes, ou a pagar-lhe em dobro o valor d'elles, se não podér restitui-los; isto sem prejuizo das penas correccionaes que possam ser applicadas.

Diversas são as regras que o codigo estabelece para a occupação dos animaes, segundo se trata de animaes bravios que nunca tiveram dono, objecto da secção I d'este titulo, de animaes bravios que já tiveram dono, objecto d'esta secção, ou de animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados, objecto da secção seguinte.

Os animaes bravios, que têem dono, deixam de pertencer-lhe logoque abandonam a sua guarida, ou, como diz o codigo, artigo 400.º, logoque voltam á liberdade natural.

O animal bravio que, em vez de voltar á sua liberdade primitiva, não perde a natureza de domesticado, e se recolhe a outra guarida, onde seja reconhecido, póde ser recuperado pelo antigo dono, comtantoque este o faça sem prejuizo do novo possuidor. Assim, o proprietario do coelho que fugiu da sua coelheira para a do vizinho, póde ali ir busca-lo, se lhe for possivel distingui-lo, vistoque tinha prevenido o direito de occupação.

A doutrina do nosso codigo é preferivel á da legislação franceza, que só permittia ao antigo dono ir buscar os animaes ao poder do novo possuidor se tivessem sido attrahidos por este por meios artificiosos. A não se dar este caso ficavam pertencendo ao novo possuidor, porque os animaes se consideravam *accessorio* da guarida onde se achavam, preceito aliás contrario aos verdadeiros principios sobre que assenta o direito de occupar.

Se porém desappareceram os vestigios, que eram o *signal* da occupação, e o antigo dono não podér reconhecer o animal, fica pertencendo ao segundo possuidor, a quem a occupação transmittiu o dominio, salvo se este attrahiu o animal por meios artificiosos, porque então ha de restitui-lo, e não podendo effectuar a restituição, ou por já o ter perdido, ou por não poder ser reconhecido, ha de paga-lo em dobro.

Todavia a restituição do animal, ou a restituição do seu valor em dobro, não isenta o possuidor das penas criminaes a que esteja sujeito nos termos da lei.

As penas applicaveis são as de furto, que podem ser *maiores* se porventura o valor do animal exceder 20$000 réis, codigo penal, artigos 29.º e 421.º, ou concorrerem circumstancias que elevem a pena, apesar do valor do animal não exceder aquella quantia.

Portanto a palavra «*correccionaes*» que se lê no codigo, que já vinha no projecto primitivo, e que a commissão revisora conservou, é inconveniente e inexacta n'este logar; nem o pensamento por ella significado póde alterar o que se acha determinado na lei penal commum.

Art. 402.º É licito a qualquer occupar os enxames que primeiro encontrar:

1.º Não sendo perseguidos pelo dono da colmeia, de que houverem enxameado;

2.º Não se achando pousados em predio do dono da mesma colmeia, ou em qualquer edificio, ou dentro de predio em que não seja permittido caçar.

§ unico. Mas se o enxame for perseguido pelo dono da colmeia, será o proprietario do predio obrigado a permittir-lhe que o recolha, ou a pagar-lhe o valor d'elle.

As abelhas são classificadas entre os animaes bravios; mas pela sua reconhecida utilidade faz o codigo a respeito d'ellas declarações especiaes.

A redacção do artigo, que a commissão revisora conservou tal qual vinha no projecto primitivo, é pouco conforme ás regras grammaticaes. Mas o pensamento é que os enxames pertencem ao primeiro occupante.

As abelhas nunca podem ser amansadas nem reduzidas á domesticidade, nem chegam jamais a reconhecer o dono, mas podem ser

occupadas, tomando-se posse d'ellas pela sua entrada no cortiço, de que ficam sendo accessorio.

A prole da colmeia costuma sair toda junta do cortiço onde foi gerada a buscar local onde se abrigue, e chama-se a isto *enxamear*; e até os donos das colmeias costumam ter nas proximidades cortiços devoluto, onde os enxames vão recolher-se.

Garante-se ao dono da colmeia o direito de perseguir o enxame, podendo obrigar o proprietario do predio onde elle pousar a permittir-lhe que o recolha, ou a pagar-lhe o seu valor. O enxame pertence, como accessorio, ao proprietario da colmeia, e, se este o vae perseguindo, preveniu o direito de occupar, em que não póde ser perturbado por terceiro, como não o póde ser o caçador que vae em seguimento do animal que feriu, artigo 388.º

Se o enxame pousa em predio em que é prohibido caçar, póde o dono do enxame obrigar o dono do predio a permittir-lhe que o recolha, ou a pagar-lhe o valor d'elle, assim como o caçador, artigo 389.º, póde obrigar o dono do predio, onde caír o animal morto, a entregar-lh'o, ou a permittir-lhe que o vá buscar.

O dono do predio onde pousa o enxame fica sujeito a uma obrigação alternativa, ou de permittir ao dono da colmeia que o recolha, ou a pagar-lhe o seu valor.

Se porém o enxame pousar, não em predio rustico, mas em edificio, fica com direito a elle, sem obrigação de indemnisação, o dono do edificio? Ou os direitos do proprietario da colmeia são os mesmos, pousando o enxame em edificio, que pousando em predio rustico, onde seja prohibida a caça?

O codigo é omisso n'esta especie, porque distinguindo em o n.º 2.º entre *edificio* e *predio*, no § unico refere-se unicamente ao caso de o enxame ter pousado em *predio*.

No entretanto as regras de analogia levam-nos a crer que o proprietario da colmeia tem direito no caso de o enxame pousar em edificio, como no caso de pousar em predio rustico, a exigir do proprietario que lhe permitta recolhe-lo, ou que lhe pague o seu valor.

Se porém pousa o enxame em predio rustico onde não é vedada a caça, póde ser apprehendido livremente pelo dono da colmeia, ou por qualquer pessoa, não indo este em perseguição d'elle, salvo se o predio é do dono da colmeia, porque então ninguem lá póde ir buscar o enxame, aindaque n'esse predio seja permittida a caça.

Não sendo perseguido o enxame pelo dono da colmeia, qualquer pessoa póde apprehende-lo, salvo pousando em edificio ou em predio em que não seja permittido caçar, porque n'esse caso só o dono do edificio ou predio o póde occupar, salvo sempre o direito do proprietario da colmeia, nos termos que ficam indicados.

Art. 403.º Os animaes ferozes e maleficos, que se evadirem da clausura em que seu dono os tiver, poderão ser destruidos ou occupados livremente por qualquer pessoa que os encontre.

Se um animal feroz, como o leão ou tigre, fugir da jaula em que estiver encerrado, qualquer pessoa póde destrui-lo ou occupa-lo. Esta providencia é dictada no interesse da segurança publica; é tambem castigo da negligencia de quem o deixou fugir, e estimulo para o guardar com mais cuidado.

A provisão do artigo porém deve entender-se para o caso de os animaes, que se evadiram da clausura, andarem soltos e poderem fazer mal, porque se elles forem encontrados *açaimados*, ou em condições de não poderem fazer mal, não ha direito de os destruir nem de os occupar. Cessa a rasão da providencia do artigo.

A commissão revisora com rasão eliminou, talvez como pertencente á legislação administrativa, o artigo com que fechava esta secção o projecto primitivo, que ella ainda conservou nos primeiros trabalhos de revisão, e que estava redigido nos seguintes termos: «O direito que tem qualquer de estabelecer em sua fazenda viveiros e guaridas para animaes bravios, será regulado pelas camaras municipaes, excepto se os ditos animaes não podérem communicar com os predios dos proprietarios ou possuidores circumvizinhos, pois n'esse caso não ficam sujeitos aos regulamentos administrativos».

SECÇÃO IV

DA OCCUPAÇÃO DOS ANIMAES DOMESTICOS ABANDONADOS, PERDIDOS OU EXTRAVIADOS

Art. 404.º Os animaes domesticos, que forem lançados á margem ou abandonados por seu dono, poderão ser occupados livremente pelo primeiro que os encontrar.

(Vid. nota ao artigo 383.º)

Art. 405.º Os animaes perdidos ou extraviados só podem ser occupados nos termos seguintes.

Art. 406.º Se aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, souber cujo é, deverá restitui-lo ou fazer saber a seu dono como é achado, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciado ou residente no mesmo concelho da achada.

Art. 407.º Se o dono não for domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não podér satisfazer ao disposto no artigo antecedente, fará saber á auctoridade administrativa da freguezia no dito praso de tres dias, como o animal é achado, a fim de que o participe a seu dono.

Art. 408.º Se aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, não souber cujo é, deverá, sem demora, apresenta-lo á auctoridade administrativa da parochia onde for encontrado.

§ 1.º A auctoridade administrativa mandará tomar nota da qualidade, signaes, estado e valor apparente do animal, e do logar onde foi achado, e o fará depositar em poder da pessoa que o encontrar, ou de outrem, se aquella se escusar.

§ 2.º Sendo volatil o animal encontrado, fa-lo-ha a dita auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da igreja parochial, ao entrar da missa conventual; e se dentro de quinze dias não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado.

§ 3.º Sendo o animal achado ovelha, cabra, porco ou qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo

de outras, se o valor d'elle não exceder a seis mil réis, observar-se-ha o disposto no § antecedente, com a differença de que o praso assignado será de trinta dias, e se repetirão os pregões de oito em oito dias.

§ 4.º Se o animal achado for de gado grosso, ou quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil réis, observar-se-ha igualmente o disposto nos §§ 1.º e 2.º, com as seguintes modificações:

1.ª Alem dos pregões, fará o achador inserir a noticia da achada do animal na gazeta da respectiva relação;

2.ª O animal achado só ficará pertencendo ao occupante passados tres mezes.

§ 5.º Os prasos assignados contar-se-hão desde o dia dos primeiros pregões.

§ 6.º As diligencias prescriptas serão sempre gratuitas, excepto os pregões, que serão pagos pelo proprietario ou pelo achador, se aquelle se não apresentar em tempo util.

§ 7.º Se a pessoa, em cujo poder o animal for depositado, não tiver meios para o sustentar, ou se elle estiver em risco de padecer deterioração, poderá requerer que elle seja arrematado e depositado o producto.

§ 8.º N'este caso será applicada á quantia em deposito o que fica disposto nos §§ antecedentes.

Art. 409.º O dono do animal perdido ou extraviado será obrigado a pagar as despezas feitas com o animal, salvo o que fica disposto no artigo precedente, se não preferir abandona-lo.

Art. 410.º O achador, que não cumprir com as obrigações que lhe são impostas, será obrigado, alem da responsabilidade civil e penal, a restituir o animal ou o seu valor ao dono, a todo o tempo em que este appareça, sem indemnisação alguma das despezas que haja feito com o dito animal.

(Vid. artigos 414.º a 422.º) A differença entre o *abandono* e a *perda*, para os effeitos juridicos, é completa e cabal.

No primeiro caso ha a certeza de que o dono renunciou aos seus direitos sobre a cousa, e no segundo ha pelo contrario a certeza ou pelo menos a presumpção de que o dono não queria renunciar aos seus direitos.

São portanto muito differentes as regras da occupação nas duas hypotheses.

Na primeira é amplissimo o direito de occupar, na segunda está sujeito ás restricções e condições impostas nos differentes artigos d'esta e das secções seguintes.

O codigo estabelece na mesma secção as regras relativas ao *abandono, perda* ou *extravio* dos animaes domesticos, e trata em secções distinctas a materia da occupação das cousas moveis inanimadas *abandonadas, perdidas* e *escondidas*.

Ainda que ha grande analogia entre a occupação das cousas moveis inanimadas e a occupação dos animaes, estabelece no entretanto o codigo n'algumas especialidades provisões differentes, derivadas da propria natureza das cousas.

As cousas animadas, pela classificação do codigo, são todas semoventes, e por isso o local da achada é quasi sempre diverso d'aquelle em que foi perdida, o que não acontece tão facilmente com a inanimada; com as animadas ha outras despezas a fazer, que não ha com as inanimadas; e finalmente aquellas perecem mais facilmente que estas.

Todas estas circumstancias influem na variedade das disposições que se lêem nos artigos, que conjunctamente vamos analysar.

O codigo, com relação a bens moveis, alarga quanto possivel a propriedade particular, não dando as cousas sem dono ao estado, e declarando-as susceptiveis de occupação. Os animaes domesticos abandonados podem ser occupados, artigo 404.º, como os bravios que não têem dono, artigo 400.º, e como as cousas abandonadas, artigo 411.º Porém os animaes domesticos que estão abandonados ou perdidos, bem como as cousas moveis perdidas, artigo 413.º, não podem ser occupados por aquelle que os encontra, sem o achador fazer primeiro as diligencias precisas para saber quem é o dono, e só não apparecendo este ou preferindo abandonar o animal ou a cousa movel, artigos 409.º e 418.º

Só podem ser occupadas livremente as cousas moveis abandonadas animadas ou inanimadas, quando é clara a intenção do dono de as abandonar, como succede com o dinheiro que se atira ao povo por occasião de algum festejo publico, regosijo domestico, etc.

Porém com relação ás cousas perdidas, como não póde suppor-se que o dono as não queira ter no seu dominio, é obrigatoria a restituição, e só podem tornar-se de quem as achou depois de esgotadas todas as diligencias legaes para se saber quem é o dono, ou de este as ter abandonado.

O illustrado auctor do projecto primitivo, empregando a palavra «*achador*», e a commissão revisora conservando-a, adoptaram uma expressão classica na nossa jurisprudencia, que já se acha usada na ordenação affonsina.

O que encontra na sua guarida animaes bravios não tem obrigação de saber quem é o dono, nem de os entregar sem lhe serem reclamados, podendo ser reconhecidos, salvo o caso de fraude, artigo 401.º

Porém se os animaes são domesticos, como seria muito mais facil tirar ao vizinho esta especie, a obrigação de quem os encontrar é diligenciar saber a quem pertencem. Igual obrigação pesa sobre o achador, se a cousa perdida é inanimada.

No caso de duvida, se o animal foi abandonado ou anda perdido, o que deverá fazer-se, ou qual é a presumpção *juris?* O codigo não o diz. Mas por analogia deve guardar-se o disposto no artigo 421.º com relação ás cousas moveis inanimadas. As disposições das duas secções são analogas. Em caso de duvida devem ser mais favorecidos os direitos do proprietario do que os do achador. A renuncia de direitos não se presume.

Debaixo d'este pensamento prescreve o codigo differentes regras, mais proprias de um codigo de processo ou mesmo de regulamento especial, para se averiguar quem é o dono dos animaes, ou das cousas perdidas. Porém força é confessar que a nossa legislação era totalmente omissa n'este ponto; apenas a portaria de 29 de maio de 1845, que aliás não tem força legal, dava ao inventor o dominio da cousa

achada, fazendo annunciar o achado por meio de editaes, pregões e annuncios nos periodicos.

As diligencias a satisfazer são differentes, segundo o achador sabe ou não quem é o dono, e a residencia d'este, e conforme a especie e o valor do animal ou das cousas.

No caso do achador saber quem é o dono, fica sujeito, a respeito das cousas inanimadas, ou sejam perdidas, artigo 414.º, ou escondidas, artigo 422.º, ás mesmas diligencias que a respeito dos animaes domesticos, ou o dono seja ou não domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada.

As diligencias para se descobrir quem é o dono, com relação aos animaes, estão prescriptas no artigo 408.º, com relação ás cousas inanimadas nos artigos 415.º, 416.º e 419.º, e com relação aos thesouros no artigo 423.º

No caso de ser conhecido o dono ainda é preciso distinguir, conforme elle é ou não residente no concelho da achada. No primeiro caso é o achador quem deve fazer ao dono a restituição ou aviso do achado, e no segundo caso se não podér satisfazer a mesma diligencia deve fazer a participação á auctoridade administrativa da parochia, para esta o participar ao proprietario. Para a restituição ou participação em qualquer dos dois casos concede-se-lhe o praso de tres dias. Já o projecto primitivo estabelecia igual praso, e apenas se distinguia do trabalho da commissão revisora n'esta parte em commetter ao juiz eleito o que esta incumbiu nos artigos 408.º e 415.º ao regedor de parochia, e em commetter ao administrador de concelho o que está commetteu no artigo 407.º ao regedor. Porém com a obrigação imposta ao achador de avisar por si o dono da cousa, sempre que este seja domiciliado ou residente no concelho da achada, ha de aquelle prescindir muitas vezes do direito de achador, por não lhe valer a pena o achado com as despezas a fazer, tendo de avisar o dono, que póde residir n'um extremo do concelho, e demais com a quasi certeza de que o proprietario não renunciará ao seu direito sobre a cousa.

No caso de ignorar-se quem é o dono, varia o processo e as diligencias a fazer para o descobrir, segundo a qualidade do animal e o seu valor, ou da cousa inanimada.

Se o objecto perdido é inanimado marca o codigo tres dias para o achador dar conhecimento do achado á auctoridade administrativa, artigo 415.º; se porém o objecto for animado deve fazer a prevenção *sem demora*, artigo 408.º, mas não se lhe marca precisamente o tempo, ficando depois ao prudente arbitrio do julgador decidir em caso de questão se o achador cumpriu ou não o seu dever.

No caso do objecto achado ser animal, deve o achador dar *logo* conhecimento á auctoridade administrativa, sem poder aproveitar-se do praso de tres dias, porque as despezas com o alimento e com outros cuidados, que deve haver com os animaes, reclamam que quanto antes se trate de descobrir o seu verdadeiro dono.

O codigo, que dispensa o achador de ter em deposito o animal achado, artigo 408.º § 1.º, parece não conceder-lhe o mesmo favor se o objecto é inanimado, visto o silencio do artigo 415.º

No entretanto se ao achador de cousa inanimada não é inteiramente livre, como ao achador de animal, o dispensar-se de a ter em deposito, deve dispensa-lo d'isso a auctoridade administrativa quando elle allegue rasões justificativas de escusa, assim como não deverá escusar o achador de animal, apesar do disposto no § 1.º do artigo 408.º, se o deposito não podér ser commettido convenientemente a outrem.

Mal se explica tambem a rasão por que, devendo a auctoridade administrativa tomar nota do estado e do valor, tanto do animal como da cousa inanimada, artigos 408.º § 1.º e 415.º, o codigo, só para o caso de ser inanimada a cousa perdida, ordena que haja em poder do regedor de parochia um caderno numerado, rubricado e encerrado, em que se copiem as respectivas noticias, declarando-se o dia em que foram affixadas, e pondo-lhes a auctoridade o seu visto e assignatura.

Parece que o caderno devia servir para ambas as cousas, e assim o julgâmos, apesar do silencio do codigo. Não ha rasão para que haja um caderno para uma cousa, e que não haja para a outra, ou que aquelle não sirva para ambas.

O processo para descobrir o dono dos animaes achados é differente, segundo é volatil ou quadrupede o animal, e n'este caso segundo o preço do quadrupede excede ou não o valor de 6$000 réis.

Se o animal é volatil, ha apenas um pregão á missa conventual no primeiro domingo depois que for apresentado o animal á auctoridade administrativa. Não descobrimos rasão plausivel para que n'este caso se não attenda tambem ao valor da ave para determinar as diligencias a fazer para descobrir o dono. Mais logico é o codigo quanto á fórma de processo para descobrir o dono das cousas inanimadas, em que o processo varia segundo o valor da cousa excede ou não a 3$000 réis, artigos 415.º e 416.º

Não póde negar-se que o valor de algumas aves, pelo menos o estimativo, póde exceder 3$000 réis, 6$000 réis e mais.

Outra differença, que o codigo estabelece tambem sem rasão plausivel, é quanto á forma de annunciar o objecto achado. Se o objecto é animal segue-se o systema de fazer pregão ao domingo, ao entrar da missa conventual, artigo 408.º §§ 2.º, 3.º e 4.º; se é inanimado, em vez do pregão affixa-se um edital nas portas da igreja parochial, artigos 415.º e 416.º

Se o objecto achado é animal quadrupede, e de valor excedente a 6$000 réis, ou inanimado, de valor excedente a 3$000 réis, alem de pregão ou edital, ha de fazer-se o annuncio na gazeta da respectiva relação. Este annuncio na gazeta official não devia dispensar a publicação nos jornaes da localidade, onde os houvesse, ou nas folhas noticiosas da respectiva provincia, porque ordinariamente pouca gente lê os periodicos puramente officiaes.

As diligencias para se saber quem é o dono, ou se trate de animaes ou de cousas inanimadas, são gratuitas; paga-se apenas a despeza com os pregões, artigos 408.º n.º 6.º, e 417.º

Parece que o preceito de serem gratuitas as diligencias para descobrir o dono da cousa se refere unicamente ás diligencias officiaes, feitas pela auctoridade publica, a quem se apresenta o achador quando não sabe quem é o dono. Mas as diligencias que faz o achador quando sabe quem é o dono, e este é domiciliado ou residente no concelho da achada, nos termos dos artigos 406.º, 414.º e 422.º, devem ser-lhe pagas pelo dono da cousa, se não preferir abandonar a cousa. O proprietario em caso nenhum é obrigado a pagar despezas superiores ás feitas com os annuncios e conservação da cousa. Se ellas excederem o valor do objecto, *sibi imputet* o achador, e tanto mais que o achador, pelo menos com relação ao animal, tem o meio de livrar-se das despezas usando do direito que lhe confere o § 7.º do artigo 408.º, devendo ampliar-se a disposição d'este paragrapho ao caso de haver justo receio de que o valor do animal não cubra as despezas que com elle se estão fazendo.

Ora o proprietario, assim como é obrigado, pela disposição expressa

dos artigos 409.º e 418.º a pagar as despezas *feitas com* a cousa, se não preferir abandona-la, deve igualmente, e por uma rasão de analogia, pagar as despezas feitas com os avisos que receber, nos termos dos artigos 406.º, 414.º e 422.º

O codigo é mais benevolo para com o achador de animaes do que para com o achador de cousas inanimadas, não só quanto ao praso da occupação, mas tambem quanto ao direito sobre a cousa achada. O achador de animaes fa-los seus o mais tardar, não apparecendo o dono, dentro de tres mezes desde os pregões e annuncios, artigo 408.º n.os 2.º, 3.º e 4.º; e, se os animaes foram vendidos, faz seu o preço dentro do mesmo praso prescripto n'aquelles paragraphos, segundo a especie de animal, de que é producto a quantia em deposito, citado artigo 408.º § 8.º, porque o animal fica desde logo pertencendo ao comprador, ainda que o dono appareça antes de findo o praso ordinario marcado para se verificar a occupação.

O achador de cousas inanimadas em caso nenhum póde have-las, por mais insignificante que seja o seu valor, sem terem decorrido quarenta e cinco dias, e não as faz suas sem passar um anno quando o valor d'ellas excede 12$000 réis, artigo 419.º

O achador dos animaes fica com o valor total do animal, por mais alto que seja o seu preço, ainda que o animal seja, por exemplo, um cavallo avaliado em 600$000 ou 700$000 réis, artigo 408.º § 4.º n.º 2.º, e o achador de cousas inanimadas não tem direito senão ao valor de dois terços na cousa, quando ella exceder o valor de 12$000 réis, artigo 419.º § 4.º

Esta innovação de dar um terço do valor ao conselho de beneficencia pupillar ou á magistratura, que o substituir, não será executada emquanto não for creado esse conselho ou magistratura. Até ahi continuará o achador a fazer seu o valor total da cousa, qualquer que seja o preço d'esta.

Com relação a este ponto ha a notar, em primeiro logar, que é imprescripvel o direito do dono do animal a have-lo, ou o seu valor, do achador que não cumpriu com as obrigações impostas, sendo aliás prescriptivel a responsabilidade civil e criminal, nos termos geraes de direito, a que está sujeito o achador; e em segundo logar que a commissão revisora, conservando no artigo 410.º as palavras «*a todo o tempo*», que vinham no artigo correspondente (artigo 432.º) do projecto primitivo, eliminou no artigo 420.º as mesmas palavras que se liam no artigo correspondente (artigo 445.º) do projecto primitivo em seguida á palavra «*restituir*». Não vemos rasões para estas differenças. No entretanto acham-se reconhecidas no codigo.

A responsabilidade penal, a que se referem os artigos 410.º e 420.º, acha-se regulada no artigo 423.º do codigo penal, que impõe a pena de furto ao que, tendo achado algum objecto pertencente a outrem, deixar fraudulentamente de o entregar a seu dono, ou de praticar as diligencias que a lei prescreve quando se ignora quem é o dono de cousa achada.

Portanto, se o achador deixar de cumprir as obrigações que a lei lhe impõe para descobrir o dono da cousa, ou para lh'a entregar, por negligencia ou por ignorancia, e não por fraude, não fica sujeito ás penas criminaes, comquanto fique sujeito á responsabilidade civil, e a entregar ao dono, sem indemnisação de despeza, *a todo o tempo*, o objecto achado, se é animal.

O achador do animal que não cumpre as obrigações estabelecidas na lei para entregar a cousa a seu dono, não a adquire por prescripção, artigo 410.º, é obrigado a restitui-la *a todo o tempo* que o dono

appareça, ou o seu valor, se o objecto não existir ou estiver deteriorado, ficando alem d'isto sujeito a perdas e damnos e ás penas criminaes que lhe forem applicaveis se não tiver decorrido o tempo necessario para a prescripção, e sem direito a haver as despezas feitas com ella, as quaes aliás lhe seriam abonadas se o achador satisfizesse as diligencias precisas para a cousa voltar ao poder do seu verdadeiro dono.

A apreciação do valor dos animaes ou das cousas inanimadas perdidas não deve ser feita pelo achador nem pela auctoridade administrativa, mas por peritos nomeados por esta.

CAPITULO III

DA OCCUPAÇÃO DAS COUSAS INANIMADAS

SECÇÃO I

DA OCCUPAÇÃO DAS COUSAS MOVEIS ABANDONADAS

Art. 411.º As cousas moveis abandonadas podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa que primeiro as encontre.

(Vid. nota ao artigo 383.º)

Art. 412.º Na occupação ou na entrega das cousas moveis abandonadas em estações de transporte ou viação, ou em alfandegas, ou em quaesquer outras casas fiscaes, observar-se-ha o que estiver determinado nos respectivos regulamentos de caminhos de ferro, correios, malas-postas, alfandegas e outros.

(Vid. artigo 428.º) O projecto primitivo regulava tambem desenvolvidamente, nos artigos 434.º a 437.º, o modo de entregar as cousas moveis abandonadas nas estações de transporte e casas fiscaes. Mas a commissão revisora com rasão supprimiu todas essas disposições, fazendo expressa referencia aos regulamentos de caminhos de ferro, correios e alfandegas, nos quaes se providenceia sobre esta materia.

Tambem não é regulado pelo codigo civil, mas pelas leis administrativas e commerciaes, tudo o que diz respeito a embarcações naufragadas, á sua carga, ou a quaesquer fazendas, ou objectos do dominio particular, que o mar arroja ás praias, ou que se apprehenderem no alto mar, artigo 429.º O codigo com rasão omitte o que deve ser regido por lei especial.

Não ha direito de occupar os salvados dos naufragios, como se entendeu e praticou durante muito tempo, que os bens dos naufragos se reputavam presa do primeiro occupante. O codigo commercial regula este assumpto nos artigos 1584.º a 1609.º, e segundo elle os objectos provenientes do naufragio devem ser arrecadados pelas auctoridades respectivas, annunciados nos jornaes, vendidos em leilão, e, depois de deduzidas as despezas, depositado o preço por conta do dono, se este não apparecer.

SECÇÃO II

DA OCCUPAÇÃO DAS COUSAS MOVEIS PERDIDAS

Art. 413.º As cousas moveis perdidas podem ser occupadas, nos casos e termos declarados nos artigos seguintes.

(Vid. nota ao artigo 383.º)

Art. 414.º Quem achar cousa perdida, sabendo cuja é, conformar-se-ha com o que fica disposto nos artigos 406.º e 407.º

Art. 415.º Quem achar cousa perdida, não sabendo cuja é, deve, no praso de tres dias, dar d'isso conhecimento á auctoridade administrativa da parochia, onde a cousa for achada, declarando a natureza do objecto, o seu valor approximadamente, e o dia e o logar onde a achou, para que a dita auctoridade mande affixar nas portas da igreja parochial a noticia do facto.

§ unico. Haverá em poder da referida auctoridade um caderno numerado, rubricado e encerrado, no qual se copiem as sobreditas noticias, declarando-se o dia em que foram affixadas, e pondo-lhes a auctoridade o seu visto e assignatura.

Art. 416.º Se o valor da cousa exceder a tres mil réis, enviará a auctoridade administrativa parochial, ao mesmo tempo em que se affixar a noticia mencionada no artigo precedente, uma copia á gazeta da relação do respectivo districto, para ser publicada.

Art. 417.º As diligencias mencionadas nos dois artigos precedentes serão expedidas officialmente e gratuitamente.

Art. 418.º O dono da cousa pagará todas as despezas que o achador tiver feito com a sua conservação, se não preferir abandona-la.

Art. 419.º O achador fará sua a cousa achada, nos termos seguintes:

§ 1.º Se a cousa não exceder o valor de tres mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affixação da noticia.

§ 2.º Se a cousa exceder o valor de tres mil réis até seis mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de tres mezes, contados desde a data da publicação na gazeta da respectiva relação.

§ 3.º Se a cousa exceder o valor de seis mil réis até doze mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de meio anno, contado desde a mesma data.

§ 4.º Se a cousa exceder o valor de doze mil réis, só poderá ficar pertencendo ao achador passado um anno, contado desde a mesma data, mas com reserva do valor da terça parte, deduzidas todas as despezas, que será applicado para o conselho de beneficencia pupillar da comarca, onde a cousa for achada, ou da magistratura que o substituir.

Art. 420.º Os que acharem quaesquer objectos perdidos, e não cumprirem com as diligencias de que são encarregados, ficarão obrigados a restituir ao respectivo dono a cousa achada ou o seu valor, sem que se lhes abone qualquer despeza, e sujeitos, alem d'isso, á responsabilidade civil e penal.

Art. 421.º Quando se não souber ao certo se a cousa é perdida ou abandonada, presumir-se-ha perdida.

SECÇÃO III

DA OCCUPAÇÃO DE THESOUROS E COUSAS ESCONDIDAS

Art. 422.º Quem encontrar enterrado ou escondido algum deposito de oiro, prata ou quaesquer outros objectos de algum valor, cujo dono seja conhecido, observará o que fica disposto nos artigos 406.º e 407.º

(Vid. nota ao artigo 405.º)

Art. 423.º Se o que achar o sobredito deposito não souber cujo é, e não se conhecer evidentemente que o dito deposito tem mais de trinta annos de antiguidade, fará annunciar o achado na gazeta da relação do respectivo districto, e se o dono da cousa não apparecer dentro de dois annos, ficará esta sendo propriedade do achador, no todo ou em parte, conforme o que vae declarado no artigo seguinte.

§ unico. Afóra a obrigação estabelecida n'este artigo, terá tambem o achador a de participar á auctoridade administrativa da parochia o achado, dentro do praso de tres dias, contados desde que elle aconteceu. A auctoridade administrativa, a quem o facto for noticiado, fará immediatamente constar aquelle achado por via de editaes e de annuncios em algum periodico, para que qualquer pessoa, que a elle tiver direito, venha recebe-lo dentro de dois annos, sob pena de o perder, na fórma do presente artigo.

Art. 424.º Se o dono da cousa for desconhecido e do proprio deposito se evidenciar que foi feito mais de trinta annos antes, ficará pertencendo inteiramente ao dono do predio onde a cousa foi enterrada ou escondida, se elle pessoalmente a achar; e, achando-a outra pessoa, pertencerão dois terços ao dono do predio, e um terço ao achador.

§ unico. Se o predio, onde o deposito se achou, for emphyteutico ou sub-emphyteutico, o emphyteuta ou sub-emphy-

tenta serão equiparados aos proprietarios com pleno dominio para os effeitos d'este artigo.

(Vid. artigo 2216.º) O codigo toma como synonymos para este effeito, ou pelo menos applica as mesmas regras, ao *thesouro* e ás *cousas escondidas*, e considera como thesouro, não só o oiro ou prata, affeiçoado ou em barra, mas quaesquer outros objectos de algum valor, que se acham enterrados ou escondidos.

Para haver thesouro é essencial que os objectos estejam escondidos, e que se ignore quem é o dono.

O codigo estabelece regras especiaes para a occupação dos thesouros em attenção ao seu consideravel valor, e ao respeito que merecem os direitos do senhor da propriedade, onde o thesouro se encontra, e que se considera uma especie de accessorio do predio.

Se for evidente que o deposito tem mais de trinta annos, julga-se logo perdido o direito a elle para o dono por effeito da prescripção.

Se porém tem menos de trinta annos reputa-se *cousa perdida*, e fazem-se as investigações necessarias para saber quem é o dono, devendo o achador fazer para isso as diligencias precisas, não só por si, mas tambem dando parte á auctoridade administrativa parochial, para esta affixar editaes e pôr annuncios.

O codigo dá ao dono do predio dois terços do thesouro, e ao achador que prestou o relevante serviço de trazer á luz publica uma riqueza desconhecida, um terço apenas, quando o achador devia ser mais favorecido. O favor inesperado da fortuna devia aproveitar mais ao achador, que adquire por direito de occupação, de que ao proprietario, que adquire por accessão.

O dono do predio fica com o thesouro por inteiro, se o achar *pessoalmente*. O projecto primitivo dava o thesouro por inteiro ao dono do predio, que o encontrasse *ou pessoalmente*, ou pelos *operarios* que trabalhassem por sua conta.

Porém a commissão revisora alterou esta doutrina, votando que qualquer pessoa, incluindo o trabalhador, que por acaso achasse o deposito, tivesse um terço, como se lê em a nota ao artigo 440.º do projecto da commissão revisora de 1863.

O projecto primitivo repartia o quinhão pertencente ao dono do predio entre o senhorio directo e o util, nos predios emphyteuticos e sub-emphyteuticos. Porém o codigo com rasão dá por inteiro o quinhão do dono ao senhorio util, que é o verdadeiro proprietario do *predio*, onde o thesouro foi encontrado, e de que é accessorio, poisque o senhorio directo *sobre o predio qua tal* não tem direito senão ao fôro e mais direitos dominicaes, taxativamente marcados nas leis.

O projecto primitivo, quando o thesouro era achado em terreno do estado ou municipal, dava ao estado ou municipio apenas metade; porém o codigo põe no mesmo pé de igualdade a este respeito os donos, ou sejam individuos ou pessoas moraes.

O usufructuario e o arrendatario, em vista da letra do codigo e das alterações que a commissão revisora introduziu no projecto primitivo, não tem direito a parte alguma no thesouro, se não são achadores. Com rasão é excluido d'este beneficio mesmo o usufructuario, que só tem direito aos fructos do predio, porque o thesouro não se considera fructo, mas accessorio do predio. Se o usufructuario for o descobridor tem um terço como outro qualquer.

Verdade seja que das notas ao referido artigo 440.º do projecto da commissão revisora de 1863, consta que a commissão votára que o usufructuario e o arrendatario tivessem a metade, quando fossem os achadores.

Porém na edição de 1864 não se consignou similhante idéa, antes os artigos 430.º e 431.º apparecem com a mesma redacção, que têem os artigos 423.º e 424.º do codigo, e o artigo 2216.º do codigo, aliás escusado em presença dos artigos 423.º e 424.º, determina muito positivamente que o thesouro descoberto pelo usufructuario no predio usufruido está sujeito ás mesmas regras, como se fosse descoberto em terreno alheio.

Art. 425.º A ninguem é permittido procurar thesouros em predio particular alheio, sem permissão de seu dono: o contraventor perderá, em proveito do proprietario, tudo o que achar, e responderá por perdas e damnos.

Art. 426.º A ninguem é permittido procurar thesouros em predios municipaes ou do estado, por maneira tal que os possa deteriorar, sem licença da municipalidade ou da repartição publica respectiva, debaixo da comminação do artigo precedente.

Art. 427.º Aquelle que se apropriar de thesouro ou cousa escondida, em prejuizo dos direitos de terceiro, declarados nos artigos precedentes, perderá a parte que aliás lhe pertenceria, a qual será applicada em proveito dos estabelecimentos de beneficencia pupillar da comarca, onde o thesouro tiver sido achado.

Outra condição para se adquirir pela occupação o thesouro em terreno alheio, é que o achado seja casual, ou que sendo premeditado, haja licença do dono, salvo com relação a predios municipaes ou do estado, que só é precisa a licença se for necessario *deteriora-los* para procurar o thesouro.

O contraventor perde tudo em proveito do proprietario, ficando alem d'isso obrigado a indemnisa-lo dos prejuizos que lhe causar no predio.

Se porém a contravenção não consistir em ir o achador procurar o thesouro sem licença do dono, mas sim em se apropriar d'elle com prejuizo dos direitos de terceiro, o quinhão do achador não irá para o dono do predio, mas para o estabelecimento de beneficencia pupillar da comarca. Porém emquanto se não crearem estes estabelecimentos pertencerá ao dono do predio a parte que este artigo lhes destina.

SECÇÃO IV

DA OCCUPAÇÃO DAS EMBARCAÇÕES E DE OUTROS OBJECTOS NAUFRAGADOS

Art. 428.º Tudo o que diz respeito a embarcações naufragadas, á sua carga, ou a quaesquer fazendas ou objectos do dominio particular, que o mar arroje ás praias, ou que se apprehenderem no alto mar, será regulado pelas disposições do codigo commercial e das leis administrativas.

(Vid. nota ao artigo 412.º)

CAPITULO IV

DA OCCUPAÇÃO DOS OBJECTOS E PRODUCTOS NATURAES COMMUNS OU NÃO APROPRIADOS

SECÇÃO I

DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 429.º A occupação de substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas publicas ou nas communs, que vierem arroladas ás margens ou ás praias, regular-se-ha pelo que, nos artigos 468.º e 469.º, vae determinado ácerca das substancias vegetaes aquaticas.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 430.º É licito a todos occupar quaesquer objectos ou productos naturaes, que não forem propriedade exclusiva de outrem, salvas as declarações e restricções inscridas no presente codigo.

(Vid. nota ao artigo 383.º)

SECÇÃO II

DAS AGUAS

SUB-SECÇÃO I

DAS AGUAS PUBLICAS, E PARTICULARMENTE DAS AGUAS NAVEGAVEIS E FLUCTUAVEIS

Art. 431.º É permittido a todos usar de quaesquer aguas publicas, conformando-se com os regulamentos administrativos.

§ 1.º Se as ditas aguas forem navegaveis ou fluctuaveis, este uso deve ser exercido sem prejuizo dos interesses da navegação ou fluctuação.

§ 2.º Os conflictos, que se levantarem entre os interesses geraes da navegação ou fluctuação, e os interesses da agricultura ou da industria, serão resolvidos administrativamente.

Art. 432.º Se o uso, que se pretender fazer das aguas publicas, navegaveis ou fluctuaveis, depender de obra ou construcção permanente, não poderá esta ser feita sem previa licença da auctoridade administrativa competente.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 433.º Quando, para se tornar effectivo o direito de occupação, for necessario fazer obras permanentes, se o uso d'estas vier a ser depois abandonado por mais de cinco annos,

prescreverá tal direito em beneficio de quem fizer obras analogas, incompativeis com aquellas.

Para evitar que alguem fizesse obras permanentes, e que depois as abandonasse, não se aproveitando das aguas, nem deixando aproveitar os outros, perde o dono das obras, se as abandonar por cinco annos, o direito de reclamar ou de exercer qualquer direito em prejuizo de quem fizer obras analogas ou não analogas, mas incompativeis com aquellas.

A commissão revisora substituiu a palavra «*similhantes*», que vinha no artigo correspondente (458.º) do projecto primitivo, pela palavra «*analogas*» que se lê no artigo do codigo.

A substituição foi para peior. No entretanto nem um nem o outro vocabulo exprime fielmente o pensamento do legislador.

O codigo quer dizer que, se alguem fizer obras permanentes para se aproveitar das aguas publicas, e depois deixar de servir-se d'essas obras durante cinco annos, póde qualquer outra pessoa fazer obras *para o mesmo fim* incompativeis com as anteriores, sem que o dono d'estas possa allegar o seu direito da prioridade na occupação, que perdeu pelo não uso durante cinco annos, em proveito de quem queira fazer trabalhos para se utilisar das mesmas aguas.

A ninguem se permitte a occupação de aguas publicas senão para *usar* d'ellas. Desde que as não aproveita prescreve o seu direito em favor de outro membro da sociedade, que queira aproveita-las.

A unica cousa que legitima a occupação das aguas publicas é a necessidade de usar d'ellas; desde que deixa de ser effectivo o aproveitamento das aguas, cessou a rasão da occupação.

A prescripção porém só tem logar, verificando-se conjunctamente os dois factos, de abandono por cinco annos, e da construcção de novas obras, incompativeis com as abandonadas. O que o codigo dispõe com relação ao *abandono* das obras, deve applicar-se por analogia ao caso de se terem demolido as obras, e de não serem reconstruidas.

SUB-SECÇÃO II

DAS CORRENTES DE AGUAS NÃO NAVEGAVEIS NEM FLUCTUAVEIS

Art. 434.º Os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, têem o direito de usar d'ellas em proveito dos mesmos predios, comtantoque do refluxo das ditas aguas não resulte prejuizo aos predios que ficam superiormente situados, e que inferiormente se não altere o ponto de saída das aguas remanescentes.

§ unico. Entende-se por ponto de saída, aquelle onde uma das margens do alveo deixa primeiramente de pertencer ao predio.

Art. 435.º O dono do predio, atravessado pela corrente, tem o direito de alterar ou mudar o leito ou alveo d'ella, sob as mesmas condições estabelecidas no artigo antecedente para o uso das aguas.

Art. 436.º Quando as correntes passarem entre dois ou

mais predios, o uso das aguas será regulado pelo modo seguinte:

§ 1.º Se a agua for sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos predios adjacentes á corrente, de um e de outro lado, poderá usar da porção d'ella que lhe convier.

§ 2.º Se a agua não for sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos predios fronteiros terá o direito de usar de uma parte das aguas proporcional á extensão e precisões do seu predio.

§ 3.º Cada um dos donos ou possuidores dos predios, de que trata o § antecedente, poderá derivar a porção de agua que lhe couber, em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro, com o pretexto de a derivar superiormente, haja de priva-lo d'essa porção, no todo ou em parte.

§ 4.º Á saida das aguas remanescentes, se as houver, é applicavel o que fica disposto no artigo 434.º

(Vid. notas aos artigos 381.º e 437.º)

Art. 437.º Os donos ou possuidores dos predios adjacentes ou atravessados pelas correntes, quando ajuntarem aos ditos predios outros, que não tivessem o mesmo direito, não poderão empregar n'estes as sobreditas aguas em prejuizo do direito que sobre ellas tiverem os seus vizinhos.

Duas hypotheses muito distinctas resolve o codigo quanto ao uso das correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis, segundo ellas atravessam o predio particular, entrando por uma das extremas e saindo pela outra, ou apenas banham um dos lados da propriedade, ou mesmo tocam só n'um ponto d'esse lado.

Os direitos do dono do predio banhado pelas aguas são mais ou menos amplos, segundo os predios são atravessados ou apenas adjacentes ás correntes.

O dono do predio atravessado pela corrente tem um direito absoluto ao uso das aguas e ao leito, podendo usar d'elles á sua vontade, e alterar e mudar o leito, artigos 434.º e 435.º, sem que tenha a dar partilha n'essas aguas a vizinho algum, e apenas com duas restricções, que tendem a salvaguardar os direitos de terceiro.

Essas duas restricções consistem em não prejudicar o predio *superior* por meio do refluxo das aguas, como alteando-as por meio de açude ou de repreza, nem o predio *inferior*, alterando o ponto de saida, que possa ir causar prejuizo ao predio vizinho.

Nos predios, que não são atravessados pelas aguas, mas adjacentes ás correntes, tambem os proprietarios marginaes são obrigados, não só a não alterar a saida das aguas, como expressamente determina o § 4.º do artigo 436.º, mas tambem a não causar prejuizo aos predios superiores por meio do refluxo das aguas, sem embargo do silencio do codigo a este respeito.

Se os predios marginaes augmentarem de extensão pela adjunção de novos terrenos, que não tinham direito ás aguas, não podem os donos empregar n'estes as sobreditas aguas em prejuizo do direito dos vizinhos, que já preveniram o direito de occupar.

Ainda que esteja primeiro o predio superior, attenta a sua posição natural, não póde prejudicar a posse dos predios inferiores marginaes.

A posição e as *necessidades* do predio são as circumstancias que determinam n'este caso o aproveitamento das aguas.

Assim o dono do predio superior não póde prevalecer-se da posição do seu terreno, para tirar mais acima agua excedente ás precisões do seu predio, com detrimento do predio inferior.

Podem augmentar as precisões do predio, sem augmentar a *extensão*, como por mudança de cultura, e n'este caso tem o dono do predio direito a maior porção de agua na proporção das necessidades da nova cultura.

Porém se a necessidade da agua provier, não da mudança de cultura, mas de augmento ou adjuncção de novos predios, não póde empregar-se n'estes com prejuizo do direito dos vizinhos.

Se o dono do predio marginal, em vez de o augmentar com novas acquisições, augmentar a extensão da cultura, arroteando e explorando terrenos, que estavam incultos e desaproveitados, póde para ahi destinar as aguas, porque o augmento na cultura não equivale á acquisição de novos predios.

O unico caso em que o dono do predio adjacente não póde aproveitar-se da agua para o seu predio, é quando fizer novas acquisições de terrenos, que não podem utilisar-se da agua, em prejuizo dos donos dos predios vizinhos.

A lei manda attender, para a partilha da agua, á extensão e precisões do terreno, devendo o quinhão diminuir, quando diminuir a extensão ou precisões do terreno, e augmentar, quando augmentarem as precisões por outra qualquer circumstancia, que não seja a *adjuncção* de novos predios.

Se na mesma extensão de terreno se fizeram novas culturas e arroteamentos ou explorações, ha de augmentar o quinhão das aguas proporcionalmente, vistoque o augmento das precisões proveiu de circumstancia inteiramente estranha á adjuncção de novos predios.

A disposição do artigo 436.º nas palavras «*proporcional á extensão e precisões do seu predio*» prova que o dono do predio fronteiro não póde derivar a agua, com prejuizo dos direitos de outrem, para fins industriaes, mas sim unicamente para applicações agricolas.

Salvo o disposto no artigo 438.º não é a posse e preoccupação das aguas, mas a circumstancia de ser fronteiro o predio, qualquer que seja a residencia do proprietario, que dá direito ás aguas.

A disposição do artigo 460.º é applicavel não aos predios fronteiros á corrente principal, mas aos predios adjacentes á levada ou aqueducto.

O codigo civil deixou de dar á posse e preoccupação das aguas os effeitos juridicos que aquelles factos produziam nos termos da lei antiga.

O predio não se considera marginal á corrente, quando não confina immediatamente com ella, por se interpor, *v. g.*, um caminho publico; e o codigo refere-se unicamente aos predios *adjacentes* ou *atravessados* pelas correntes.

O dono do predio inferior que tem difficuldades em tirar agua da corrente pela altura, por exemplo, das suas ribanceiras, não tem por isso direito a aproveitar-se da agua tirada pelo dono do predio superior, que bem póde encaminha-la de novo para a corrente á saida do seu predio, sem ser obrigado a dirigi-la para o predio do vizinho.

O dono do predio inferior não tem direito a aproveitar-se das obras de arte do dono do predio superior, contra vontade d'este, porque isso

seria constituir servidão, a qual não póde ser estabelecida, senão pela lei, ou pela vontade dos pactuantes ou do testador.

Se a corrente viesse naturalmente, não podia o dono desvia-la do predio inferior, mas as aguas que elle tirar por meio de obras no seu predio, não é obrigado a dar-lhes direcção á vontade do dono do predio inferior.

Art. 438.º O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos, ao tempo da promulgação d'este codigo, sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescripção.

§ unico. A prescripção porém só será attendida para os effeitos d'este artigo, quando recáia sobre opposição não seguida, ou sobre a construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

Art. 439.º O direito porém que têem os proprietarios ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, será de futuro imprescriptivel, e só poderá ser alienado por escriptura ou auto publico.

(Vid. § unico dos artigos 444.º e 453.º) O direito dos proprietarios marginaes ao uso das aguas é imprescriptivel, porque deriva da natureza. Aindaque o proprietario marginal durante seculos deixasse de usar do seu direito, de que elle tem a faculdade de usar ou não usar, esta omissão nunca poderia importar prescripção.

O proprietario só póde privar-se d'esse direito em virtude de renuncia expressa, e contrahida por meio de escriptura ou auto publico, por mais insignificante que seja o seu valor, a fim de que a intervenção de official publico exclua quanto possivel qualquer precipitação ou fraude na renuncia, artigo 439.º

Porém o codigo, declarando imprescriptivel este direito, respeita os direitos adquiridos por titulos legitimos, como lei, uso, costume, concessão expressa, sentença ou prescripção.

O codigo, estabelecendo as verdadeiras doutrinas com relação ao futuro, guardou todavia algum respeito quanto ao passado, mantendo, alem da lei e da sentença, os usos e costumes, e a concessão expressa dos proprietarios marginaes, ou de quem direito tivesse sobre as aguas, e até a prescripção.

O codigo reconhecendo, como titulo justo, o *uso e costume*, refere-se de certo aos usos e costumes que estão nas condições da ordenação, livro 3.º, titulo 64.º, e lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º, isto é, aos usos e costumes que são conformes á boa rasão, não contrarios á lei escripta, e que excedem já o tempo de cem annos.

Assim os costumes, relativos ao uso das aguas, ficaram exceptuados da derogação geral, prescripta no artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867.

Porém a prescripção só a reconhece o codigo em condições muito restrictas e de difficil verificação.

Só póde aproveitar o beneficio da prescripção, quando o dono do predio usa das aguas pelo tempo preciso para prescrever, e allega opposição de terceiro, que este não seguiu e de que desistiu, ou construcção de obras no predio superior para facilitar a quéda e a corrente da agua no seu predio.

O simples escoamento das aguas do predio superior para o inferior não dá direito algum ao dono d'este de reclamar contra aquelle, quando se resolva a aproveita-las no seu predio, não as deixando continuar a correr para o outro. O uso no seu predio, por onde ellas corriam, era uma faculdade de que elle podia aproveitar-se ou não, e que se não prejudicava pelo não uso.

Mas se o dono do predio inferior fez obras no predio superior sem opposição do dono d'este, presume-se que as fez por accordo particular, ou *jure servitutis*, e póde allegar este facto para se aproveitar da prescripção.

O codigo com rasão exige que as obras sejam construidas no predio superior, porque só n'este caso se póde presumir o consentimento do dono do predio, que elle cedeu o seu direito, presumpção que não existe, quando as obras são feitas no proprio predio do que pretende valer-se da prescripção, ás quaes o dono do predio superior não podia oppor-se, não devendo por isso inferir-se do seu silencio abandono do seu direito.

Mas a prescripção ainda com todos estes rigores, só é admissivel quanto ao preterito.

Em sessão da commissão revisora de 2 de novembro de 1864 propunha o sr. Gil a admissão da posse, fundada em obras apparentes, que equivalem a um titulo, e presumem sempre escriptura; mas não foi approvada a proposta.

O codigo, declarando applicaveis ás aguas das fontes e nascentes, § unico do artigo 444.º, o disposto nos artigos 438.º e 439.º, declara applicaveis ás aguas pluviaes, artigo 453.º § unico, o prescripto no artigo 438.º, sem referencia alguma ao artigo 439.º, e n'esta parte a commissão revisora adoptou taes quaes as disposições do projecto primitivo.

Seria o pensamento do legislador declarar imprescriptivel de futuro o direito ás aguas, que atravessam ou banham os predios, e ás aguas das fontes e nascentes, e declarar pelo contrario prescriptivel o direito ás aguas pluviaes?

É o que se infere da comparação do artigo 439.º com o § unico dos artigos 444.º e 453.º

Conseguintemente os direitos ás aguas pluviaes, ou fossem adquiridas antes ou depois da promulgação do codigo são prescriptiveis; mas a prescripção só póde verificar-se dentro das condições determinadas no § unico do artigo 438.º

Art. 440.º Os proprietarios marginaes de quaesquer correntes de aguas não podem impedir os seus vizinhos de aproveitar a necessaria para os seus gastos domesticos, comtanto que sejam indemnisados do prejuizo que padecerem com o transito pelos seus predios.

§ 1.º Esta servidão só se dará verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver agua de outra parte, sem grande incommodo ou difficuldade.

§ 2.º As questões que a este respeito se levantarem, excepto no tocante a indemnisações, serão resolvidas administrativamente.

§ 3.º O direito do uso de aguas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logoque, pela construcção de algu-

ma fonte publica, as pessoas, a quem elle é concedido, possam haver sem grande difficuldade ou incommodo a agua de que carecerem.

(Vid. artigos 447.º, 448.º e 2313.º) O codigo parte do principio de que a todos é permittido aproveitarem-se das aguas correntes de uso commum; e por isso nas correntes particulares já não dá o direito de pesca senão aos donos dos predios marginaes, artigo 397.º Porém o aproveitamento da agua para usos domesticos permitte-o a todos os que não podérem have-la de outra parte sem grande incommodo ou difficuldade, visto ser uma das primeiras necessidades da alimentação e da vida, obrigando os donos dos predios marginaes a uma servidão, que cessa, logoque cesse a causa que a determinou; e isto ou as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, sejam ou não de uso commum.

O codigo tem tal consideração pela necessidade a mais imperiosa a que as aguas satisfazem, que é a conservação da existencia do homem, que obriga os proprios donos de fontes e nascentes a prestarem as aguas indispensaveis para os gastos domesticos de qualquer casal ou povoação, artigos 447.º e 448.º

Para se abastecerem das aguas *correntes* não precisam de allegar rasão alguma, senão para obterem a *servidão de transito* pelos predios marginaes. Para obterem a agua das fontes é que precisam de allegar titulo justo nos termos do artigo 444.º

Ás aguas necessarias pois para gastos domesticos todos têem direito, salvo se essas aguas sejam particulares, ou nascem em predio alheio.

Com rasão o codigo determina, artigo 448.º § unico, que a indemnisação do proprietario n'este caso seja regulada pelo prejuizo que elle soffre, e não pelo lucro que tira a povoação. A povoação póde lucrar, como mil, pelo uso da agua, e o proprietario soffrer prejuizo como um, pela falta de uso d'aquella, de que fica privado; e a regra geral em materia de indemnisações é attender ao prejuizo que um soffre, e não ao lucro que o outro possa tirar.

É de notar que a obrigação imposta ao proprietario da fonte, de não mudar o curso da agua, quando d'ella se abastece alguma povoação, é igualmente applicavel aos donos das propriedades intermedias, que as aguas atravessam, porque não póde admittir-se que o proprietario marginal, cujo direito sobre as aguas é menos amplo que o do proprietario onde a fonte nasce, seja isento de obrigações a que este é sujeito no interesse de uma povoação. Esta doutrina resulta ainda do disposto no artigo 434.º

Aqui ha uma especie de expropriação em utilidade particular, mas determinada por um grande principio de utilidade publica, que permitte o uso de um elemento fornecido pela natureza como indispensavel á vida, ainda com sacrificio da propriedade alheia, quando de outro modo não póde occorrer-se a uma necessidade impreterivel da vida.

Para tornar-se effectiva a servidão de transito sobre o predio marginal ha duas questões a resolver: 1.ª, a necessidade da agua para usos domesticos de qualquer vizinho, que não possa have-la de outra parte; 2.ª, avaliação do prejuizo que soffre o proprietario marginal com a servidão de transito.

Compete á *administração* o decidir se o individuo que pretende a agua, não póde realmente ir busca-la a outra parte sem grande incommodo ou difficuldade, e sem ter assim a necessidade da servidão; e ao *poder judicial* o resolver sobre o preço a pagar pela constituição da servidão. Tudo isto e para a hypothese de não virem a accordo amigavel o que pretende a agua e o dono do predio marginal.

Já pela nossa legislação administrativa competia ao conselho de districto, codigo administrativo, artigo 280.º n.º 9.º, conhecer das reclamações e recursos sobre questões de distribuição de aguas. Hoje os vizinhos que pretenderem a servidão devem requerer á camara municipal, para esta constituir ou não a servidão, podendo quaesquer interessados recorrer da decisão da camara para o conselho de districto.

A questão das indemnisações é da competencia das justiças ordinarias, tanto por direito moderno como por direito antigo, visto referir-se a bens de raiz e ser questão de direitos privados.

Assim como é o poder administrativo quem conhece da *necessidade* da servidão, é o poder administrativo quem conhece dos motivos que determinam a sua cessação.

Se o dono da servidão adquirir um terreno marginal, por onde possa tirar a agua sem fazer transito pelo predio do vizinho, é á camara municipal que ha de requerer a cessação da servidão o dono do predio onerado com ella.

O direito de propriedade é inviolavel e sagrado. Se circumstancias excepcionaes determinaram restricções n'esse direito, logoque elles cessem, deve ser restituido a toda a sua plenitude.

E cessando a servidão de transito para ir buscar a agua deverá o dono do predio serviente restituir ao vizinho a indemnisação recebida como na hypothese do artigo 2313.º?

Decidimo-nos pela affirmativa porque as circumstancias são as mesmas, colhendo por isso o argumento de analogia. O dono do predio serviente restitue a indemnisação recebida sem juros alguns, porque o *goso* do dinheiro era a indemnisação do prejuizo causado pelo *transito*.

Porém as questões que se levantaram com relação ás aguas, de que se trata nos artigos 447.º e 448.º, ou versem sobre o uso das aguas ou sobre o valor da indemnisação, são todas julgadas pelo poder judicial.

Art. 441.º Os que têem direito a servir-se de quaesquer aguas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de fórma que as tornem insalubres, inuteis ou prejudiciaes áquelles que igualmente têem direito ao seu uso.

Art. 442.º Os donos ou possuidores dos predios, atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes, são obrigados a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso, quando tiverem origem nos seus predios, de fórma que d'esses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, n'estes dois ultimos casos, por causa da sua licita applicação.

§ unico. Quando o obstaculo ao livre curso das aguas não tiver origem em certo predio marginal ou em facto do dono d'elle, o modo da sua remoção será regulado pela legislação administrativa.

Art. 443.º Faltando os proprietarios, com prejuizo de terceiro, ás obrigações que lhes são impostas nos dois artigos precedentes, os trabalhos, tanto de salubridade como de conservação, serão executados á sua custa, e elles responderão tambem por perdas e damnos, alem das multas que lhes forem comminadas nas posturas municipaes.

Como os proprietarios marginaes só têem o *uso* das aguas, não podem alterar as que sobejam, de modo que estas se tornem inuteis ou prejudiciaes aos que podem aproveita-las, artigo 441.º, sob pena de ficarem sujeitos ao disposto no artigo 443.º, porque similhante alteração nas aguas seria em prejuizo do publico ou dos vizinhos.

Pela mesma rasão não podem os donos das propriedades dar ás aguas dentro dos seus predios direcção por meio de obras ou trabalhos, que vá causar prejuizo aos vizinhos, ou por meio do refluxo e estagnação das aguas, ou pelo seu retardamento e perda, artigo 442.º Pelo contrario o dono da propriedade marginal é obrigado a remover todos os obstaculos ao livre curso das aguas, que tiverem origem no seu predio, como a levantar paredões, a cortar arvores e raizes que embaracem o livre curso da agua, etc.

O proprietario só não é responsavel pelo *retardamento e perda* da agua, quando estes factos são consequencia da applicação que a agua tem, como de ser derivada para fazer trabalhar um engenho, *retardando-se* n'este transito emquanto não volta á corrente, ou de ser aproveitada a *perdida* na irrigação dos predios.

Se os obstaculos não tiverem origem no predio ou em facto do dono d'elle; se forem, por exemplo, consequencia de uma alluvião, serão removidos segundo o disposto na legislação administrativa.

O pensamento fundamental de todas estas disposições é conceder as maiores vantagens aos donos dos predios marginaes, de modo que se utilisem quanto possivel do uso das aguas, mas sem prejuizo dos vizinhos ou do publico.

Ainda que pelas leis se considera o alveo dos rios não navegaveis nem fluctuaveis, como propriedade dos donos dos predios confinantes, nenhum d'elles póde fazer na parte respectiva obra alguma, nem dique, por exemplo, que estreite o alveo ou torne menos rapida a corrente, porque esta propriedade acha-se sempre gravada com a serventia natural, que se deriva da situação dos logares, e que ninguem póde tornar mais onerosa aos vizinhos.

O codigo aos possuidores dos predios banhados pelas correntes, e aos que têem direito de usar das aguas, verdadeiramente só lhes impõe obrigações *negativas*. Elles devem *abster-se* de alterar ou corromper as aguas, que não consomem, e *abster-se* de praticar factos, que vão embaraçar o livre curso das aguas, como de lançar arvores e terra no leito da corrente, etc.

Só são obrigados a factos *positivos*, como são remover os obstaculos que se oppõem ao livre curso das aguas, quando esses obstaculos tiverem origem nos seus predios, porque a obrigação n'este caso é consequencia e derivação do dever, que pesa sobre todo o proprietario, de remover do seu predio todos os obstaculos que vão prejudicar direitos de terceiro.

A commissão revisora pois fez uma redacção muito mais juridica, substituindo as palavras «*a conservar livre e desembaraçado o curso das ditas aguas, cada um nas suas testadas*» que se liam no artigo correspondente (466.º) do projecto primitivo, pelas seguintes, que se lêem no artigo 442.º do codigo «*a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso, quando tiverem origem nos seus predios*».

A redacção feita pela commissão revisora mostra que as obrigações meramente naturaes não podem ter caracter positivo, e que hão de consistir *in non faciendo*, e exime os proprietarios marginaes de responsabilidade pelos obstaculos, que impedirem o livre curso das aguas, quando esses obstaculos não tiverem origem em facto seu ou nos seus predios.

Quem transgredir as obrigações que lhe são impostas nos artigos 441.º e 442.º, fica sujeito: 1.º, a pagar as despezas feitas para tornar salubres as aguas que corrompeu, e para conservar desembaraçado o curso das aguas, a que elle tinha posto obstaculos; 2.º, a indemnisar o publico e os vizinhos de quaesquer prejuizos que soffressem, ou com a insalubridade das aguas, ou com os estorvos postos ao seu livre curso; 3.º, ás multas que nas posturas das camaras municipaes, a quem incumbe regular o uso d'estas aguas, forem impostas pela transgressão das disposições dos respectivos regulamentos.

SUB-SECÇÃO III

DAS FONTES E NASCENTES

Art. 444.º O dono do predio, onde houver alguma fonte ou nascente de agua, póde servir-se d'ella e dispor do seu uso livremente, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso por titulo justo.

§ unico. São applicaveis ás aguas, de que trata este artigo, as disposições dos artigos 438.º e 439.º

Art. 445.º Se as sobreditas aguas forem medicinaes poderá ser o seu uso regulado administrativamente, conforme o exigir o interesse publico, comtantoque o proprietario seja indemnisado do prejuizo que por isso padecer.

Expostas as regras quanto ao uso das aguas correntes sobre a superficie da terra, occupâmo-nos agora das aguas subterraneas, e que nascem em predios particulares.

Ainda que na linguagem ordinaria e no uso commum as palavras *fonte* e *nascente* não signifiquem exactamente o mesmo pensamento, porque a *fonte* presuppõe algum trabalho para o aproveitamento das aguas, e nas *nascentes* a agua brota naturalmente do solo, o codigo não distingue entre nascentes e fontes, estabelecendo regras communs a ambas.

O codigo n'esta materia distingue apenas as nascentes e fontes segundo as aguas da fonte ou nascente nascem naturalmente nos predios, artigo 444.º, ou foram descobertas por industria e trabalho do proprietario, artigo 446.º, e segundo as aguas provenientes d'essas nascentes ou fontes são ou não medicinaes, artigo 445.º

O dono do predio, onde ha a fonte ou nascente, serve-se da agua e dispõe d'ella livremente, como consequencia do principio de que ao proprietario pertence o solo com toda a sua profundidade e o espaço aereo correspondente, artigo 2288.º Porém desde que a fonte ou nascente se transformou em agua *corrente*, já não pertence em *proprie-*

dade a ninguem, sendo apenas permittido o *uso* aos proprietarios marginaes, com a condição de a tornarem a levar ao seu curso ordinario.

O direito de livre disposição das aguas da nascente ou fonte não têem outra restricção senão o direito adquirido por titulo *justo*, isto é, por algum dos titulos especificados no artigo 438.º, como em caso de partilha a adjudicação das aguas nascidas no quinhão de um coherdeiro, para a rega dos quinhões de todos os coherdeiros, a prescripção baseada em construcção de obras, ou em opposição não seguida, etc. De futuro é imprescriptivel o direito que tiverem nas fontes e nascentes os donos dos predios onde ellas se encontram, o qual não póde ser alienado senão por escriptura ou auto publico.

O dono do predio podia ter alienado antes da promulgação do codigo toda ou parte da agua nascida no seu predio, por algum dos meios prescriptos no artigo 438.º; mas de futuro só será valida similhante alienação sendo feita pelos modos taxativamente expressos no artigo 439.º

Se a não tiver alienado ninguem tem direito a pedir-lhe os sobejos, nem a pôr restricções ao seu direito, salva a hypothese especial prevista no artigo 447.º O proprietario do predio é proprietario da agua, como accessorio, podendo aproveita-la em utilidade da agricultura ou da industria, ou para mero prazer, como lhe aprouver.

Portanto, ainda que o dono do predio inferior esteja gosando ha muitos annos dos sobejos das aguas provenientes da fonte ou nascente, não póde impedir que o dono do predio as aliene, nem invocar direito algum sobre as aguas, se o não adquiriu por algum dos titulos mencionados nos artigos 438.º e 439.º

O dono das aguas só não póde mudar o seu curso costumado quando d'ellas se abastecerem para os seus usos domesticos os habitantes de algum casal ou povoação, e esses mesmos têem que indemnisar o proprietario do uso das aguas, se não houverem adquirido o seu direito por titulo *justo*, isto é, por algum dos titulos mencionados nos artigos 438.º e 439.º

Ora se uma *povoação* ou um *casal* não têem direito a oppor-se á mudança do curso das aguas senão quando d'ellas se abastece para usos domesticos, e pagando ao proprietario a indemnisação correspondente, claro está que um *individuo*, o dono do predio vizinho, por exemplo, não póde oppor-se á mudança da corrente, ainda que estivesse na posse de aproveitar as aguas, ou para gastos domesticos, ou para mover qualquer estabelecimento industrial, etc.

Segue-se pois do exposto que a agua que nasce n'um predio particular, ou por elle passa, se reputa parte e accessorio d'elle: que o fluxo natural das aguas para os predios inferiores, ainda que por mil annos, não confere posse aos donos dos mesmos predios, e conseguintemente que os donos dos predios superiores pódem a todo o tempo livremente divertir as aguas que por elles passam, ou n'elles nascem, ainda que prejudiquem os donos dos predios inferiores, salvo tendo estes adquirido direito ao uso d'elles por algum dos titulos especificados no artigo 438.º

Este era já tambem o nosso antigo direito, como se mostra da resolução de 17 de agosto de 1775, que diz assim: «Hei por bem declarar que o dominio e posse das aguas, de que se trata, sendo estas, como são, particulares, pertencentes aos donos das quintas onde têem seus nascimentos, o decurso natural d'ellas pelo ribeiro por onde deságuam não póde servir de argumento juridico a favor dos predios inferiores sem que os donos d'estes tivessem um titulo claro de compra feita aos primeiros, ou de um açude ou canal com manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido titulo, cuja declaração sou servido fazer com a equidade de que os donos das referidas nascentes, depois de se apropriarem das aguas d'ellas, emquanto lhes forem necessarias para regarem os seus predios, não as possam depois divertir em odio do supplicante e mais vizinhos para outro alveo diverso do ribeiro por onde até agora decorriam, e que entre estes se repartam os referidos sobejos por dias ou por horas com um prudente arbitrio de louvados e contento das partes.»

Se porém as aguas da fonte ou nascente forem medicinaes, o codigo sacrifica um pouco o respeito devido á propriedade particular em attenção ao supremo interesse da salubridade publica, sujeitando o seu uso aos regulamentos administrativos, mas indemnisando o proprietario dos prejuizos que elle soffrer, com as condições prescriptas n'esses regulamentos.

Art. 446.º O proprietario, que por industria descobrir no seu predio alguma nova nascente, só poderá encaminhar as vertentes d'ella sobre os predios alheios, contra vontade de seus donos, sendo auctorisado por decreto judicial e mediante indemnisação.

(Vid. artigos 2282.º e 2327.º) Dizem alguns que a provisão do artigo 446.º se distingue da do artigo 444.º, em que esta regula as aguas das fontes ou nascentes que já existiam ao tempo da promulgação do codigo, e aquella as aguas das fontes ou nascentes descobertas posteriormente.

Porém a redacção dos dois artigos, devidamente reflectida e combinada, leva-nos a outra conclusão, isto é, á conclusão de que o artigo 444.º se refere ás nascentes ou fontes cujas aguas brotam *naturalmente* da superficie do terreno, e o artigo 446.º ás que são *descobertas por industria* do homem.

É principio fundamental em materia de aguas o direito que tem o dono do predio de procurar pela sua industria, por meio de poços, minas ou quaesquer excavações, as aguas no seu predio, como consequencia do direito que elle tem sobre o que está superior e inferior á superficie do terreno, sem outra limitação que não seja o respeito pelos direitos adquiridos, artigo 450.º, por algum dos titulos especificados nos artigos 438.º e 439.º O proprietario, mesmo quanto ás aguas sobre que alguem tenha direito por titulo justo, é apenas obrigado a não diminuir as nascentes e correntes. Póde porém fazer todas as obras que, quando não augmentem as aguas, pelo menos as não diminuam, porque o seu direito de procurar as aguas vae até onde *não prejudique* direitos constituidos. Por isso o dono do predio superior tem até o direito de cortar dentro do seu predio as nascentes das aguas que por elle correm, ou á superficie ou na sua profundidade, e que são aproveitadas no predio inferior. O dono do predio inferior não tem direito, pela natureza, sobre as aguas que correm no seu predio senão desde que ellas ahi entram.

As vertentes das aguas descobertas por industria de homens não póde o dono encaminha-las sobre os predios alheios sem accordo com os respectivos donos, salvo decisão judicial e mediante indemnisação; porque, se as aguas n'alguns casos podem ser origem de grandes beneficios para os predios vizinhos, tambem podem ser incalculaveis os prejuizos de se lançar sobre elles uma corrente de agua.

As aguas que apparecem no predio superior naturalmente, sem

esforço do dono, e com a saída natural por ellas formada, hão de ser supportadas, sem direito a indemnisação, pelos donos dos predios inferiores. É uma servidão, derivada da natureza, a que estão sujeitos os predios inferiores pela sua posição.

Porém quanto ás descobertas pela industria do homem, como foi elle causa de apparecerem, ha de ser responsavel para com os vizinhos por todos os prejuizos que lhes causar em consequencia do seu facto.

Os predios inferiores estão, pela natureza e pela lei, obrigados a certas servidões para com os superiores. Por isso são obrigados a receber as aguas e terra que naturalmente vem do predio superior, artigo 2282.º Não póde porém o dono do predio inferior levantar diques que impeçam o escoante, nem o dono do predio dominante fazer obras que tornem impetuosa a corrente.

N'estas circumstancias, quaesquer que sejam os prejuizos que soffra o dono do predio inferior, não é o dono do predio superior obrigado a indemnisa-lo.

Se porém as aguas são descobertas por industria do proprietario do predio superior, só póde encaminhar as vertentes para o predio inferior com auctorisação judicial, e indemnisação prévia do dono do predio serviente, artigo 446.º

Pela mesma rasão o proprietario deve construir os telhados da sua casa de modo que as aguas pluviaes escoem sobre o seu terreno ou sobre o caminho publico, e não sobre o terreno vizinho, nos termos do artigo 2327.º, porque o predio vizinho não é obrigado a receber as aguas senão quando correm naturalmente e sem facto do homem.

Esta obrigação não pesava sobre o predio vizinho, ainda quando elle fosse mais inclinado do que o solo sobre o qual se construiu o edificio, porque a servidão natural não existe senão para aquelles que estão no seu estado natural, e não para aquelles que a mão do homem converteu em edificios.

A obrigação, imposta ao proprietario do edificio, de deixar 5 decimetros de intervallo entre o predio vizinho e a beira, não é verdadeiramente servidão, mas foi collocada no numero das servidões legaes, porque modifica e limita o uso que o proprietario póde fazer da sua cousa. E póde adquirir-se por transmissão ou por prescripção o direito de deixar correr a agua do telhado sobre o predio vizinho.

Repetimos ainda que o dono de um predio inferior, assim como é obrigado, em rasão da conformação do terreno, nos termos do artigo 2282.º ou do decreto judicial, artigo 446.º, a receber as aguas sobejas do predio superior, não tem pela sua parte o direito de exigir do dono do predio superior que deixe sempre correr as aguas para o seu predio.

N'outros termos. Ao direito que tem o proprietario superior de exigir do proprietario do predio inferior, nos termos dos artigos 446.º e 2282.º, que lhe receba as aguas remanescentes, não corresponde um direito reciproco da parte do dono do predio inferior para exigir do dono do predio superior que a não aliene ou consuma, e que lh'a deixe continuar a correr pelo seu predio.

O codigo garante aos proprietarios todos os direitos, sem outra restricção que não seja o respeito pelos direitos alheios.

Art. 447.º O proprietario de qualquer nascente não poderá mudar o seu curso costumado se d'ella se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal.

Art. 448.º Se os habitantes mencionados no artigo precedente não houverem adquirido, por titulo justo, o uso das aguas, de que ahi se trata, poderá o proprietario exigir a devida indemnisação.

§ unico. Esta indemnisação será proporcionada ao prejuizo que resultar para o proprietario, de ser privado do livre uso das aguas, sem attenção ao proveito que de tal uso póde tirar a povoação.

(Vid. nota ao artigo 440.º)

Art. 449.º Se o dono do predio, onde as aguas nascem, mudar o curso seguido por ellas durante os ultimos cinco annos, dirigindo-as sobre predios de outros vizinhos, poderão estes obriga-lo a restituir as aguas ao seu curso anterior.

§ unico. Esta acção só poderá ser intentada durante dois annos, contados desde o dia da innovação.

Se o dono do predio, quando descobre as aguas por industria, não póde dirigi-las sobre os predios vizinhos, contra vontade d'estes, nem no primeiro dia da descoberta, artigo 446.º, muito menos poderá mudar posteriormente o curso, ou seja antes ou depois de decorridos os cinco annos, nem elle póde alterar em caso algum o ponto de saida das aguas não nascidas no predio, artigo 434.º Aqui tem logar disposição analoga.

§ unico, etc. (Vid. artigo 547.º)

Art. 450.º É licito a qualquer procurar aguas no seu predio por meio de poços, minas ou quaesquer excavações, comtantoque não prejudique direitos que terceiro haja adquirido, por justo titulo, sobre aguas d'esse predio.

(Vid. artigos 2288.º, 2321.º a 2324.º e 2338.º) Incompleta seria a propriedade, se o proprietario não podesse aproveitar-se da parte externa e interna do predio que lhe pertence, e se não fôra o dono de todo o espaço, que lhe corresponde até onde esse espaço é susceptivel de occupação, artigo 2288.º

Por isso é licito ao dono do proprietario fazer quaesquer excavações no seu predio, comtantoque não prejudique direitos que terceiro haja adquirido sobre o mesmo predio ou seus accessorios, artigos 450.º e 2321.º, não estenda as suas excavações alem da linha perpendicular divisoria sem o consentimento do vizinho, artigo 2322.º, e não abra poços ou canos de despejo junto de muro, quer commum, quer alheio, sem guardar a distancia ou fazer as obras necessarias para que d'esse facto não resulte prejuizo ao dito muro, artigos 2323.º e 2338.º

Em virtude do mesmo principio consignado no artigo 2288.º, é licito a qualquer proprietario fazer em chão seu quaesquer construcções, ou levantar quaesquer edificios, artigo 2324.º, conformando-se apenas com os regulamentos administrativos ou municipaes com relação, por exemplo, ao prospecto e alinhamento dos edificios, etc.

O principio geral pois estabelecido nos artigos 2288.º, 2321.º a 2324.º e 2338.º, é que o direito de fruição do solo, como elemento integrante do direito de propriedade, abrange não só o solo com toda a sua profundidade, mas tambem o espaço aereo correspondente na altura sus-

ceptivel de occupação: mas conjuntamente com a sancção d'esta proposição absoluta, o codigo reconhece a necessidade de limitar o direito de fruição, quanto á profundidade do solo, estabelecendo tres limitações, que são as seguintes:

A primeira consiste no respeito pelos direitos adquiridos sobre as aguas d'esse predio. O proprietario não póde prejudicar com as minas, poços e excavações, o direito que terceiro tenha sobre as aguas do seu predio, em virtude de acto de partilha, ou de compra, doação, etc.

A segunda tem ainda por fundamento o respeito pelos direitos alheios, que consiste, nos termos do artigo 2323.º, na prohibição de abrir poços, vallas ou canos de despejo, junto de muro commum ou alheio, sem guardar a distancia ou fazer as obras necessarias para que de ahi não venha prejuizo ao muro. Da redacção do artigo 2323.º poderia deprehender-se que, não sendo a valla feita junto ao muro, mas junto a uma propriedade urbana, proximo ao predio do vizinho, onde o fosso de grande altura lhe poderia causar grave prejuizo, não haveria necessidade de indemnisar.

Porém o § 2.º obriga o auctor das obras a indemnisar o vizinho, logoque elle venha a soffrer com ellas, ou as obras sejam junto do muro, como poderia inferir-se á primeira vista da redacção do § 2.º, ou não haja muro nem edificação alguma ao pé, como ensinam os bons principios; o que mais se confirma pela confrontação d'este paragrapho com o correspondente ao artigo 2520.º do projecto primitivo, onde em vez das palavras «*logo porém que*» se liam as seguintes «*mas em qualquer caso, se*».

Segue-se pois que o proprietario, que vallar ou abrir poço no seu predio, fica obrigado a indemnisar o vizinho do prejuizo que d'ahi lhe resulta, em *todo e qualquer caso*, isto é, ou a valla ou poço seja aberto junto do muro do vizinho, ou da extrema, onde não haja muro nem edificação alguma. A unica differença proveniente de serem ou não feitas estas obras junto de muro, é que no primeiro caso o proprietario é obrigado *desde logo* a fazer as obras necessarias para evitar o prejuizo ao muro, e no segundo caso só é obrigado a faze-las ou a indemnisar, quando ellas façam *effectivamente* prejuizo.

O que construir encostado ao muro commum ou alheio, chaminé, lar, fogão ou forno, ou depositos de sal ou de quaesquer substancias corrosivas, ou que produzam infiltrações nocivas, na falta de regulamentos administrativos, será obrigado a todas as seguranças, que devem prestar os que abrem poços ou vallados junto dos ditos muros, para garantir o direito dos interessados, artigo 2338.º Esta obrigação procede, ou seja muro propriamente dito, ou parede de algum edificio, porque não póde ser mais favorecido o proprietario que tem apenas um muro para vedar a sua propriedade, do que o proprietario de um edificio, junto do qual se façam aquellas obras.

Ainda que não haja muro nem edificio, logoque o poço ou vallado chegue á extrema da propriedade, o vizinho ha de soffrer prejuizo, porquanto a sua terra d'esse lado fica sem segurança pelo menos, e por isso poderá desde logo, e antes de concluida a obra, oppor-se com embargo e artigos de nunciação de obra nova.

A nossa opinião é que se o prejuizo for certo e imminente, é mister marcar desde logo a distancia a que ha de abrir-se do predio do vizinho, e as condições da obra, para evitar esse prejuizo. Se for incerto o prejuizo, mas houver possibilidade ou receio d'elle, deve o dono da obra ser pelo menos obrigado a garantir ou prestar caução pela indemnisação.

Ainda que no momento da obra não haja prejuizo nem receio de prejuizo para o predio vizinho, e postoque n'ella se observem os regulamentos administrativos, não fica o dono exonerado de reparar qualquer damno que de futuro possa soffrer o predio vizinho em virtude da obra.

O codigo não quiz marcar o intersticio que devia ficar entre a excavação e o predio vizinho. Deixou essa providencia dependente dos regulamentos, devendo, na falta de regulamentos, ser marcada a distancia pelas justiças ordinarias sob a *declaração de peritos*, artigo 2338.º

O projecto de codigo de processo, regulando nos artigos 246.º e 247.º a execução do artigo 2338.º do codigo civil, estabelece providencias adoptaveis desde já, mesmo nos termos da legislação vigente, apenas com a differença de formulas prescriptas na lei actual.

Dispõem os referidos artigos do projecto que, pretendendo alguem que se fixem judicialmente as cautelas necessarias para evitar o damno na especie prevista no artigo 2338.º do codigo civil, se dirigirá em requerimento ao juiz de direito, expondo os fundamentos do seu pedido, que o juiz mandará proceder a vistoria, e em vista do resultado d'ella regulará as cautelas que o réu deve empregar, se quizer fazer a obra; que, se o réu contravier o que assim tiver sido ordenado, fica sujeito a ser destruida a obra ou removidos os objectos depositados á custa do mesmo réu e a pedido do auctor, e que para se verificar a existencia da contravenção, quando for allegada, fará o juiz proceder a nova vistoria e pelos mesmos louvados, sendo possivel.

Ora o processo marcado para se tomarem as devidas cautelas com relação á construcção de depositos de materias nocivas, e com relação a outras construcções *similhantes*, nos termos do artigo 2338.º, não póde deixar de applicar-se ás excavações nos termos do artigo 2323.º, nem vemos rasão para ser disseminada por dois artigos doutrina que devia caber n'um e no mesmo.

A outra restricção ao direito de tirar agua no predio tem tambem o seu fundamento no interesse publico, que é a necessidade de não alterar nem diminuir as aguas de fonte, ou de qualquer reservatorio destinado ao uso publico, nos termos do artigo 451.º

Com relação a minas porém ha uma excepção profunda ao principio geral que dá só ao proprietario o direito de explorar o seu predio, excepção que analysâmos em a nota ao artigo 466.º, e em virtude da qual é licito pesquisar minas em predios rusticos alheios, ainda contra vontade do dono, sendo a recusa d'este competentemente supprida.

Deve notar-se por ultimo que as palavras «*justo titulo*», empregados no artigo, não se referem sómente aos titulos especificados nos artigos 438.º e 439.º, mas a todo e qualquer titulo legitimo, tanto nos termos da lei anterior, como nos termos da lei nova, segundo a acquisição do direito teve logar antes ou depois da promulgação do codigo civil.

Os artigos 438.º e 439.º referem-se ás correntes de aguas não navegaveis nem fluctuaveis, em que não ha propriedade exclusiva: e, quando o legislador quiz applicar aquella disposição de interpretação *restricta* a outras quaesquer doutrinas do codigo, fez referencia expressa a ellas, como nos artigos 444.º e 453.º

Art. 451.º Aquelle que por qualquer fórma alterar ou diminuir as aguas de fonte ou de qualquer reservatorio, destinadas a uso publico, será obrigado a repor as cousas no seu estado anterior.

Se o proprietario não póde *alterar* as aguas correntes, artigo 441.º, muito menos póde alterar as de fonte ou reservatorio, destinadas ao abastecimento publico. Tambem não póde *diminui-las*, salvo o direito de se aproveitar das que são precisas para os seus gastos.

A doutrina d'este artigo é uma restricção ao principio geral de que cada um póde procurar no seu predio, por qualquer meio de excavação, as aguas, cortando até as nascentes que apparecem nos predios vizinhos. É pois prohibido abrir mina, poço, ou fazer qualquer excavação que vá diminuir as aguas de uma fonte ou reservatorio destinado ao uso publico.

Reservatorio é uma expressão generica, significando qualquer obra artificial, que tenha por fim reunir e represar as aguas, como um tanque, poço, pia, etc. Na especie d'este artigo estão comprehendidos ainda os reservatorios e fontes construidos á custa dos concelhos ou parochias, porque, como *cousas communs*, artigo 381.º n.º 1.º, são destinados ao *uso publico*.

Para uma cousa se reputar destinada ao *uso publico* não é indispensavel que seja *publica*, nos termos do artigo 380.º, basta que seja *commum*, porque as cousas communs como as publicas são destinadas para uso publico.

O codigo refere-se n'este artigo tanto ás fontes e reservatorios *publicos* como aos *communs*, porque tanto uns como os outros são destinados ao uso publico.

Só as aguas de fonte particular é que o dono do predio superior póde diminuir á vontade.

Julgam-se destinados ao uso publico os reservatorios destinados para algum dos seguintes fins: 1.º, para os moradores de qualquer povoação ou casa se abastecerem d'elles para os gastos domesticos; 2.º, para saciar a sêde dos animaes domesticos; 3.º, para lavagem de roupas; 4.º, para acudir a incendios, conservando-se sempre cheios por ordem da auctoridade respectiva; etc.

O exercicio do direito individual é sempre restricto pelos interesses da communidade. A relação do Porto julgou em accordão de 19 de fevereiro de 1869, confirmado sobre embargos em 18 de maio do mesma anno, improcedente uma acção de nunciação para se pôr termo aos trabalhos de uma mina que, concluida, prejudicava ou podia prejudicar uma fonte publica, julgando *cumprido o artigo 451.º do codigo civil*, com um termo de responsabilidade que assignavam os nunciados, de restituirem o mesmo volume de agua, ou as aguas da fonte diminuissem ou seccassem.

Parece-nos aceitavel a jurisprudencia consignada no accordão, e digna de se applicar a todas as excavações e a quaesquer obras que possam envolver prejuizo de terceiro, ou importar damno ao predio vizinho.

A reposição pelo lesante das cousas no estado anterior á lesão não o isenta das multas impostas nos regulamentos administrativos ou das penas marcadas nas leis criminaes; e assim dispunha expressamente o projecto primitivo no artigo correspondente (477.º), disposição eliminada pela commissão revisora, talvez por a julgar desnecessaria.

Art. 452.º É permittido a todos fazer minas ou poços nos terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, em busca de aguas subterraneas, precedendo licença da respectiva auctoridade administrativa ou municipal.

Esta disposição é no interesse da agricultura e da industria.

Esta licença, como expressamente determinava o projecto primitivo no artigo correspondente (478.º), só póde ser recusada, tornando-se a exploração prejudicial aos interesses publicos ou municipaes. A commissão revisora eliminou aquella disposição provavelmente por julga-la desnecessaria, e não porque não reconhecesse a verdade da sua doutrina.

Nos predios puramente particulares, precedendo licença do dono, póde fazer-se exactamente a mesma cousa. Algumas legislações levam o seu interesse pela agricultura e pela industria até ao ponto de permittirem estas explorações em terrenos particulares contra vontade dos donos, supprido o consentimento administrativamente quando esses terrenos sejam incultos e de secca.

SUB-SECÇÃO IV

DAS AGUAS PLUVIAES

Art. 453.º As aguas pluviaes das torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas ou ruas publicas, podem ser occupadas, na sua passagem, por qualquer proprietario confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos.

§ unico. Este direito só póde ser prescripto nos termos do artigo 438.º

As aguas das correntes não navegaveis nem fluctuaveis são aproveitadas pelos donos dos predios confinantes que ellas banham, nos termos do artigo 436.º, mas se as correntes forem de aguas *pluviaes*, e o seu alveo um terreno publico, a occupação far-se-ha na conformidade dos regulamentos administrativos.

Como as correntes de aguas pluviaes não são permanentes, mas sim momentaneas, não era possivel applicar á occupação d'estas aguas o disposto no artigo 436.º Porém, emquanto não for regulada administrativamente a occupação das aguas das torrentes e enxurros, são-lhe applicaveis as regras geraes estabelecidas no codigo, e especialmente por analogia as relativas á occupação das aguas em geral.

O direito ás aguas pluviaes que correm por terrenos publicos póde ser prescripto, não só de preterito, mas de futuro, sem embargo do disposto no artigo 439.º, cuja disposição não é applicavel á especie do artigo 453.º, como se infere do seu § unico. Para a prescripção porém ser julgada procedente, ou se trate da prescripção de preterito ou de futuro, é indispensavel que concorram os requisitos estabelecidos no § unico do artigo 438.º

Art. 454.º As aguas pluviaes, que cáem directamente sobre qualquer predio rustico ou urbano, podem ser livremente occupadas e usufruidas pelos donos dos ditos predios; mas estes não têem direito a desvia-las do seu curso natural para lhes darem outro, sem consentimento expresso dos donos dos predios a quem tal mudança causar prejuizo.

Art. 455.º Os donos dos predios servientes não podem adquirir por prescripção a posse de receber as ditas aguas.

Ás aguas pluviaes, que caem directamente sobre qualquer predio, não são applicaveis as mesmas regras que se acham estabelecidas para o aproveitamento das aguas de nascentes e fontes, ou a nascente apparecesse naturalmente á superficie do terreno, artigo 444.º, ou fosse descoberta por industria do proprietario, artigo 446.º

Sobre as aguas d'estas nascentes, como pertença do terreno, são muito mais amplos os direitos do proprietario, que póde usufrui-las livremente e vender o remanescente a quem lhe aprouver, salvos os direitos adquiridos e as restricções marcadas nos artigos 445.º, 447.º e 448.º Se o comprador d'esses sobejos não for o dono do predio immediatamente inferior póde obrigar os proprietarios dos terrenos intermedios a deixar-lhe encanar as aguas nos termos do artigo 456.º

Não póde porém o dono do predio, em que cáem as aguas pluviaes, dispor d'ellas a seu arbitrio, porque se não se consideram accessorio do predio, mas consequencia de um phenomeno momentaneo e passageiro.

Das aguas pluviaes póde aproveitar-se livremente o dono do predio, onde ellas cáem, directamente para qualquer beneficio da agricultura ou da industria dentro do mesmo predio, mas não póde vender os remanescentes, nem conduzi-la por intermedio dos predios vizinhos para outros predios seus.

O direito do proprietario, onde cáe ou se reune a agua, limita-se a usufrui-la n'esse predio e em quaesquer outros que lhes sejam contiguos ou adjacentes.

Mas da que crescer não póde o proprietario do predio dispor, ha de deixa-la seguir o seu curso natural, sem lhe poder dar outra direcção, salvo accordo com os proprietarios a quem a mudança possa *prejudicar*, ou por deixarem de receber a agua de que se aproveitavam não lhe mudando a direcção, ou porque o novo curso lhes vae causar prejuizos e estragos nos seus predios.

Tambem n'isto se distingue a occupação de aguas pluviaes das provenientes de fontes ou nascentes. Quanto a estas não póde o dono do predio encaminhar as vertentes sobre os predios alheios que soffram com a corrente, assim como não é obrigado a indemnisar os donos dos predios, para onde as aguas propendiam naturalmente, e que com ellas lucravam, se as dirigir para outra parte.

Em materia de aguas pluviaes prevalece o principio de que o beneficio da natureza deve aproveitar a todos, tanto áquelles em cujos predios as aguas cáem directamente, como áquelles para onde ellas depois da quéda naturalmente correm. O individuo que não póde argumentar nem com o seu trabalho para descobrir as aguas, nem com a circumstancia de ellas serem accessorio do predio, onde apparecem, e que só póde invocar o favor da natureza ou do acaso, não póde privar os outros de igual beneficio, dando ás aguas direcção differente da indicada pelas circumstancias naturaes.

Pela mesma rasão por que os donos dos predios, em que cáem directamente as aguas pluviaes, não podem dispor d'ellas, e apenas usufruir e aproveitar as que podérem occupar, por essa mesma os donos dos predios inferiores, que ellas atravessarem ou banharem, não podem alterar a sua corrente natural em prejuizo dos vizinhos que se lhes seguem. Sobre as aguas a que se refere o artigo 454.º ninguem póde adquirir direito por prescripção. A prescripção é impossivel n'este caso, não só pela descontinuidade das aguas, mas tambem pela possibilidade de as adquirir todas, e sem restricção alguma, o dono do predio onde ellas cáem.

Porém o artigo 455.º refere-se unicamente á materia do artigo 454.º, e não á do artigo 453.º, á qual é effectivamente applicavel a prescripção, por força do disposto no seu § unico.

No projecto primitivo o artigo 481.º, correspondente ao artigo 455.º do codigo, terminava pelas seguintes palavras: «mas poderão opporse a que se mude a sua direcção, se o dono do predio superior as pretender desviar por acinte e sem utilidade conhecida», palavras que a commissão revisora com rasão eliminou, porque não faziam mais de que reproduzir o pensamento já consignado na segunda parte do artigo 454.º

O projecto primitivo no artigo 480.º, correspondente ao artigo 454.º do codigo, ainda permittia ao dono do predio onde as aguas pluviaes caiam directamente, o desvia-las do seu curso natural para as dirigir sobre predios de serventia publica; mas a commissão revisora com acerto tirou ao proprietario aquella faculdade, que não era fundada em rasão plausivel.

Parece pois que, ainda mesmo que o dono do predio inferior tenha feito obras no predio superior para conseguir o aproveitamento das aguas, não lhe vale este simples *facto* para a prescripção.

SUB-SECÇÃO V

DOS CANAES, AQUEDUCTOS PARTICULARES E OUTRAS OBRAS RELATIVAS AO USO DAS AGUAS

Art. 456.º É permittido a qualquer encanar subterraneamente ou a descoberto, em proveito da agricultura ou da industria, as aguas a que tenha direito, através dos predios rusticos alheios, não sendo quintas muradas ou quintaes, jardins, hortas ou pateos adjacentes a predios urbanos, precedendo indemnisação do prejuizo que d'isso resultar para os ditos predios.

§ unico. Os donos dos predios servientes têem tambem o direito de serem indemnisados dos prejuizos que de futuro vierem a resultar da infiltração, ou erupção das aguas, ou da deterioração das obras feitas para a conducção d'estas.

Art. 457.º As questões relativas á direcção, natureza e fórma do aqueducto, e ao valor da indemnisação, serão resolvidas summariamente pelo poder judicial, se as partes se não concertarem amigavelmente.

(Vid. artigos 461.º e 462.º) N'este artigo e seguintes até ao artigo 462.º inclusive trata-se da servidão *aquaeductus*.

Segundo os artigos 456.º e 462.º todo o individuo que, para a rega ou enxugo dos seus predios ou para o uso de alguma fabrica ou estabelecimento industrial, queira servir-se da agua de que póde dispor, tem direito de a fazer passar pelos terrenos intermedios, com a obrigação apenas de indemnisar os donos e proprietarios dos predios inferiores que soffram com o encanamento, infiltração ou erupção das aguas.

Não têem direito a indemnisação unicamente os donos dos predios atravessados ou banhados pela corrente, mas tambem os proprietarios de predios adjacentes a estes, por onde não corre a agua, mas onde

ella por meio da infiltração póde causar prejuizo. Esta servidão, *aquaeductus*, um pouco parecida com a servidão de transito de que se trata nos artigos 2309.º e seguintes, era já ha muito reconhecida no nosso direito.

A commissão revisora, introduzindo no codigo a doutrina que se lê no artigo 462.º, applicou iguaes regras ao caso de ser determinada a servidão de passagem das aguas, não para rega, e para beneficio da industria, mas para enxugo de terrenos.

Dá-se aqui a mesma necessidade de beneficiar a agricultura que no caso de irrigação. O enxugo dos pantanos é um dos meios mais adequados e usados para o desenvolvimento da agricultura.

As aguas podem ser conduzidas pelos predios rusticos alheios, mas nunca pelos urbanos, quintaes, jardins ou hortas adjacentes a estes.

A palavra «*adjacentes*» parece referir-se, não só a *pateos* e *hortas*, mas tambem a *jardins, quintaes* e *quintas muradas*. Que se refere não só a *pateos*, mas tambem a *hortas*, é evidente da virgulação. Mas pela mesma rasão deve referir-se a jardins, quintaes e quintas muradas. Não haveria rasão que justificasse que as *hortas* ou *pateos* só fossem respeitados quando adjacentes a predios urbanos, e que os quintaes e jardins o fossem sempre, estivessem ou não adjacentes a predios urbanos.

Com relação ás quintas muradas mais alguma duvida podia haver, mas ellas effectivamente são predios rusticos quando não são adjacentes a predios urbanos. O pensamento do legislador foi exceptuar os predios urbanos e suas dependencias, e por isso os quintaes murados não são absolutamente dispensados da servidão, mas só e unicamente quando dependencias de predios urbanos.

É este o pensamento do projecto de codigo civil hespanhol, dizendo no artigo 496.º: *Se exceptúan de esta servidumbre los edificios, sus patios, jardines y demas dependencias;* e no codigo da Sardenha, fonte abundante n'esta materia, lê-se no artigo 622.º o seguinte:

Toute commune, tous corps, tous particuliers sont tenues de donner passage, sur leurs fonds aux eaux que veulent conduire ceux qui ont le droit de les dériver des fleuves, rivières, fontaines ou d'autres eaux, pour l'irrigation des terres ou pour l'usage de quelque usine.

Les maisons, ainsi que les cours, aires et jardins qui en dépendent, sont cependant exceptés de la disposition du présent article.

Conseguintemente, ou se attenda á redacção do artigo 456.º, ou ás suas fontes, ganha-se a convicção de que as quintas muradas são isentas da servidão *aquaeductus* quando dependencias de predios urbanos.

A disposição d'este artigo é dictada em beneficio da agricultura e da industria, para se poderem ir fertilisar campos ou mover estabelecimentos fabris, ainda longe, d'onde nascem ou se derivam as aguas.

A servidão *aquaeductus* póde exigir-se, não só para as aguas que o proprietario descobre por industria no seu predio, como para quaesquer outras de que elle possa aproveitar-se, isto é, para todas *as aguas* a que tenha direito, nos termos do artigo.

Se os predios, por onde as aguas devem atravessar, pertencerem ao estado, ao municipio ou a qualquer corporação ou repartição publica, não ficam por isso isentos d'esta servidão. Se o proprietario, que quizer conduzir as aguas, não podér concertar-se amigavelmente com os representantes d'essas corporações ou repartições publicas, ha de ser resolvida a questão pelo poder judicial, visto que é uma questão simplesmente de direitos privados.

No entretanto, sempre que esses aqueductos tenham de atravessar caminhos publicos, as justiças ordinarias deverão ter em conta os respectivos regulamentos da administração.

O projecto primitivo dispunha que, pertencendo ao estado o predio por onde se pretendesse construir o aqueducto, não poderia fazer-se a obra sem auctorisação do governo, ouvido o conselho das obras publicas, e que, se pertencesse ás camaras municipaes, precederia auctorisação do conselho de districto, ouvidas as mesmas camaras.

A commissão revisora, eliminando estas disposições, não teve de certo em vista excluir toda a ingerencia do poder administrativo na construcção d'estes aqueductos ou predios do estado ou do municipio, deixando a resolução de assumpto tão grave exclusivamente dependente do poder judiciario.

O que quizer usar do direito de servidão ha de fazer á sua custa a canalisação necessaria que ha de passar através de outros quaesquer aqueductos que porventura haja no predio.

O meio competente é o summario. No valor da indemnisação conta-se, não só o prejuizo que soffre actualmente o proprietario com a terra desaproveitada para se fazer o rego ou cano para a passagem das aguas, mas tambem o que resultar da infiltração ou erupção das aguas no seu terreno, ou da deterioração das obras feitas para a conducção d'estas.

Porém d'este prejuizo não póde o dono do predio pedir a indemnisação senão quando elle realmente se verificar, e não logo na occasião da construcção do rego ou cano, podendo, quando muito, desde logo exigir caução.

Os peritos nomeados na acção judicial é que hão de decidir a *direcção, natureza* e *fórma* mais conveniente do aqueducto, para satisfazer ao fim da conducção das aguas, com o menor prejuizo dos predios servientes. Sobre a significação da palavra «*alcorca*» vid. nota ao artigo 2347.º

Art. 458.º Pertence aos donos dos predios servientes tudo o que os marachões ou motas produzem naturalmente. Os ditos donos só são obrigados a dar passagem para a inspecção do aqueducto, ou para n'elle se fazerem os concertos necessarios, e bem assim a não fazer cousa que de qualquer fórma prejudique o aqueducto ou o curso das aguas.

O pensamento do codigo é impor aos donos dos predios servientes só os encargos absolutamente indispensaveis, e compensa-los quanto possivel d'esse onus com algumas vantagens.

O dono do predio serviente fica pois obrigado, alem da servidão *aquaeductus*, a dar passagem para a inspecção dos aqueductos e para os concertos indispensaveis, porque estes actos são complemento necessario da servidão, devendo todavia ser indemnisado dos prejuizos que soffrer em consequencia d'esses concertos.

Porém o dono do predio dominante, ao passo que tem o direito de fazer no predio serviente todas as obras necessarias para o uso e conservação da servidão, é obrigado a não a alterar ou tornar mais onerosa, artigo 2276.º

Em compensação, ao dono do predio serviente pertence tudo o que produzir a superficie das obras de terra construidas para a conducção das aguas, o que póde ser importante, principalmente em pastos, e especialmente nas localidades onde o terreno é muito aproveitado. Porém só póde aproveitar-se dos productos *naturaes* das obras de terra, porque não póde fazer n'esse local nenhuma especie de plantação ou sementeira que vá destruir ou prejudicar o curso das aguas.

A primeira obrigação do dono do predio serviente, depois de constituido o aqueducto, é abster-se de praticar factos que de qualquer fórma prejudiquem a obra ou o livre curso das aguas.

Art. 459.º Os donos dos predios servientes podem outrosim, em qualquer tempo, exigir a mudança do aqueducto para outra parte do mesmo predio, se esta mudança lhes for conveniente, e não prejudicar os interesses do dono do aqueducto, comtantoque façam a dita mudança á propria custa.

(Vid. artigo 2278.º) A doutrina d'este artigo é uma hypothese da these geral consignada no artigo 2278.º O legislador, desejando suavisar quanto possivel ao dono do predio serviente o onus da servidão, concede-lhe todas as vantagens que não vão prejudicar a servidão constituida. Assim, póde o dono do predio serviente requerer a mudança da servidão, sempre que se verifiquem as hypotheses de vantagem individual, marcadas no artigo 2278.º, e em geral sempre que a mudança lhe *for conveniente*, como com melhor redacção se exprime o artigo 459.º O dono do predio dominante não póde oppor-se á mudança senão com o fundamento de que elle lhe é prejudicial.

As despezas de mudança hão de ser feitas pelo dono do predio serviente que n'ella interessa.

As questões que se levantarem sobre a mudança do aqueducto, como sobre a mudança de qualquer servidão, hão de ser resolvidas summariamente pelo poder judicial, nos termos do artigo 457.º e § unico do artigo 2278.º

O projecto de codigo de processo, nos artigos 208.º e 209.º, com referencia tambem aos artigos 204.º, 205.º e 207.º, estabelece o processo a seguir para mudar ou fazer cessar alguma serventia, em conformidade do disposto nos artigos 459.º, 2278.º e 2313.º, faltando-lhe mencionar tambem o artigo 440.º, onde se previne uma hypothese de cessação de servidão nas mesmas condições.

Ao disposto nos artigos 204.º e 205.º, accrescenta o referido projecto de codigo que aos peritos toca decidir se se verificam as condições em que deve admittir-se a mudança ou a cessação da serventia, as quaes irão indicadas nos quesitos, se forem apreciaveis por inspecção ocular: que, se os peritos entenderem que é necessario que o auctor faça alguma obra para que a mudança ou cessação da servidão possa verificar-se sem prejuizo do réu, indicarão qual ella é; que n'este caso o juiz, decidindo favoravelmente a pretensão do auctor, deixará dependente da execução da mesma obra a mudança ou cessação da serventia requerida; e que suscitando-se depois alguma duvida a respeito de a obra se achar ou não feita, e nos termos indicados na sentença, o juiz decidirá, precedendo nova vistoria, e com os mesmos louvados sendo possivel.

Ao dono do aqueducto será licito requerer tambem a mudança d'elle, dadas iguaes circumstancias de essa mudança lhe convir, e de não prejudicar os interesses do dono do predio serviente? Por certo, aindaque o codigo o não diga, visto dar-se a mesma rasão, e verificar-se do mesmo modo a regra: *Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus es.*

Art. 460.º Se, construido o aqueducto, não forem todas as aguas necessarias a seus donos, e outro proprietario quizer ter parte no excedente, ser-lhe-ha concedida essa parte mediante prévia indemnisação, e pagando alem d'isso a quota proporcional á despeza feita com a conducção d'ellas até ao ponto d'onde se pretendem derivar.

§ unico. Concorrendo diversos pretendentes ao dito excedente, serão preferidos os donos dos predios servientes.

Outra vantagem e compensação, concedida aos donos dos predios servientes, é o direito de serem preferidos em concurso de pretendentes aos sobejos da agua, pagando todavia, como qualquer outro, ao dono do aqueducto tanto o valor da agua, de cujo uso elle ficar privado, como a parte proporcional das despezas feitas com a conducção d'ella.

As aguas, aindaque fossem publicas, desde que entram e correm pelo aqueducto, ficam pertencendo ao dominio do dono do aqueducto, como accessorio da obra feita, e por isso deve pagar-se-lhe o valor da parte das aguas de cujo uso fica privado, e alem d'isso a parte proporcional das despezas feitas com a obra de canalisação.

Os donos dos predios adjacentes ou vizinhos do aqueducto têem direito a exigir parte nos sobejos, aindaque as aguas provenham de fontes ou nascentes em predios particulares.

O dono da nascente, que póde aproveitar ou desaproveitar, como lhe aprouver, as aguas emquanto estão dentro do seu terreno, desde que as encana elle, ou outro qualquer adquirente, que d'elle obtivesse direito sobre o uso das aguas, é obrigado a ceder, mediante a competente indemnisação, a parte das aguas que lhe não for necessaria.

Esta especie de expropriação é determinada em beneficio da agricultura, e ao mesmo tempo justa compensação não só da servidão imposta, aos predios atravessados pelo aqueducto, mas de qualquer prejuizo que possam soffrer os predios vizinhos e adjacentes a estes.

O projecto de codigo de processo marca no artigo 215.º, com relação ao artigo 210.º a 214.º, o processo a seguir para a divisão das aguas em virtude dos artigos 434.º e seguintes a 460.º do codigo civil, e similhantes.

Dispõe o projecto de codigo de processo, que serão citados os interessados para na terceira audiencia se louvarem em peritos que procedam á medição dos predios e á repartição proporcional da agua entre os seus possuidores; que n'aquella audiencia podem os réus contestar o pedido, e n'esse caso o juiz declarará sem effeito este procedimento, deixando ás partes direito salvo para usarem das formulas geraes do processo; que não havendo opposição procederão os peritos á medição e repartição referida, vindo dar ao cartorio as suas declarações, que serão reduzidas a auto, por elles assignadas, e julgadas por sentença depois de ouvidos os interessados que tiverem junto procuração a advogado.

Art. 461.º Os donos dos predios inferiores áquelles a que se dirige o aqueducto, são obrigados a receber as aguas vertentes, ou a dar-lhes passagem, comtantoque sejam indemnisados dos prejuizos que d'ahi lhes venham a resultar.

§ unico. A estes predios é tambem applicavel o que fica disposto no § unico do artigo 456.º

Art. 462.º As disposições dos artigos precedentes são applicaveis ás aguas provenientes de gaivagem, canos falsos,

vallas, guardas-matos, alcorcas, ou de qualquer outro modo de enxugo de predios, quando essas aguas houverem de atravessar predio ou predios de diverso dono para chegarem a alguma corrente ou a outra via de escoamento.

(Vid. nota ao artigo 456.º)

Art. 463.º Quando o possuidor de um predio sito na margem de qualquer corrente, ao uso de cujas aguas tenha direito, só póde aproveita-las fazendo presa, açude ou obra similhante, que vá travar no predio de outro vizinho, não poderá este obstar á dita obra, uma vez que seja previamente indemnisado, se algum prejuizo d'ahi lhe provier.

§ unico. Os predios urbanos não ficam sujeitos á servidão mencionada n'este artigo.

Art. 464.º Mas se o vizinho, sujeito á servidão mencionada no artigo precedente, quizer aproveitar-se da dita obra, poderá torna-la commum, pagando uma parte da despeza proporcional ao beneficio que receber.

Outra servidão obrigatoria que o codigo reconhece com o intuito do aproveitamento das aguas, é a do *travamento* das presas ou açudes, que vão intestar ou ligar no predio vizinho, e que é muito similhante á chamada *tigni immitendi*, applicavel aos predios urbanos.

As prezas ou açudes têem por fim reprezar a corrente das aguas, e faze-las subir de nivel para applicação á rega de predios, ou como motores de estabelecimentos industriaes, cuja situação seja superior ao nivel do leito da corrente.

O dono do predio serviente não póde oppor-se á constituição da servidão, nem mesmo exigir indemnisação, se nenhum prejuizo soffrer com o travamento, como por ser muito elevada a margem da corrente no seu terreno, por não ser cultivada, etc.

Porém na maior parte dos casos ha de soffrer prejuizo com a servidão o dono do predio serviente.

O alteamento artificial do nivel da corrente, que necessariamente ha de resultar da construcção da preza ou do açude, póde obrigar o dono do predio vizinho a elevar as suas motas, para os predios ficarem livres dos estragos das enchentes.

N'este caso o dono das obras que damnificam o predio vizinho deve indemnisar o dono d'este dos prejuizos que soffrer com a construcção.

Esta servidão de travamento no predio vizinho para a construcção de açudes, qualquer que seja a natureza da corrente, foi introduzida pelo codigo civil, e introduzida como todas as outras servidões de aguas, especialmente por utilidade publica.

O dono do predio serviente, em compensação, póde aproveitar-se da obra para tirar a agua de que necessitar, ou a obra tivesse sido feita antes ou depois do codigo civil, porque a lei não distingue, e o alvará de 27 de novembro de 1804, no artigo 13.º, já dispunha que o proprietario que pretendesse regar de novo as suas terras, depois de se achar construido o aqueducto, poderia requerer quinhão na agua, pagando a sua quota parte da despeza que a construcção da obra tivesse custado. E, comquanto o alvará se referisse unicamente ás aguas particulares, era por maioria de rasão applicavel ás aguas publicas.

Quanto ao direito, que adquire o dono do predio serviente, de se aproveitar da obra para tirar as aguas, estabelece o codigo uma singularidade toda de favor para elle.

O dono do predio serviente, que pretende utilisar-se da obra para o aproveitamento de aguas, não fica com mero direito de servidão, mas com *condominio* na obra, quando o dono da obra não ficou com direito de dominio sobre a parte do predio vizinho, onde o açude foi travar, mas simplesmente com o direito de servidão.

O dono do predio sujeito á servidão, que quer utilisar-se da obra, fica condomino pelo simples facto de pagar parte da despeza proporcional ao beneficio que recebe, sem necessidade de pagar imposto algum de transmissão pela acquisição de um dominio, que recáe sobre bens de raiz.

Não fica porém o dono do predio serviente condomino *por igual* na obra, mas só em parte e proporcionalmente ao beneficio que receber, podendo assim ficar com uma parte indivisa na obra maior ou menor do que a do constructor da mesma obra.

Esta servidão é tão favorecida pelo codigo, que só d'ella exceptua os predios urbanos e não os rusticos, adjacentes e urbanos, que são isentos da servidão «*aquaeductus*», nos termos do artigo 456.º

Ainda que estes artigos só permittam ao dono do predio sujeito á servidão de travamento, o ter parte na obra, não prohibem todavia que qualquer outro vizinho possa ter parte nas aguas, abrindo uma levada, por exemplo, para aproveitar a agua sobeja do açude. Os vizinhos do aqueducto têem direito ao excedente das aguas, nos termos do artigo 460.º, mediante indemnisação, e pagando a quota proporcional á despeza feita com a conducção, sem por isso fazerem commum a obra do aqueducto. Por analogia os donos de predios vizinhos ao açude têem direito ao excedente das aguas, com previa indemnisação e pagamento da despeza feita com a obra, sem por isso tornarem commum o açude, salvo se elle vae travar no seu predio.

Estas disposições são tão applicaveis aos aqueductos e açudes já existentes, como aos que se construirem de futuro.

SECÇÃO III

DOS MINERAES

Art. 465.º Todos têem o direito de pesquizar e lavrar minas, independentemente de auctorisação do governo, nos predios rusticos que possuirem.

Art. 466.º É tambem concedido o direito de pesquiza em predios rusticos alheios, com o consentimento do dono, consentimento que aliás, em caso de recusa, póde ser competentemente supprido. Porém a lavra, n'esse caso, fica dependente de concessão previa.

Art. 467.º A designação das substancias, que devem ser consideradas como mineraes, para que a sua pesquiza e lavra fiquem sujeitas á legislação relativa a este assumpto, as limitações dos direitos mencionados nos artigos precedentes, a designação das formalidades previas, e das condições para o seu exercicio e o modo d'elle, bem como a especificação dos

direitos dos possuidores do solo e dos descobridores das minas, no caso de concessão, ficam reservados para legislação especial.

(Vid. artigo 2213.º) O projecto primitivo regulava largamente nos artigos 493.º a 553.º a materia sobre minas, que o codigo deixa para legislação especial.

Porém a commissão rovisora em sessão de 20 de novembro de 1861, de accordo com o proprio auctor do projecto, como se lê em a nota ao artigo 485.º da edição de 1863, resolveu eliminar tudo o que não fosse propriamente direito civil.

Effectivamente no codigo só apparecem sobre esta materia os dois principios fundamentaes, reconhecidos nos artigos 465.º e 466.º, reservando-se para a legislação especial de minas o regular todos os assumptos que se acham indicados no artigo 467.º

Quasi todas as legislações reservam ao estado direitos absolutos ou muito importantes sobre a pesquiza e productos das minas, ainda pertencentes a predios particulares. Porém o codigo no seu pensamento de alargar quanto possivel a area da propriedade particular, dá ao dono do predio direito absoluto de pesquizar e lavrar a mina, independentemente da auctorisação do governo, e apenas em attenção á natureza especial dos productos minerios e á grande utilidade publica, que resulta da sua exploração, permitte lavrar minas em predios alheios contra vontade do dono, supprindo-se a falta de consentimento por *concessão* do governo, devendo o dono do predio, aindaque o codigo o não diz, ser indemnisado dos prejuizos que soffre com a pesquiza e lavra da mina.

O unico caso pois, em que o codigo faz excepção ao principio de que ao proprietario pertence, não só a superficie do terreno, mas tudo quanto está por baixo e por cima, é na pesquiza e lavra das minas.

Convem antes de tudo notar que o codigo, quando permitte ao proprietario o direito absoluto de pesquiza e lavra de minas no seu predio, refere-se ao proprietario propriamente dito, excluindo o usufructuario.

O usufructuario póde aproveitar-se dos productos das minas e pedreiras, que estão em exploração, como fructos d'esta especie de predios, segundo se infere do artigo 2213.º, e expressamente determinava o projecto primitivo no artigo correspondente, artigo 2379.º

Não póde porém abrir minas de novo, não só porque é obrigado a entregar os predios no estado em que os recebeu, sem lhes alterar a fórma ou a substancia, artigo 2217.º, mas porque as minas ou pedreiras em si consideram-se parte do capital do predio, em que o usufructuario não póde tocar. As minas e pedreiras não são fructos «*fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*».

A base da nossa legislação especial de minas acha-se nas leis de 22 de dezembro de 1852, 31 do mesmo mez e anno, e regulamento de 1 de dezembro de 1853, onde se determinam as condições para a acquisição, conservação e perda do direito de explorar as minas.

Em todo este trabalho ha dois pontos importantes que muito convem distinguir, e estes dois actos são a *pesquiza* e a *lavra*.

A *pesquiza*, que muitas vezes é já começo de exploração, consiste verdadeiramente nos trabalhos preparatorios que precedem a exploração, como informações, noticias, e mesmo investigações superficiarias, que se fazem no terreno.

A *exploração* comprehende propriamente os trabalhos de *busca* dos mineraes.

A pesquiza póde fazer-se em predios alheios, com licença do dono, ou supprimento administrativo, nos termos do regulamento, se são particulares; com licença do governo se são publicos, e com licença das municipalidades, se são municipaes.

Os proprietarios em cujos terrenos se lavrarem minas, são obrigados a todas as expropriações e servidões, necessarias para a pesquiza e exploração, mas têem tambem direito a serem completamente indemnisados de todos os prejuizos presentes, e a exigirem caução por todos os damnos que receiarem.

SECÇÃO IV

DAS SUBSTANCIAS VEGETAES, AQUATICAS OU TERRESTRES

SUB-SECÇÃO I

DAS SUBSTANCIAS AQUATICAS

Art. 468.º As substancias vegetaes de qualquer natureza produzidas nas aguas publicas, ou se achem as ditas substancias no seio das aguas, ou venham arroladas ás margens ou praias, podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa que d'ellas queira aproveitar-se, salvo o disposto nos regulamentos administrativos.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 469.º As substancias vegetaes produzidas nas aguas communs, ou se achem no seio das ditas aguas ou venham arroladas ás suas margens, só podem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão da camara municipal, ou havendo antigo uso e costume em contrario.

(Vid. nota ao artigo 381.º)

Art. 470.º As substancias vegetaes mencionadas nos dois artigos precedentes, que forem arroladas ou arremessadas pelas aguas sobre qualquer predio particular, ficarão pertencendo ao dono do dito predio.

(Vid. artigo 2291.º) As substancias vegetaes, e, por analogia as animaes, artigo 429.º, que podem ser occupadas por todos ou pelos vizinhos, segundo as aguas forem publicas ou communs, emquanto estiverem no seio das aguas ou nas praias, porque estão em sitio que não pertence á propriedade particular de ninguem, desde que caem em predio particular ficam pertencendo, como accessorio, ao dono d'este.

Mais larga é ainda a disposição do artigo 2291.º, estabelecendo o principio geral de que pertence aos donos dos predios, confinantes com as correntes de agua, tudo o que por acção das aguas se lhes unir ou n'elles for depositado, ou esses objectos fossem creados em aguas ou em terrenos publicos ou particulares.

Ora em virtude do principio de que deve ter os commodos quem está sujeito aos incommodos, e de que as propriedades estão sempre expostas aos estragos das aguas, ou porque se presume que sendo *nullius* as cousas de alluvião, os proprietarios marginaes preveniram o direito de occupar, ou para evitar a necessidade de muitos processos pela difficuldade senão impossibilidade de distinguir na maxima parte dos casos, o que é augmento do que o não é, porque a alluvião é por sua natureza lenta, successiva e imperceptivel, o nosso codigo estabelece o principio de jurisprudencia universal de que pertence aos proprietarios marginaes das aguas tudo o que por acção d'estas se unir ou encorporar nos seus predios.

O codigo não faz distincção emquanto á natureza da corrente das aguas, ou seja navegavel, fluctuavel ou não, apesar de não serem dos proprietarios confinantes as margens das correntes navegaveis ou fluctuaveis, como se infere do artigo 432.º

Art. 471.º O governo ou as camaras municipaes, conforme as aguas forem do dominio publico ou do dominio commum, farão os regulamentos necessarios, para que o direito de occupação se exerça de modo que as ditas substancias vegetaes sejam convenientemente aproveitadas, e não se prejudique a propagação e creação do peixe, ou qualquer outro interesse publico.

SUB-SECÇÃO II

DAS SUBSTANCIAS VEGETAES TERRESTRES

Art. 472.º Os pastos, matos, lenhas e outras substancias vegetaes, produzidos nos terrenos do estado, só podem ser occupados com permissão do governo, na fórma dos regulamentos relativos a este assumpto.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 473.º Os pastos, matos, lenhas e outras substancias vegetaes, produzidos nos baldios ou terrenos municipaes ou parochiaes, pertencem exclusivamente aos vizinhos dos respectivos concelhos ou parochias, mas só podem ser occupados em conformidade dos antigos usos e costumes, ou dos regulamentos que as camaras municipaes fizerem.

(Vid. nota ao artigo 381.º)

FIM DO VOLUME I