# 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 II

LISBOA
IMPRENSA NACIONAL
1871

# TITULO IV

## DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR MERA POSSE E PRESCRIPÇÃO

## CAPITULO I

### DA POSSE

Art. 474.° Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer cousa ou direito.

§ 1.° Os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse.

§ 2.° A posse conserva-se emquanto dura a retenção ou fruição da cousa ou direito, ou a possibilidade de a continuar.

A posse forma um dos capitulos mais difficeis do nosso direito civil, não só pela diversidade de systhemas que têem apparecido sobre esta materia, mas tambem pelas differenças que se encontram a este respeito nas legislações dos povos, e ainda pelo muito que com pouca clareza se tem escripto sobre o assumpto.

O sr. Seabra tratou a materia da posse por um methodo simples, methodo abraçado pela commissão revisora, e que se acha reconhecido no codigo com ligeiras alterações. Antes porém de desenvolvermos o systema do sr. Seabra, convem expor as doutrinas que corriam com mais voga ao tempo da publicação do projecto primitivo sobre o modo de tratar a posse, a fim de melhor se conhecer toda a importancia e alcance da nova theoria.

O novo systema distingue-se dos anteriores principalmente pela sua simplicidade, e por ser fundado na propria natureza das cousas e na observação dos factos.

As doutrinas mais geralmente seguidas, sobre o modo de tratar a posse eram as seguintes:

« A posse não é simplesmente o *facto* de *ter* uma cousa em seu poder. Por mais que se considere debaixo d'este ponto de vista, a posse é um facto estreitamente ligado com um direito, legitimo ou

illegitimo, justo ou injusto, certo ou desconhecido, que é o que qualifica a posse de *natural* ou *civil*. Mesmo a posse natural, considerada emquanto ao menos importante de seus effeitos, isto é, emquanto aos interdictos, não existe senão quando se possue com o fundamento, pretexto ou presumpção de dono. Este *caracteristico* da posse é tão fundamental que, prescindindo-se d'este requisito essencial, não é possivel determinar, nem legal, nem philosophicamente, o que é a posse.

«Para haver posse é mister a intenção de adquirir a propriedade, e de obrar sobre a cousa possuida com aspirações ou apparencias de dono. Se estas são certas, a occupação virá consolidar o dominio. Se o não são, apenas ha os interdictos para protegerem a posse, emquanto não se provar melhor direito.

«Sem se possuir a titulo de dono, nem se póde chegar a ser verdadeiro possuidor ou proprietario, nem sequer a exercer as acções possessorias.

«Comprehende-se que o que possue de má fé, ou com titulo insufficiente, ou ainda por violencia, possa defender o seu estado possessorio, e sustentar-se contra pretensões de igual natureza, emquanto não se questiona senão a *posse*.

«Mas não se concebe como o arrendatario, o inquilino, o commodatario e o depositario, que não possuem em seu nome, possam valer-se de algum dos meios, reconhecidos na lei, para defenderem a sua posse.

«O que fazem é *usar* da cousa, aproveitar-se d'ella. Mas o seu titulo é o contrato de arrendamento ou de deposito, que lhes veda absolutamente o direito de usarem dos interdictos. Possuem em nome de outro, a quem correspondem por consequencia todos os beneficios da posse. Não ha pois posse com effeitos juridicos, senão em nome proprio, e nunca em nome de outrem.

«Quem possue em nome de outrem não póde usar de remedio algum juridico para manter a sua posse.

«O interdicto de manutenção ou de restituição não pertence ao colono ou ao commodatario, mas sim ao dono da cousa, que é verdadeiramente o perturbado ou esbulhado.»

No mesmo sentido d'estas doutrinas dizia o sr. Joaquim José Paes da Silva nas suas observações ao projecto do sr. Seabra:

«Ao artigo 563.º (artigo 474.º do codigo), combinado com o artigo 576.º (artigo 484.º do codigo), que estabelece uma definição de posse limitada á retenção ou fruição da cousa ou direito, e dão direitos iguaes e por consequencia tambem acções iguaes, de manutenção e restituição de posse a qualquer possuidor, tenho a observar, que na idéa juridica de posse, que se dá no citado artigo, se exclue a intenção de ter a cousa como sua, em virtude de titulo habil para transferir o dominio, v. g., compra, troca, doação, que designam as palavras «*animo sibi habendi*», que quasi todos os escriptores incluem na definição de posse; em ordem a distinguir a posse natural e a civil, a justa e a injusta, que, em verdade, não podem ser equiparadas, nem em direitos nem em acções. Porém, não se inserindo na definição estas palavras, vem a igualar-se em direitos e acções a posse natural e a civil, a justa e a injusta, e parece-me que as regras para a collisão das posses, que se dão no artigo 579.º (artigo 488.º do codigo), não tiram os inconvenientes notados; porque não evitam que se intentem as mesmas acções em circumstancias de posses, que sejam differentes. Entendo que a posse que tem o colono, o depositario, o commodatario, o crédor pignoraticio, e que é em todos estes casos detenção ou posse em nome de outrem, não é igual em direitos áquella que tem o que possue em seu proprio nome, em virtude de titulo habil para transferir dominio, chamada, por isso, posse perfeita. Foi segundo estes principios, que o insigne Pereira e Sousa (nota 948) disse que, não tendo posse o colono, elle não podia usar das acções possessorias, que só competem ao verdadeiro possuidor; mas devia em caso de turbação ou espoliação implorar o nobre officio do juiz (de que, para outros casos, que exigem providencia prompta, fallou a reforma judiciaria, artigo 293.º); e Lobão, no tratado de interdictos, § 262.º, disse, que só aos que possuiam em seu nome, é que competiam os remedios possessorios, e os que possuem em nome de outro, sendo turbados na sua detenção, deviam implorar o nobre officio do juiz; embora depois, nos §§ seguintes, dissesse, que podiam a estes competir ou a imploração do nobre officio do juiz, ou os remedios possessorios. É verdade que o codigo civil francez, no artigo 2228.º, deu uma definição de posse em outro sentido, que o illustre auctor do projecto entendeu devia preferir; e tambem o é, que Savigny fez a nova distincção de posse corporal, pretoriana ou *ad interdicta*, e civil ou *ad usucapionem* (que Ortolan, ás institutas, sómente considera engenhosa), o que não deixou de fazer uma revolução na theoria da posse do direito romano, como se nota no prefacio da 6.ª edição do mesmo Savigny; e no diccionario de Baulet, de 1857, vem tambem a definição de posse no mesmo sentido, que adoptou o auctor do projecto. Todavia entendo que a doutrina, que nos ensinou o sr. Paschoal sobre posse, no liv. 3.º, tit. 2.º, que é a que eu acima apresentei, em primeiro logar, é que deve preferir. Seja porém qualquer a que se siga, entendo que é preciso declarar, em termos bem explicitos, quaes os direitos e acções dos colonos, depositarios, e similhantes, para evitar as questões que sobre isto têem havido, especialmente nos pontos das acções, que lhes competem, e até porque isto é preciso para melhor intelligencia e applicação pratica do artigo 594.º (artigo 504.º do codigo) sobre acções de manutenção e espolio. Resta-me observar, que me parece não haver conveniencia em igualar os direitos e acções do possuidor natural e do civil, do justo e do injusto».

A resposta do sr. Seabra, que transcrevemos na integra de proposito pela importancia do assumpto, para pôr em relevo e em evidencia todas as differenças do novo sobre os velhos systemas de tratar a posse, é a seguinte:

«Aos artigos 563.º e 576.º (artigos 474.º e 484.º do codigo). *Entende o nosso illustre revisor, que nos termos, em que definimos a posse limitada á retenção ou fruição da cousa ou direito, igualámos em direitos e acções todos os possuidores, e estabelecemos uma doutrina inadmissivel. Que excluimos da nossa definição a clausula* animo sibi habendi, *que quasi todos os escriptores accrescentam em ordem a distinguir a posse natural e civil, justa e injusta, que não podem ser equiparadas nem em direitos, nem em acções. Que as regras que damos para a collisão das posses, artigo 579.º (artigo 488.º do codigo), não tiram os inconvenientes notados, porque não evitam que se intentem acções. Que a posse que tem o colono, o depositario, o commodatario, o crédor pignoraticio, que em todos os casos possuem em nome alheio, não é igual em direitos á d'aquelle, que possue em seu proprio nome.*

«Esta materia é uma das mais embrulhadas do direito civil, não porque ella o seja em si mesma, mas pelas differentes definições, que se têem dado de posse, e pelas ficções e distincções, que se têem imaginado.

«Propozemo-nos n'este titulo tratar dos direitos, que se adquirem por mera posse e prescripção, e por consequencia não é a posse, como signal e effeito da propriedade, que deviamos ter em vista, e

tomar como ponto de partida. N'esse caso, a posse não seria a que produzisse o direito, seria antes a consequencia de um direito anterior.

« Era, pois, indispensavel tomar a posse no seu primeiro e caracteristico elemento « o facto visivel da detenção ou fruição ».

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

« Analysemos. Distinguimos: 1.º, artigo 570.º (artigo 481.º do codigo) a posse em nome proprio e a posse em nome de outrem. Em seguida, marcámos differentes direitos, segundo as diversas qualidades de posse. E os direitos, que são consequencia da posse, só competem ao verdadeiro possuidor. O que a exerce em nome de outro, é um verdadeiro mandatario ou delegado, que só póde exercer os direitos, que o mandato ou a lei lhe conferir. Mas quando dizemos « o possuidor », entende-se sempre em proprio nome, artigo 575.º (§ 1.º do artigo 481.º do codigo). O que cumpria pois, era marcar nos casos, em que se possue em nome de outro, que direitos competem ao mandatario ou delegado.

« Sempronio apodera-se de certo objecto. Qual foi o animo com que o fez? Ninguem o póde adivinhar; e só póde revelar-se pelos factos consequentes. O animo é um facto psycologico, que se não póde conhecer *á priori*. Só vemos a simples detenção. Esta detenção, se versa sobre cousas, que não estão no patrimonio de alguem, diz-se *occupação*, e este assumpto foi já tratado em outro logar; mas, se versa sobre cousas, que têem sido já preoccupadas, ou estão em patrimonio particular, diz-se propriamente *posse*.

« Supponhâmos que Sempronio, que está de posse d'esta cousa, é perturbado n'ella por outrem: *quid juris?* N'esse caso, é preciso que a lei regule a questão, e para isso cumpre examinar o direito possessorio de cada um, e decidir em favor de quem tiver melhor posse (pois não tratâmos aqui da questão do dominio). Se o perturbante tinha anteriormente posse, e foi d'ella esbulhado, é preciso saber, se a nova posse tem ou não durado um anno. No caso affirmativo, o novo possuidor não póde ser obrigado a restituir, sem ser convencido ordinariamente do melhor direito do esbulhado.

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

« Mas se a nova posse tiver sido adquirida violentamente, será o esbulhado desde logo restituido, artigo [illegible] » (artigo 487.º do codigo). O facto da violencia importa tal perturbação na ordem social, que deve ser immediatamente reprimido, e até com desforço pessoal, na fórma do artigo 578.º (artigo 486.º do codigo).

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

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



« Mas, dir-se-ha, o depositario, o commodatario, o colono, poderão usar em seu nome dos meios possessorios? É evidente que não, porque não possuem em proprio nome. Era porém necessario que a lei provesse aos prejuizos, que a demora da acção poderia occasionar ao verdadeiro possuidor, e é isso o que se acha acautelado nos respectivos titulos.

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

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

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

O codigo não introduziu novos principios, nem alterou as bases sobre que assenta a materia. As regras que formula, e os preceitos que consigna, achavam-se já prevenidos na nossa legislação anterior, e nos tratados dos respectivos escriptores. Mas segue um systema mais simples, claro e racional.

Quasi todos os escriptores gastam muito tempo com a definição e divisões de posse; consideram como elemento essencial da posse o *animus sibi habendi;* e distinguem a posse em justa e injusta, natural, civil, ou posse *ad interdicta*, e posse *ad usucapionem*.

O codigo desprendeu-se de todas estas ficções e subtilezas imaginadas, e sustentadas pelos differentes escriptores que têem commentado a legislação romana, e reconhecidas em todas as leis organisadas sob a influencia d'esta. O codigo considera a posse, não como [illegible] al e effeito da propriedade, mas como ponto de partida para a acquisição do dominio; e por isso toma-a no seu primeiro e caracteristico elemento — o facto visivel da detenção ou fruição, destacando-a completamente da questão da propriedade.

A posse manifesta-se, ou pela *detenção*, como é a posse do depositario, ou pela *fruição*, como é a posse do rendeiro e do commodatario.

A definição está formulada na sua maior generalidade, abrangendo tanto a posse em nome proprio, como a posse em nome de outrem, porque é o facto da *detenção* ou *fruição* que o codigo considera, com exclusão apenas da detenção ou fruição, constituida por actos facultativos ou de mera tolerancia, que não é posse com effeitos juridicos.

A esse facto assigna o codigo differentes direitos e acções, segundo os diversos casos e circumstancias. Assim os direitos do que possue em nome alheio não são os mesmos do que possue em nome proprio. Para manter a posse, que não tem um anno, contra quem a disputa, é necessario algum titulo. Para manter a posse de mais de anno não é preciso titulo algum: só se perde, decaindo-se na questão da pro-

priedade. Para manter a posse perturbada ou esbulhada pela violencia não ha só o recurso judiciario, mas tambem o meio da força.

O codigo portanto, sem se importar com o *animus habendi*, ou com as distincções de posse, que servem só para embrulhar e confundir tão importante assumpto, assigna differentes acções e differentes effeitos juridicos ao *facto* da detenção ou fruição, segundo as differentes circumstancias que o acompanham. O codigo regula os factos segundo elles apparecem e se manifestam.

Mas taes raizes tinha ganho o antigo methodo, que no seio da propria commissão revisora appareceram ainda propostas para o manter ou restaurar, pondo de parte o systema do projecto, que está hoje legalisado no codigo.

Em sessão de 4 de janeiro de 1861, na discussão do artigo 563.º do projecto primitivo, que corresponde ao artigo 474.º do codigo, apresentaram-se as tres seguintes propostas, feitas pelos srs. José Julio, Ferrer, e Silva Ferrão:

1.ª Posse é a retenção ou fruição exercida pelo detentor *ou no proprio nome*, ou seja exercida directamente por um acto seu, ou seja por intervenção de outra pessoa que para este fim o representa;

2.º A posse consiste na detenção da cousa, com a *intenção de adquirir direitos* ou no *exercicio dos direitos;*

3.ª Diz-se posse o mero facto da retenção de qualquer cousa ou direito por qualquer pessoa, *com animo* de fruir exclusivamente essa cousa ou direito, ou de a conservar ou d'ella *dispor como propria*».

Em todas estas propostas transparecia a idéa de não haver posse sem o animo de *ter como propria* a cousa possuida.

N'aquella sessão foram rejeitadas todas as tres propostas, bem como o artigo correspondente do projecto primitivo, que só se differençava do artigo do codigo, em ter a palavra «*effectiva*» em seguida á palavra «*fruição*»; e foi encarregado o sr. Seabra de apresentar na sessão seguinte outra definição.

Na sessão seguinte, 7 de janeiro de 1861, diz a acta com relação ao artigo: «Depois de algumas reflexões do sr. Seabra, concluiu o mesmo senhor que o artigo devia ser approvado como está, não lhe parecia que na definição devesse haver alteração. Por esta occasião o sr. José Julio declarou que se a sua proposta de definição não tivesse sido já rejeitada, a retiraria para votar o artigo como está».

Ora nem o sr. José Julio faria esta declaração, nem os srs. Ferrer e Silva Ferrão, que estavam presentes n'esta sessão, guardariam silencio, e deixariam de significar na acta o seu voto em ponto tão grave, se não se convencessem, em presença das declarações do sr. Seabra, que o novo systema era o melhor. Effectivamente a confusão, que se notava nos tratados dos escriptores sobre esta materia, tinha por principal origem o não considerarem a posse em si, como um facto desligado do dominio, mas o considerarem-na sempre, ou como consequencia da propriedade, ou como ponto de partida para a acquisição do dominio por meio da prescripção; quando a posse póde ser considerada só em si, e já assim dá logar ás acções de *prevenção, manutenção* e *restituição*, reconhecidas n'este capitulo.

A commissão revisora rejeitou, de certo por desnecessaria, a seguinte proposta do sr. Marreca: «A posse adquire-se pela apprehensão, continua-se pela retenção ou fruição da cousa ou direito».

O artigo 474.º encerra tres artigos do projecto primitivo, que a commissão revisora agrupou logo na primeira revisão.

O artigo propriamente dito corresponde ao artigo 563.º do projecto, o § 1.º ao artigo 568.º, e o § 2.º ao artigo 571.º



A definição de posse sanccionada pelo codigo abrange, tanto as cousas *corporeas*, como as *incorporeas*, artigo 479.º; *retêem-se* as corporeas como um edificio, ou qualquer objecto movel, *fruem-se* as incorporeas, como a servidão ou o usufructo.

Na generalidade da definição comprehendem-se tambem, tanto as cousas moveis como as immoveis, sendo portanto applicaveis as acções de *manutenção* e de *restituição* de posse, artigo 504.º, tanto a objectos moveis, como a immoveis. Em sessão da commissão revisora de 2 de novembro de 1864 argumentou o sr. Ferreira Lima contra a definição, que era só verdadeira detenção sem fundamentar os interdictos, e sem poder defender-se por embargos de terceiro, mas não propoz alteração, porque iria entender com toda a materia de posse.

A definição porém em nada contraria o uso dos interdictos, ou dos embargos de terceiro, de que o possuidor póde aproveitar-se, no caso de ser de mais de anno a sua posse, ou de ser melhor do que a de qualquer outro, nos termos do artigo 488.º, se não tiver durado mais de anno.

A proposição de que os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse, é consequencia da definição de posse, dada pelo codigo. Deixo colher os fructos nas minhas arvores, deixo apascentar os gados alheios no meu campo, por mais tempo que dure este goso, posso acabar com elle quando eu quizer, cessando a tolerancia, que os permittia. Em accordão de 8 de julho de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 33, julgou a relação do Porto, ou pelo menos declara-se n'uma das tenções vencedoras, que a posse precaria e de favor não produz direitos algums contra o concedente, e que em rigor nem posse verdadeiramente se lhe póde chamar.

A primeira parte do § 2.º é uma redundancia completa: depois de se ter dado a definição de posse equivale a dizer: «*ha posse, emquanto ha posse*».

O que carece de explicação são as palavras «*ou a possibilidade de a continuar*». O codigo refere-se á possibilidade *physica* ou á possibilidade *juridica?* Interpretando a significação d'esta palavra pela definição de posse e pela theoria do codigo a este respeito, refere-se a possibilidade ao *facto* de poder reter-se ou fruir-se a cousa, tenha ou não o possuidor direito para usar e dispor d'ella.

Para utilisar as acções de manutenção e de restituição e os outros remedios possessorios não ha distincção entre a posse de boa ou de má fé. Verificado o facto da posse, a lei protege-a do mesmo modo. Basta a posse meramente natural, que não conduz á usucapião, para dar origem aos meios possessorios. Passado um anno de posse, ainda adquirida por violencias, fica o facto da posse com uma força indestructivel; porque a lei, attendendo a rasões de ordem social, a declara justa por ter decorrido este praso, salvo se essa posse é em nome de outrem, ou assenta em actos facultativos, ou de mera tolerancia.

Toda a retenção ou fruição que não assentar em *actos facultativos ou de mera tolerancia*, é posse com effeitos juridicos, sem embargo da boa ou da má fé do possuidor.

O legislador toma em conta o facto da posse em si, para attribuir-lhe effeitos juridicos, independentemente da intencionalidade do possuidor.

A distincção entre a posse de boa ou de má fé não tem importancia para os remedios *possessorios*, mas sim para a prescripção, e para a acquisição e restituição dos fructos, e bemfeitorias.

Art. 475.º A posse, como meio de adquirir, póde ser de boa ou de má fé.

Para a acquisição do dominio em virtude da prescripção é que influe a boa ou má fé do possuidor, exigindo-se um praso mais ou menos longo para se constituir ou completar a prescripção, segundo a posse é de má ou de boa fé, artigos 527.º, 529.º, 532.º, 535.º, 544.º, etc.

O exercicio das acções possessorias porém não depende da boa ou da má fé do possuidor.

Em materia de posse a circumstancia de boa ou de má fé só é devidamente attendida quanto aos direitos do possuidor aos fructos e bemfeitorias, e quanto á sua responsabilidade por perdas e damnos. Pelo que respeita a estes direitos e responsabilidades, o possuidor de boa fé é tratado com muito mais favor do que o possuidor de má fé.

Com relação ao tempo necessario para adquirir a posse, e d'ella não poder ser esbulhado, senão depois de convencido na questão de propriedade, é que não ha distincção entre possuidor de boa ou de má fé.

Art. 476.º Posse de boa fé é aquella que procede de titulo cujos vicios não são conhecidos do possuidor. Posse de má fé é a que se dá na hypothese inversa.

(Vid. artigo 478.º, e o § 4.º do artigo 495.º) O possuidor de boa fé tem o seu titulo exclusivamente na boa fé ácerca da sua posse.

A boa fé presume-se, artigo 478.º O dolo não se presume: compete á parte interessada allega-lo e prova-lo.

O effeito da presumpção é que a parte, que a tem por si, escusa de provar o facto que allega, artigo 2517.º, que não póde ser destruido senão por meio de prova em contrario, artigo 2518.º

Assim o individuo, que allega que o auctor da herança, de quem é herdeiro legitimo, falleceu sem testamento, não carece de provar esta circumstancia, porque a existencia do testamento é um facto, e os factos não se presumem: á outra parte, interessada na existencia ou apresentação do testamento, é que incumbe provar o facto.

Ha porém presumpções, que a lei não permitte illidir com prova em contrario, como no caso de doações ou vendas ás pessoas que o codigo reputa interpostas nos termos dos artigos 1481.º e 1567.º, que por mais esforços que faça o donatario ou comprador para provar que não é *interposta* a pessoa, a lei não admitte prova contra a presumpção estabelecida, de que é effectivamente interposta a pessoa a quem se fez a doação ou a venda.

Está em boa fé o individuo que comprou bens a quem julgava ser proprietario d'elles, poisque podia ignorar esta circumstancia. Mas desde que soube que o vendedor não era o proprietario fica constituido em má fé.

A boa fé não se presume sem existir o titulo, porque a boa fé consiste em desconhecer os vicios do titulo. Logoque esses vicios são denunciados ao possuidor, ou se prova que elle os conhece, cessou a boa fé, artigo 495.º § 4.º

Não podem pois separar-se os dois predicados «*titulo* e *boa fé*», e por isso a presumpção em favor da boa fé só tem logar, existindo o titulo; e o effeito d'esta presumpção é passar á parte contraria a obrigação de mostrar que o titulo tem vicios, que estes vicios são conhecidos do possuidor, e que são de natureza a invalidar o titulo.

Supponhamos porém que o titulo é nullo, por exemplo, pela falta de pagamento da contribuição de registo n'uma venda de bens de raiz; como a ignorancia da lei a ninguem desculpa, presume-se por esse



simples facto a má fé? Não. A ignorancia da lei, se não releva de responsabilidade, nem por isso importa má fé.

Não carece porém de ser escripto esse titulo para induzir boa fé. Póde estar em boa fé, por exemplo, o individuo que se acha na posse de propriedades herdadas de seu pae, sem possuir o titulo anterior de acquisição, nem documento escripto da successão.

É posse de má fé a dos compradores que o não podem ser nos termos do artigo 1562.º É de boa fé a do herdeiro em virtude de testamento nullo, cuja nullidade elle desconhecia.

É aos tribunaes que compete apreciar desde quando os vicios do titulo começaram de ser conhecidos do possuidor; e, sob pena de nullidade, deve a sentença condemnatoria reconhecer a existencia da má fé, e a epocha em que esta começou.

Deve notar-se que a circumstancia da boa ou da má fé exerce influencia differente na posse, segundo se trata de effeitos possessorios propriamente ditos ou da prescripção.

Para o effeito da prescripção só é necessaria a boa fé na posse no momento da acquisição, artigo 520.º A má fé, que sobrevem no decurso do periodo necessario para completar a prescripção, não prejudica o prescribente. Já assim não é quanto aos effeitos possessorios.

O possuidor só faz seus os fructos emquanto dura a boa fé, artigo 491.º Aindaque estivesse em boa fé no momento da acquisição, cessou o seu direito aos fructos desde que conheceu os vicios da sua posse.

A boa fé do possuidor reputa-se ter cessado, ou pela intimação judicial dos vicios da posse em virtude de proposição de acção em juizo, ou pelo facto de os ter elle conhecido por outro modo, facto que póde ser provado por qualquer meio de prova.

A prescripção só se interrompe, pelo reconhecimento feito pelo prescribente, ou por intimação judicial, artigo 552.º

Na idéa de desenvolver mais a doutrina d'este artigo apresentou o sr. Silva Ferrão, em sessão de 4 de janeiro de 1861, um additamento, que aqui transcrevemos pela importancia da doutrina que contém, e que era redigido nos seguintes termos:

«Consideram-se conhecidos do possuidor os vicios ou improcedencia do titulo, quando:

«1.º Evidentemente constarem do documento respectivo, ou em poder do possuidor, ou em que elle interviesse, ou que existir em cartorio, archivo ou registo publico;

«2.º O possuidor tiver em seu poder documento valido, mas repugnante da sua posse;

«3.º O possuidor qualificar a sua posse conforme o titulo por elle mesmo revogado ou invertido;

«4.º A posse recair sobre cousas ou direitos, que por sua natureza ou disposição da lei não possam ser objecto de posse;

«5.º O possuidor sabe, ou tem justa rasão de saber, que não precedeu a sua posse, nem depois se lhe seguiu, approvação, nem transmissão alguma legitima;

«6.º O possuidor tenha justa rasão de exigir, e não exigir, previamente ao contrato a prova do direito ou a legitimidade do transmittente;

«7.º O possuidor, tendo começado a posse em nome de outrem, se funda em titulo que d'este não derivou, nem de pessoa a quem este o transmittisse.»

Em sessão de 11 de janeiro foi discutido o additamento, e a este respeito diz a respectiva acta o seguinte: «Suscitando-se a questão

previa, se havia logar a additar aquelle artigo, venceu-se que não por maioria. O sr. presidente declarou que votaria por algumas das doutrinas do additamento, adherindo a esta declaração os srs. Marreca e Levy, por entenderem necessario desenvolver ou precisar o artigo; e o sr. José Julio declarou que tambem approvaria algumas disposições do additamento, mas votava pela sua desnecessidade, pelas julgar comprehendidas no artigo. O sr. Seabra fez a declaração de que votava contra, em parte por julgar a materia evidentemente comprehendida no artigo, e em parte por conter disposições com que se não póde conformar».

O additamento e as declarações mencionadas esclareciam muito a intelligencia do artigo, e pena foi que a commissão não tivesse especificado alguns dos factos verdadeiramente constitutivos de dolo. Esta especificação prestaria grande subsidio aos tribunaes, e não os deixaria entregues exclusivamente ao puro arbitrio da sua interpretação.

**Art. 477.º** A posse produz em favor do possuidor a presumpção de propriedade, que póde ser mais ou menos attendivel, conforme as circumstancias.

A posse induz presumpção de propriedade, porque é a manifestação, não do titulo, mas do exercicio do dominio; e presume-se que quem exerce o direito, o exerce em nome proprio, artigo 481.º D'aqui vem a regra *In pari causa melior est conditio possidentis*. No entretanto esta presumpção, como as presumpções em geral, cede á prova em contrario. Um terceiro póde vir allegar e provar que effectivamente lhe pertence o direito que outrem exercita.

**Art. 478.º** A posse presume-se de boa fé emquanto o contrario se não provar, salvo nos casos em que a lei expressamente não admittir tal presumpção.

(Vid. nota ao artigo 476.º)

**Art. 479.º** Só podem ser objecto de posse cousas e direitos certos e determinados, e que sejam susceptiveis de apropriação.

(Vid. nota ao artigo 370.º)

**Art. 480.º** Podem adquirir posse todos aquelles que têem uso de rasão, e ainda os que o não têem, nas cousas que podem ser objecto de livre occupação.

§ unico. Pelo que respeita ás cousas apropriadas, os que não têem uso de rasão podem, apesar d'isso, adquirir posse pelas pessoas que legalmente os representem.

(Vid. artigo 507.º) O codigo faz differença, quanto ás pessoas que podem adquirir a posse, entre cousas *nullius* e cousas *alicujus*. As cousas *nullius* podem occupa-las tanto os que têem uso de rasão, como os que o não têem. Assim, o menor póde, como o maior, occupar um diamante sem dono que encontre na praia, ou qualquer substancia vegetal produzida nas aguas publicas, etc. Como a posse consiste na simples detenção da cousa, artigo 474.º, fica por isso pertencendo o objecto ao primeiro occupante.



Parece que o codigo parte do principio de que sendo, tanto a posse como a prescripção, meios de adquirir cousas já preoccupadas, ou que estão no dominio particular, não podem utilisar-se d'estes meios senão os *capazes* de adquirir e exercer direitos. Similhante prohibição não abrange a prescripção negativa, porque o fundamento d'esta é não tanto o facto do devedor como a negligencia do crédor.

O direito advem ao prescribente na prescripção negativa, menos de ter o senhor *adquirido*, do que ter o proprietario *perdido*.

Em vista da letra do codigo póde sustentar-se que para adquirir a posse são competentes até os menores, comtantoque tenham *uso de rasão*, ao passo que para adquirir a propriedade pela prescripção são incompetentes os menores, aindaque tenham uso de rasão, porque são *incapazes*, artigo 507.º

No entretanto parece-nos que o codigo, pelas palavras empregadas n'este artigo, «*os que não têem uso de rasão*», se refere ás mesmas pessoas que no artigo 507.º designa pela palavra «*incapazes*», porque não se explica a rasão por que os menores com uso de rasão haviam de poder adquirir por si a posse para o effeito das acções possessorias, e não a haviam de poder adquirir para o effeito da prescripção.

Assim, o tempo da posse conservada durante a menoridade, com ou sem uso de rasão, não deve ser contado nem para a prescripção, nem para a posse propriamente tal, salvo sendo exercida pelo representante do menor.

Se porventura começar a prescrever uma cousa antes de ser julgado incapaz o individuo, e, se a cousa continuar na posse do seu representante, ajunta-se aquelle tempo a este para perfazer o praso necessario para a prescripção.

O prodigo, aindaque privado da administração dos bens, não se reputa incapaz para o effeito de adquirir por prescripção, porque elle não é privado, pela sentença de interdicção, dos seus direitos civis, artigo 345.º

As cousas, que têem dono, não podem ser occupadas, nem para a posse nem para a prescripção, pelos que não têem uso de rasão, ou que são incapazes, mas sim e unicamente pelos seus representantes. Assim um predio, pertencente a terceiro, na posse do tutor do menor, como representante d'este, prescreve a favor do menor, decorrido o tempo necessario para a prescripção.

Mas o objecto movel possuido pelo incapaz, qualquer que seja o tempo da posse, não prescreve a favor d'este, talvez porque sendo necessaria a boa fé no momento da acquisição, não possa presumir-se que tivesse *fé* de qualidade alguma quem era incapaz, ou não tinha uso de rasão.

A doutrina do artigo 507.º, que prohibe aos incapazes o adquirir o dominio pela prescripção positiva, era mais exacta no projecto primitivo, aonde se exigia a boa fé, tanto no começo como no decurso da posse.

Porém desde que a commissão revisora não dá ao requisito da boa fé importancia para d'elle fazer dependente essencialmente a prescripção, mas sim e unicamente para encurtar os prasos da mesma prescripção, e que funda este modo de adquirir principalmente na negligencia do crédor, não ha rasão para legitimar a doutrina do § unico do artigo 507.º

Com relação aos immoveis, ainda poderia dizer-se que não aproveita aos incapazes a prescripção positiva, senão por meio dos seus legitimos representantes, porque effectivamente elles não têem a posse por si, mas unicamente por intermedio dos seus representantes.

Com relação porém ás cousas moveis, que elles podem por si *reter* sem o concurso dos seus administradores, não havia inconveniente em que lhes aproveitasse a prescripção positiva.

Não vemos tambem motivo para permittir aos que não têem uso da rasão a acquisição da posse das cousas *nullius*, e para prohibir-lhes a acquisição da posse das cousas *alicujus*.

Parecia-nos mais logico o projecto primitivo, que no artigo correspondente (369.º) dizia assim: «Podem adquirir posse todos aquelles que têem uso de rasão. § unico. A posse póde, comtudo, ser adquirida em favor das pessoas exceptuadas, por aquelles que legalmente as representam».

Os menores pois, que não podem adquirir validamente, salvo o disposto no artigo 99.º, por algum dos modos que em direito se chamam derivados, sem a intervenção do pae ou do tutor, poderiam todavia, em presença da letra d'este artigo, adquirir por si a posse, tendo uso de rasão.

A nossa convicção porém é, como já dissemos, que o legislador ligava ás palavras «*que não tem uso de rasão*», empregadas n'este artigo, a mesma significação que á palavra «incapazes», que se lê no artigo 507.º

**Art. 481.º** A posse póde ser adquirida e exercida tanto em proprio nome, como em nome de outrem.

**§ 1.º** Em caso de duvida presume-se que o possuidor possue em proprio nome.

**§ 2.º** Presume-se que a posse continúa em nome de quem a começou.

Os direitos, consequencia da posse, pertencem em regra só a quem possue em nome proprio. Os que possuem em nome de outrem não se chamam possuidores, são mandatarios ou delegados, que só em nome de outro podem exercer os direitos, que dimanam da posse.

O depositario, o commodatario, ou o colono não podem usar em seu nome dos meios possessorios. Porém, como era necessario que se provesse aos prejuizos, que a demora da acção poderia occasionar ao verdadeiro possuidor, por isso o codigo, nos artigos 1451.º, 1515.º e 1608.º, n.º 4.º, impõe ao depositario, ao commodatario, e ao arrendatario, que são perturbados ou esbulhados da cousa, a obrigação de avisarem d'isso immediatamente o verdadeiro possuidor, tomando desde logo a defeza dos direitos d'este, até elle providenciar, sob pena de responderem por perdas e damnos.

O colono e o depositario têem tambem a posse do *direito*, que adquiriram pelo arrendamento e deposito, cuja manutenção podem sustentar contra o proprio proprietario, mas não com o fundamento *na posse da cousa*, que só exercem em nome do proprietario.

O usufructuario possue em seu nome, e por direito proprio. A sua posse é consequencia do direito real de usufructo, e por isso póde usar dos meios possessorios, artigo 2219.º É tambem obrigado a avisar de qualquer turbação ou esbulho o proprietario, artigo 2240.º, sob pena de perdas e damnos; mas não é obrigado a sustentar n'esse intervallo os direitos do proprietario, vistoque póde deixar de sustentar até os seus. O usufructuario póde usar dos meios possessorios, tanto contra terceiro, como contra o proprietario.

Em conclusão. Segundo o codigo, são competentes para intentar as acções possessorias:



1.º, o curador provisorio dos bens do ausente, artigo 59.º; 2.º, o tutor, emquanto aos bens do menor e do interdicto, artigos 21.º n.º 9 e 321.º; 3.º, os administradores dos bens do prodigo, artigo 311.º; 4.º, os herdeiros ou successores do possuidor, artigo 485.º; 5.º, o possuidor que foi turbado ou esbulhado da sua posse, artigo 486.º; 6.º, o crédor pignoraticio, artigo 860.º n.º 2.º; 7.º, o consignatario de rendimentos, artigo 871.º n.º 2.º; 8.º, os parceiros agricolas, tambem nos mesmos termos, artigo 1303.º; 9.º, o depositario, emquanto o deponente não proveja como cumprir, para o que lhe dará aviso, artigo 1141.º; 10.º, o commodatario, tambem nos termos do depositario, artigo 1515.º; 11.º, o arrendatario, nos mesmos termos do depositario, artigo 1608.º n.º 4.º; 12.º, o cabeça de casal, artigo 2083.º; 13.º, o usufructuario, artigo 2219.º, cumprindo-lhe avisar tambem o proprietario de qualquer facto de terceiro, de que tenha noticia, que possa lesar os direitos do proprietario, artigo 2240.º

Vê-se pois que não só os possuidores em nome proprio, mas tambem os possuidores em nome alheio, podem usar das acções possessorias, com a differença de que o direito d'estes ao uso das referidas acções tem os limites determinados na lei.

Não é só o crédor pignoraticio que póde intentar a acção criminal contra quem lhe furtar a cousa empenhada, mas tambem o simples depositario, ainda mesmo que o delinquente seja o proprio dono, como se mostra do artigo 453.º do codigo penal.

§ 1.º, etc. Como a posse acompanha ordinariamente a propriedade, e o exercicio do dominio se manifesta pela posse, a presumpção é de que o possuidor é proprietario tambem, artigo 477.º, emquanto não apparece prova em contrario. O possuidor tem a vantagem de ser dispensado do onus da prova.

§ 2.º, etc. O que começa a possuir, como colono, commodatario, ou depositario, presume-se continuar possuindo pelo mesmo titulo. Como não se póde possuir em nome proprio e em nome de outrem ao mesmo tempo, e como o que tem a posse em nome de outrem por tempo indefinido a renova e perpetúa a cada instante, não póde fixar-se a epocha em que o dono foi desapossado sem prova expressa.

Onde porém se torna mais importante a distincção entre posse em nome proprio e posse em nome alheio, é na materia da prescripção.

Só produz a prescripção a posse em nome proprio, *animo domini*, artigos 510.º, 527.º e 529.º

Os que possuem em nome de outrem, como o arrendatario e o depositario, não cessam de representar a pessoa por quem possuem, e poderão prescrever a favor d'esta, mas nunca a seu favor.

Por prescripção não póde *adquirir-se* contra o proprio titulo, artigo 510.º, porque ninguem póde mudar *a si mesmo* o principio e a causa da sua posse; comquanto possa *exonerar-se* de obrigações contra o proprio titulo, artigo 535.º

Assim o arrendatario não póde sustentar contra o titulo do seu arrendamento, que não foi considerado como detentor em nome alheio, mas sim como proprietario.

Se estivesse muito tempo sem pagar, prescreviam as rendas, nos termos dos artigos 543.º e 544.º, mas a propriedade nunca.

Para prescrever o que possue em nome de outrem é necessario inverter o titulo da sua posse, substituindo, por exemplo, o titulo de arrendamento pelo de venda, de modo que se considere como proprietario, e não como arrendatario.

A inversão do titulo opera-se, ou por facto de terceiro, ou por opposição do possuidor, não repellida por aquelle, em cujo nome possue.

Por *facto de terceiro.* O arrendatario de uma casa, que a compra a terceiro que se lhe apresenta como verdadeiro dono, desde que principia a possui-la em boa fé, a titulo de proprietario, deixando de pagar as rendas ao alugador, começa uma posse que o conduz á prescripção.

Diz-se *por facto de terceiro,* que não é proprietario, porque se a venda fosse feita por este, o arrendatario adquiria então o dominio, não pelo modo *originario* da prescripção, mas pelo modo *derivado* da venda. É preciso que a transferencia seja feita *a non domino* para a acquisição ser proveniente da prescripção.

Pela mesma rasão, se o arrendatario vendesse, como sua, a cousa a terceiro, podia este adquiri-la pela prescripção.

A compra foi feita em qualquer dos casos a quem não era proprietario, mas o comprador começou de possuir a titulo de proprietario. O comprador não deriva o seu direito do titulo primitivo do vendedor, que o não tinha, mas do proprio titulo, pelo qual este lhe transmittiu a propriedade.

*Por opposição do possuidor.* Pedro arrenda-me uma terra, e eu, reconhecendo que ella não é de Pedro, deixo por isso de pagar-lhe as rendas, e recuso-me mesmo a pagar-lh'as. Se elle não tenta as precisas acções para rehaver a propriedade, ou se as tenta, e ellas não vingam, posso eu adquirir por prescripção o predio, porque desde esse momento me considero proprietario.

Não é indispensavel para este effeito que a opposição do possuidor se faça judicialmente, basta a extrajudicial, porque o codigo não faz distincção.

O que possue em nome de outro *nunca* prescreve, artigos 527.º e 529.º, salvo invertendo-se o titulo da posse; e, n'este caso, a posse para a prescripção começa a correr desde a data da inversão do titulo. D'aqui vem o brocardo juridico «vale mais a posse sem titulo, do que a posse com titulo vicioso».

Art. 482.º O possuidor póde perder a posse:

1.º Pelo abandono;

2.º Pela cedencia a outrem por titulo oneroso ou gratuito;

3.º Pela destruição ou perda da cousa, ou por esta ser posta fóra do commercio;

4.º Pela posse de outrem, ainda contra vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um anno.

§ unico. O anno corre desde o facto de ser a nova posse tomada publicamente, ou, se tiver sido tomada clandestinamente, desde que isso conste ao esbulhado.

(Vid. artigos 487.º a 489.º, 504.º e 532.º n.º 1). A posse póde perder-se, ou *voluntariamente,* ou contra vontade do possuidor.

1.º e 2.º, etc. O abandono e a cedencia são dois modos differentes, pelos quaes o sujeito do direito renuncia voluntariamente ao objecto do seu direito. A qualquer é licito apropriar-se da cousa, desde que ella é *abandonada,* porque desde então deixa de ter dono, artigo 383.º A *cedencia,* ou seja feita por valor equivalente, ou represente uma doação, significa em todo o caso uma transmissão de direitos a favor do adquirente.



3.º, etc. Vid. nota ao artigo 370.º A cousa *perdida* deixa tambem de ter dono, e conseguintemente por qualquer póde ser occupada, cit. artigo 383.º, devendo todavia satisfazer-se ás diligencias prescriptas nos artigos 404.º e seguintes.

A destruição da cousa faz perder, não só a posse, mas até o dominio, por falta de objecto sobre que se exercite. Desde que não ha retenção da cousa, nem possibilidade de continua-la, artigo 474.º, acabou a posse.

4.º Perde o possuidor a posse, desde que o esbulhador a conservou por mais de anno. Quem possuiu por mais de anno, ou em boa ou em má fé, ou por meios brandos ou violentos, sem ser por mera tolerancia de outrem, tem um direito tão indestructivel á posse, que só póde ser privado d'ella sendo vencido na questão da propriedade, artigo 489.º

Assim o decidiu a relação de Lisboa em accordão de 3 de dezembro de 1870, publicado na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 4438, nas palavras «porquanto achando-se demonstrado pela prova de fl., que os appellantes têem posse de mais de um anno do goso da agua disputada, não podiam ser turbados n'esta, porque o artigo 489.º do codigo civil determina que o possuidor, n'este caso, seja mantido na posse, emquanto não for convencido na questão de propriedade». No mesmo sentido julgou a relação do Porto em accordão de 17 de janeiro de 1871, publicado no jornal *O Direito,* 3.º anno, n.º 8.º

O proprietario, por exemplo, que por si e seus antepassados é senhor de um predio, ha seculos, se foi esbulhado da posse, e não intentou dentro de um anno a acção de restituição, já não tem remedio possessorio para rehaver a posse. Ha de intentar a acção de reivindicação para obter a propriedade, e conseguintemente a posse, como consequencia do dominio.

Antes da promulgação do codigo, grande era a variedade dos julgados sobre esta materia. As ordenações, livro III, titulo XL, § 2.º, e livro IV, titulo LVIII *pr.* e § 1.º, não permittiam que se invocasse o dominio para defeza nas acções de força. Era rasoavel esta disposição, porque nem devem discutir-se no mesmo processo duas questões de natureza tão differente, como são as de posse e de propriedade, nem deve deixar de observar-se o salutar principio: *Spoliatus ante omnia restituendus.* Como porém o assento de 16 de fevereiro de 1786, quesito 2.º, determinava que não devia ser julgada a posse a quem pelos autos se mostrasse não pertencer a propriedade, regulavam-se muitos juizes pelas provas do dominio para conferir a posse; e n'este sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordãos de 26 de novembro de 1861 e de 1 de agosto de 1862.

O codigo porém cortou esta questão. Manda attender só ao facto da posse, que, sendo de mais de anno, não póde ser combatido senão na questão da propriedade, salvo provando-se que o possuidor possue em nome de outro, ou que os actos de posse são meramente facultativos.

Conseguintemente é inutil ajuntar ao processo de acção possessoria documentos comprovativos da propriedade, salvo quando estes servem para provar tambem a posse, ou melhor posse, como na hypothese do artigo 488.º

Verdade seja que o codigo, ao passo que declara que a posse em nome de outrem não conduz á prescripção, artigo 510.º, 527.º e 529.º, não declara que o possuidor em nome de outrem não possa usar dos meios possessorios contra o senhor da cousa, porque effectivamente póde o possuidor em nome de outrem usar das acções de posse contra o possuidor quando este atacar *a sua posse.*

O possuidor em nome de outrem póde usar dos remedios possessorios contra o respectivo proprietario, provando a *legitimidade* da sua posse, como se o periodo de arrendamento não é findo, etc. Pela sua parte o proprietario, aindaque o terceiro que possue em nome d'elle tenha posse de mais de anno, não é obrigado a recorrer á acção de dominio para rehaver a sua posse effectiva quando expira o tempo, porque o terceiro possuia em seu nome.

Seria absurdo que, findo, por exemplo, o arrendamento, que tivesse durado mais de anno, o senhor do predio não podesse usar da acção de despejo contra o arrendatario, e tivesse que recorrer necessariamente á acção de reivindicação para se metter na posse do seu predio.

Antes da publicação do codigo, tinha o possuidor dois meios possessorios, quanto á forma do processo, para se fazer restituir á posse: um, summario, denominado «acção de força nova», que se intentava dentro de anno e dia, e outro, ordinario, que se denominava «acção de força velha», e que estava sujeito á regra geral da duração das acções.

No direito antigo tambem não havia disposição legal que reconhecesse expressamente a acção de força velha. No entretanto deduziam-na os praxistas principalmente dos textos da lei que fallavam da força velha, e era admittida no fôro sem contestação.

Ambas as acções, tanto a de força nova, como a de força velha, se dirigiam á manutenção ou restituição da posse, com a differença unica de que a acção de força nova seguia o processo summario, e havia de ser intentada dentro de anno e dia, e a acção de força velha seguia o processo ordinario, intentava-se passado anno e dia, e prescrevia por trinta annos.

Tambem pelo codigo as acções possessorias têem a natureza de summarias, mas como estas acções podem ser empregadas em diversos casos, artigos 486.º a 489.º, e como o codigo, no artigo 489.º, e só no artigo 489.º, emprega a expressão «*summariamente*», têem alguns duvidado se, nas hypotheses dos artigos 486.º, 487.º e 488.º, será ordinaria a fórma de processo, visto ser principio geral que deve seguir-se o processo ordinario quando a lei ou a praxe não estabelecem expressa e especialmente o contrario.

O codigo porém no artigo 489.º nem estabelece doutrina nova, nem incompativel com a nossa lei do processo.

Da ordenação, livro III, titulo XLVIII, e de outros logares, parecia deduzir-se que só eram *summarias* as acções de força espoliativa, mas na praxe do fôro eram processadas summariamente, tanto estas, como a acção de força turbativa, praxe mandada observar pela reforma judicial, artigo 281.º

Esta é ainda a nossa legislação do processo, mesmo depois da promulgação do codigo.

As acções possessorias são isentas de conciliação, nos termos do artigo 1.º da lei de 16 de junho de 1855.

O codigo, no intuito de castigar a negligencia do proprietario que deixou passar um anno sem procurar recobrar a sua posse, negligencia tanto mais reprehensivel, quando o esbulho foi violento, faz prescrever a posse pelo espaço de um anno, sem attenção ás circumstancias da boa ou da má fé, ou da violencia da acquisição.

No projecto primitivo ainda se conservava a acção de força velha, como se vê do artigo 581.º, fonte do artigo 489.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: «Se a posse tiver durado por mais de anno, será o possuidor summariamente mantido, ou restituido, ainda mesmo contra qualquer outra posse ou direito, emquanto não for convencido *ordinariamente*, ou seja na questão de propriedade, ou seja na *questão de posse*.

«§ unico. *N'este ultimo caso*, porém, poderá o réu defender-se com excepção de dominio, e, sendo convencido, não será condemnado em mais do que o seria em questão de propriedade».



No entanto, desde que a commissão revisora estabeleceu o principio de que a posse produz a presumpção de propriedade, artigo 477.º, e de que se adquire a posse de cousa alheia, ainda contra vontade do dono, pelo decurso de um anno, não podia deixar de determinar que, passado o anno, só podesse discutir-se a questão de propriedade. Findo o anno não póde discutir-se a posse, nem por meio ordinario, nem por meio summario; o que póde discutir-se é a questão de propriedade, e rehaver-se a posse, como consequencia do dominio.

O codigo conserva a antiga distincção entre a acção de manutenção e a de restituição, sendo aquella para o caso de ser alguem inquietado na sua posse, mas sem a largar, e esta para o caso de effectivamente ser privado d'ella, distincção que na pratica é muitas vezes impossivel de verificar.

Por direito antigo a acção de *manutenção* tinha o nome de *força nova turbativa*, chamada tambem *interdicto uti possidetis*, e a acção de *restituição* denominava-se *força nova espoliativa*, tambem chamada *interdicto unde vi*, ou *interdicto recuperandae*.

Effectivamente, a acção de posse, qualquer que seja a denominação que se lhe dé, não póde deixar de ser considerada debaixo de dois pontos de vista, segundo a natureza e effeitos das lesões na posse, isto é, segundo o possuidor é apenas *perturbado* ou effectivamente *esbulhado* da sua posse.

Ambas as acções são *summarias por sua natureza*, e têem por base a posse, que deve sempre ser allegada e provada, sob pena de ser declarada a petição no primeiro caso inepta, e no segundo improcedente e não provada.

Não podem porém accumular-se estas duas acções, porque isso implicaria contradicção, vistoque n'uma allega-se a perturbação, mas que a cousa continúa em poder do auctor, e na outra allega-se que a posse pertence ao auctor, mas que a cousa está em poder do réu. E alem d'isso, n'uma pede-se que o réu seja condemnado a não mais turbar a posse, e na outra que seja condemnado a restituir a posse esbulhada, ou o auctor restituido a essa posse.

Porém nas acções, ainda com o caracter *de restituição*, tendentes a impedir que se constitua uma servidão descontinua, deve concluir-se pedindo que o réu seja condemnado *a não continuar* a praticar actos que perturbem o auctor na posse da propriedade, onde o réu pretende constituir a servidão.

Assim o decidiu a relação do Porto, em accordão de 15 de julho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 153.

Tanto a acção de restituição, como a acção de manutenção, são consideradas *conservatorias*, porque o seu fim é restabelecer o estado de direito do possuidor, anterior á perturbação ou esbulho, independentemente da questão da propriedade. Mesmo na acção de restituição, embora seja esbulhado da cousa o possuidor, presume-se que elle conserva a posse *animo*, emquanto não decorre um anno depois do esbulho.

É de grande importancia determinar quaes são as acções *conservatorias*, porque em varios artigos do codigo se distingue entre acções *conservatorias* e acções *persecutorias*, permittindo-se aquellas em re-

gra mesmo aos administradores de bens alheios, e estas só a quem representa a propriedade. Póde o curador provisorio dos bens do ausente propor acções *conservatorias*, artigo 59.º Póde o tutor propor por sua auctoridade acções *conservatorias*, mas as *persecutorias* não póde intenta-las sem auctorisação do conselho de familia, artigos 224.º n.º 17.º e 243.º n.º 9.º Póde o crédor pignoraticio usar de todos os meios *conservatorios*, artigo 860.º n.º 2.º Póde o cabeça de casal demandar e ser demandado por todos os meios *conservatorios*, artigos 2083.º e 2084.º

Iguaes preceitos, e servindo-se da mesma linguagem, estabelecia o projecto primitivo nos artigos (67.º, 229.º n.º 14.º, 248.º n.º 9.º, 956.º n.º 2.º, 2248.º e 2249.º) correspondentes áquelles.

Conseguintemente encontrámos no projecto primitivo um meio de interpretação official e authentico para determinar a significação das palavras «*acções conservatorias*».

Ora o projecto primitivo, nos artigos 2692.º, 2696.º e 2697.º, que, com muitos outros, foram eliminados pela commissão revisora como pertencentes ao processo, dispunha o seguinte: «Emquanto ao seu fim, as acções podem ser conservatorias ou persecutorias. Acções conservatorias são as que têem por objecto a manutenção da posse, ou a conservação de direitos ameaçados. Acções persecutorias são as que têem por objecto as restituições de dominio, ou o cumprimento de obrigações».

E o titulo III do livro II da parte IV do projecto, em que se trata da acção de manutenção e de restituição, inscreve-se: *Das acções conservatorias.*

É portanto fóra de duvida que as duas acções possessorias, tanto a de manutenção, como a de restituição, são meios *conservatorios*, nos termos do codigo.

Estas acções possessorias são de manifesta utilidade, apesar de poderem ser suppridas até certo ponto pela acção de reivindicação.

É verdade que pela acção de reivindicação póde pedir-se, não só o dominio, mas a posse do que nos pertence, e que, decaindo-se na acção possessoria, forçoso é recorrer á acção de reivindicação, tentando-se assim duas demandas, uma das quaes se tinha evitado, recorrendo-se desde logo á acção de reivindicação.

No entretanto as acções possessorias têem vantagens importantes, que não se encontram na acção de reivindicação: 1.º, porque muitas vezes o possuidor tem só a posse, e não a propriedade do objecto, e por isso não póde usar da acção de revindicação; 2.º, porque nas acções possessorias basta provar a posse, quando na acção de reivindicação é preciso provar o dominio, e em regra é mais difficil a prova da propriedade do que a de posse; 3.º, porque effectuada a manutenção ou restituição da posse, fica o possuidor em condições mais favoraveis quando se intente contra elle a acção de reivindicação, especialmente porque fica o adversario na posição de auctor e na necessidade de provar o dominio, e: *Auctore non probante reus absolvitur.*

Mas aquelle que decaíu na questão de propriedade não póde intentar depois a acção possessoria, vistoque a posse estabelece uma presumpção de propriedade, artigo 477.º; e como, perdida esta, caduca aquella, fica sem base a posse, e sem rasão de ser a acção possessoria.

Demais, como na acção de reivindicação são requisitos *sacramentaes*, para nos servirmos da linguagem empregada no accordão da relação do Porto, de 14 de fevereiro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 13, 3.º anno, que se allegue e prove — o *dominio* da parte dos auctores — e — a *posse* da parte dos réus — não podia vir negar-se aos réus, sem manifesta contradicção, na acção possessoria a posse, que na acção de reivindicação se lhes havia confessado e reconhecido.



O anno para a prescripção da acção de restituição conta-se desde o *facto* do esbulho, se este foi praticado publicamente, ou desde a *noticia*, se foi praticado clandestinamente, artigo 504.º Quando o esbulho foi publico, isto é, praticado de modo que póde ser conhecido por todos, argumento do disposto no artigo 523.º, presume-se que a noticia do esbulho coincide com a pratica do facto.

No esbulho clandestino, porém, não podia impor-se pena ao possuidor pela sua negligencia, sem o facto ter chegado ao seu conhecimento.

O facto da turbação presume-se não existir sem conhecimento do perturbado, aindaque a turbação fosse clandestina. Por isso no § unico do artigo 504.º se dispõe claramente que a acção de manutenção prescreve por um anno, a contar desde *o facto* da turbação; disposição a que não vae de encontro o preceituado no n.º 4.º e § unico do artigo 482.º, que parecem referir-se só ao esbulho, e não á turbação.

Ainda assim a commissão revisora, tendo introduzido de novo a disposição, que se lê no § unico do artigo 504.º, e que não vinha no projecto primitivo, devia ter harmonisado com toda a clareza as disposições do n.º 4.º e § unico do artigo 482.º, com o preceito do § unico do artigo 504.º

Na imprensa juridica já se tem sustentado que na acção de manutenção tambem deve contar-se o anno desde o *conhecimento* da turbação, quando esta for clandestina.

Tem-se dito em favor d'esta opinião: 1.º, que, contando-se na espoliação clandestina o anno desde o *conhecimento* do facto, não ha rasão para que se proceda de outro modo no caso de turbação; 2.º, que sendo mais facil praticar clandestinamente o facto da turbação do que o do esbulho, por maioria de rasão deve conceder-se ao perturbado o anno desde a *sciencia* do facto, que se concede ao esbulhado; e 3.º, que, se na turbação não se contar o anno desde o *conhecimento* do facto, póde o possuidor perder facilmente a posse dos seus predios por actos de turbação clandestina que elle ignore.

Não póde porém aceitar-se similhante doutrina, em primeiro logar porque contraria as disposições do codigo acima referidas, e em segundo logar porque não póde haver perfeita identidade entre o *esbulho*, que faz perder a posse, privando d'ella o possuidor, e a *turbação*, que perturba, mas não priva da posse o possuidor.

O codigo resolveu pois a questão, que havia por direito antigo, sobre o modo de contar o anno e dia dentro do qual podia intentar-se a acção de força nova.

Pela ordenação, livro III, titulo XLVIII *pr.*, este anno e dia contava-se *do dia que a força se dissesse feita*. Porém a praxe do fôro, combinando aquella ordenação com a do livro I, titulo LXVIII, § 25.º, e livro III, titulo XI, §§ 5.º e 6.º, havia estabelecido que o anno e dia se contasse desde a *sciencia* do facto, tanto na turbação, como no esbulho.

Compete aos tribunaes o avaliar, segundo as circumstancias, em cada uma das differentes hypotheses, sujeitas á sua apreciação, se o esbulho foi publico ou clandestino.

Na acção de manutenção ha ainda outra especialidade, e vem a ser que não póde intentar-se contra os herdeiros do perturbador. A rasão é obvia. A turbação é um facto pessoal, que não póde ser transmittido. Se os herdeiros do perturbador não continuam a turbação, não

póde haver questão senão para pedir a reparação do damno causado pelo seu antecessor. Se os herdeiros repetem a turbação é contra elles directamente que ha de ser offerecida a acção.

Conseguintemente os representantes do turbador apenas respondem pelas perdas e damnos provenientes da turbação, vistoque lhe succedem em todos os direitos e obrigações, artigo 2014.º, e não é justo que se locupletem com a jactura alheia.

A acção de restituição, essa póde ser intentada contra o esbulhador ou seus herdeiros, ou mesmo contra terceiro, para o qual haja sido transferida por qualquer titulo a cousa, pelo principio: *Res ubicumque est, sui domini est.*

O direito romano não dava acção contra terceiro que houvesse a cousa do esbulhador, no que foi modificado pelo direito canonico, cujas doutrinas se acham adoptadas no nosso codigo, artigo 504.º

Contra a posse por mais de anno não ha por consequencia acção alguma possessoria; e, se alguem for perturbado ou esbulhado da sua posse, tem o meio summario da manutenção ou da restituição para a conservar ou rehaver.

Aindaque a posse real de mais de anno não conste do registo, e se apresente contra ella a posse juridica proveniente de se ter inscripto na conservatoria um titulo translativo de propriedade sem condição suspensiva, nos termos do artigo 953.º, não póde ser privado da sua posse o possuidor effectivo senão na questão da propriedade, porque o codigo dá a mesma importancia á posse effectiva que á posse registada, artigo 523.º

N'este caso o adquirente da posse, em virtude do registo do titulo de transmissão de propriedade, carece de intentar a acção ordinaria de reivindicação para n'ella provar o seu dominio, e conseguintemente haver a posse effectiva.

Não lhe basta requerer a posse judicial, depois de inscripto o titulo, nos termos do artigo 954.º, com citação do possuidor effectivo, e, quando este vier com embargos fundados na sua posse de mais de anno, tratar na contestação aos embargos a questão da propriedade; porque a contestação não é meio de pedir, e o senhor do direito inscripto tem que pedir a propriedade para haver, como consequencia, a posse.

Não admittimos conseguintemente a doutrina dos que sustentam que não ha posse *effectiva* que possa ser mantida contra a posse resultante do registo, emquanto este não é cancellado, porque o codigo no artigo 523.º dá a mesma importancia á posse *publica effectiva* que á posse registada, e no artigo 952.º § unico faculta as acções possessorias, independentemente do registo da posse, disposição reproduzida no artigo 150.º n.º 3.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

A posse effectiva de mais de anno, que não é facultativa, nem em nome de outrem, só na acção de propriedade póde ser combatida.

Se a posse porém é de menos de anno, tem o possuidor que discutir preferentemente com o perturbador ou esbulhador, para ser definitivamente entregue a cousa a quem tiver melhor posse. Se a posse é de menos de anno, tem que allegar e provar, não só o *facto* da sua posse, mas que ella é *melhor* do que a do perturbador ou esbulhador. Se a posse é de mais de anno, o possuidor vence o perturbador ou esbulhador, allegando e provando *sómente* que a sua posse é de mais de anno.

A acção possessoria não compete só a quem tem posse de mais de anno, mas tambem a quem tem posse de menos de anno, artigo 488.º Porém só a posse de mais de anno é que constitue presumpção de propriedade, de modo que o possuidor não póde ser desapossado senão pela acção ordinaria do dominio.



Quando o esbulhador conserva por mais de anno a posse da cousa esbulhada, não ha differença entre esbulhador de boa ou de má fé, violento ou não violento. Contra nenhum ha acção possessoria. Quando a posse é de menos de anno é que ha differença entre esbulhador violento e não violento. O esbulhador não violento póde oppor melhor posse, e vencer desde logo n'esta questão o esbulhado; o esbulhador violento, logoque se prove o facto da violencia, não póde allegar melhor posse, nem ser ouvido em juizo para os effeitos do artigo 488.º, ou para os effeitos da propriedade, senão depois de ter effectuado a restituição, artigo 487.º

O esbulhador violento não fica privado, pelo facto da violencia, do seu direito á posse ou á propriedade. Mas ha de lavar primeiro a nodoa da violencia, repondo as cousas no antigo estado; e só depois é que póde reclamar os seus direitos.

As palavras «*nem o esbulhador será ouvido em juizo*» devem entender-se em termos habeis. Querem dizer «que o esbulhador violento não é ouvido sobre a questão da sua posse ou da sua propriedade, sem fazer a restituição, vista a regra de direito canonico, já respeitada no fôro antigo *spoliatus ante omnia restituendus*». Mas não querem dizer que o esbulhador não possa defender-se, allegando que não fôra esbulhador violento, e que pelo contrario o seu acto, longe de significar esbulho, fôra um desforço permittido nos termos do artigo 486.º

N'este ponto o esbulhador, para defender-se da aggressão de esbulhador violento, carece de provar a sua posse para legitimar o seu acto.

Provado porém o facto do esbulho, e não se mostrando que foi desforço, todos os argumentos do esbulhador sobre a posse ou sobre a propriedade são extemporaneos e inopportunos, emquanto não fizer a restituição.

N'este sentido julgou a relação do Porto, em accordão de 3 de maio de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 132.

Diz o accordão: «Que aggravados foram os aggravantes pelo juiz recorrido no despacho, de que se recorre, pelo qual, fundando-se nos artigos 487.º e 489.º do codigo civil, deferiu ao requerimento da aggravada para o fim de ser ella mantida na posse das propriedades mencionadas no segundo artigo do seu libello, de que diz fôra violentamente esbulhada pelos aggravantes, *e não serem estes ouvidos, nem admittidos a contrariar sem primeiro lhe restituirem essa posse.* Porquanto, nem das peças d'este instrumento se prova o esbulho, e esbulho violento allegado pela aggravada em seu libello, nem quando se provasse, podia o disposto nos citados artigos do codigo justificar o deferimento do requerido pela aggravada».

Verdade seja que em data de 13 do mesmo mez e anno se proferiu no mesmo tribunal accordão, firmado por outros juizes, e publicado no mesmo jornal e no mesmo numero acima citado, em que se diz o seguinte: «São factos reconhecidos e não contestados que os auctores estavam desde 1864 até 1867 na pacifica posse das obras por elles feitas na viella ou azinhaga da Boca, e que tanto a sua destruição, como a innovação de outras obras que os réus ali fizeram em prejuizo dos auctores, fôra praticada ha menos de anno; estes factos acham-se prevenidos na ordenação, livro IV, titulo LVIII, § 2.º, e no codigo civil, artigos 482.º n.º 4.º, 487.º e 489.º, por fórma que em odio ao esbulho, *não póde o esbulhador ser ouvido em juizo, sem que previamente seja o esbulhado restituido á sua posse*».

Não cremos porém que o pensamento d'este accordão contrarie o do anterior, e provavelmente esta decisão significa que o esbulhador violento não póde ser ouvido sobre a sua posse ou propriedade, sem fazer primeiro a restituição. A redacção do accordão todavia não é muito juridica, porque inclusivamente parece dar ao esbulho em geral os mesmos effeitos que o artigo 487.º, na parte final, dá apenas ao esbulho violento.

Effectivamente, já se tem sustentado que as palavras «*nem será ouvido em juizo*», empregadas no artigo 487.º, significam que o esbulhado violentamente póde, sem recorrer á acção de restituição, por uma simples justificação, nos termos do artigo 300.º da reforma, feita sem audiencia do supposto esbulhador, requerer de novo a investidura na sua posse com auctoridade de justiça.

E, segundo se lê nas peças de um processo, transcriptas na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 144, tendo a ordem terceira da penitencia de S. Francisco, de Guimarães, requerido pouco mais ou menos este processo para ser desforçada, por auctoridade de justiça, da força que pretendia ter-lhe feito a mesa da misericordia da mesma cidade, e sendo-lhe indeferida a pretensão pelo juiz de primeira instancia, com o fundamento de que *a justiça hoje, pelas disposições do codigo civil, não restitue contra o esbulho senão pelas competentes acções*, e tendo aggravado d'este despacho, proferiu a relação em 16 de agosto de 1870 o seguinte accordão: «Que não foi aggravada a aggravante no despacho recorrido, porque o recurso á justiça não foi *em acto consecutivo ao inculcado esbulho*, e por isso lhe negam provimento».

Parece pois que o tribunal, se aquelle recurso á justiça fosse em acto consecutivo ao esbulho, o teria legitimado.

É similhante disposição contra os principios do direito e contra as regras do processo.

Em primeiro logar não se admittem, salvos os casos expressos nas leis, justificações avulsas, em que haja pessoa certa interessada, sem a citação d'esta, reforma judicial, artigo 300.º

Em segundo logar, a conservação ou restituição da posse não deveria admittir-se senão por meio das *acções mencionadas* no codigo, artigo 490.º

Demais, é difficil combinar o preceito do artigo 487.º, assim entendido, com as provisões dos artigos 486.º e 2354.º, que permittem o desforçamento por auctoridade propria. Pois o pretendido esbulhador não póde ser o legitimo desforçador, que não fez mais do que recuperar pela sua propria auctoridade a posse da cousa de que fôra injustamente esbulhado?

Admittida esta doutrina, nada mais facil do que angariar duas ou tres testemunhas que, sem a assistencia do interessado, provassem falsamente o facto do esbulho violento.

O artigo 487.º deveria até considerar-se como correctivo do disposto no artigo 486.º, para evitar que o verdadeiro possuidor venha desforçar-se, depois do esbulho, e não em acto consecutivo, cohonestando o seu procedimento com a legitimidade da sua posse ou da sua propriedade. O que é certo é que as palavras «*nem o esbulhador será ouvido em juizo*» não deviam excluir a audiencia absoluta sem prejudicarem o principio sagrado de que a defeza é de direito natural, e que deviam entender-se nos termos, que deixâmos indicados, isto é, de que ninguem póde ser ouvido sobre a propriedade, ou sobre qualquer direito que julgue ter á propriedade, sem fazer primeiro a restituição.



No entretanto, como adiante veremos em a nota ao artigo 485.º, já a relação do Porto julgou que o codigo admitte o desforçamento por auctoridade de justiça, precedido de uma justificação previa, sem audiencia do pretendido lesante.

O processo da acção possessoria é o marcado no artigo 281.º da reforma, emquanto se não publicar o codigo do processo, que regula este assumpto nos artigos 237.º e 238.º O projecto de codigo de processo, ordenando que se recorra ao meio summario ou ordinario, segundo o valor da causa, altera, e em nosso entender sem rasão plausivel, a doutrina do codigo, que reconhece o meio summario para a manutenção ou restituição da posse, qualquer que seja o valor da causa.

Apenas no caso de se achar registada a posse, e de ter sido violento o esbulho, permitte ao possuidor, que quizer aproveitar-se dentro do anno da disposição do artigo 487.º, o deduzir o seu pedido, sem attenção ao valor da causa, em requerimento escripto, juntando certificado do registo da mesma posse, e indicando ao mesmo tempo as testemunhas para prova do esbulho e da violencia, devendo o juiz ordenar, inqueridas que sejam as testemunhas, e averiguados os factos, que o possuidor seja restituido á sua posse, sem citação, nem audiencia do esbulhador.

Parece-nos tambem contrario aos bons principios este processo contra o esbulhador, sem a sua citação, nem audiencia. O esbulhador violento devia ser admittido a provar, senão a legitimidade da sua posse, ao menos que o facto do esbulho fôra legal, e não violento, ainda que se seguisse o meio mais summario e curto para chegar a essa conclusão. Oxalá que a commissão revisora do codigo de processo modifique esta doutrina, tanto no projecto, como no codigo.

Em virtude dos principios expostos ninguem, que esbulhe outrem de certa quantia, póde [illegible] ao lesado, que a reclama, que elle lhe deve outro tanto, artigo 701.º, n.º 2.º

O que foi esbulhado do que era seu tem direito antes de tudo a ser restituido. *Spoliatus ante omnia restituendus.* É um principio tutelar reclamado pelos interesses da ordem publica.

**Art. 483.º Por morte do possuidor a posse d'elle passa, por virtude da lei, com os mesmos effeitos de posse effectiva, aos seus herdeiros ou successores, desde o momento em que o dito possuidor fallecer.**

(Vid. artigos 954.º, 1826.º, 1840.º, 1857.º, 2011.º e 2032.º) A disposição dos artigos 483.º e 2011.º era já a do nosso antigo direito, reconhecida no alvará de 9 de novembro de 1754, e no assento de 16 de fevereiro de 1786, que dispensavam a formalidade da *tradição*, para a acquisição dos direitos successorios. O herdeiro ou legatario representa o *jus* do defunto, e é o seu verdadeiro continuador nos direitos e nas obrigações, independentemente de formalidade alguma.

Logo á morte do auctor da successão transmittem-se os seus respectivos direitos e obrigações, tanto aos herdeiros, quer legitimos, quer instituidos, artigo 2011.º, como aos legatarios, cujo legado é puro, artigo 1826.º

Transmitte-se de tal maneira a posse aos representantes do auctor da herança por morte d'este, que, como bem determina o codigo civil italiano no artigo 926.º, se alguem se apossa dos bens, pretendendo ter direito sobre elles, os herdeiros consideram-se desapossados de facto, e podem exercer todas as acções possessorias que competem aos possuidores legitimos.

N'este ponto porém é preciso ter em vista o disposto no artigo 954.º, que não permitte a entrega e posse de bens immobiliarios determinados, sem que se tenha feito o registo do acto juridico que determinou a transmissão.

Ora se, nos termos do artigo 483.º, a posse se transmitte simplesmente pela morte do possuidor, *por virtude da lei*, aos seus herdeiros ou successores, com todos os effeitos de *posse effectiva*, desde o *momento* em que o dito possuidor fallecer, como é que essa mesma posse, por virtude do disposto no artigo 954.º, não póde dar-se com relação aos bens immobiliarios sem registo?

Cremos que a regra geral, estatuida no citado artigo 954.º, se refere ao caso de estarem já partilhados os bens, e de quererem metter-se de posse os herdeiros nos seus respectivos quinhões; mas que emquanto a successão está *pro indiviso*, e que a propriedade póde reputar-se indeterminada com relação aos herdeiros, podem estes intentar as acções possessorias, independentemente do registo da transmissão, por não ser obrigada a registo a propriedade indeterminada, como prescreve o § unico do artigo 951.º, disposição que o proprio artigo 954.º expressamente resalva.

É este o unico meio de conciliar os dois artigos, na apparencia contradictorios. Acresce ainda que o cabeça de casal póde intentar as *acções* possessorias, artigo 2083.º, prova de que, antes de partilhados os bens, não é preciso o registo do acto juridico da transmissão para residir a posse da successão na *entidade «successores»* do auctor da herança.

E para os herdeiros requererem e obterem a posse judicial dos bens immobiliarios determinados bastará que apresentem certidão passada pelo conservador competente, de que foi requerido o registo, e de que os documentos estavam nos termos de serem admittidos a registo, mas que este não pôde ainda effectuar-se por estarem atrazados os serviços na conservatoria, ou será indispensavel que se ajunte o competente certificado do registo já feito?

É certo que a posse não póde dar-se sem *previo registo*, como se exprime o regulamento de registo predial em o n.º 3.º do artigo 151.º, em conformidade do disposto no artigo 954.º do codigo.

Os effeitos do registo contam-se, é verdade, desde a apresentação dos titulos, notada no *Diario*, artigo 56.º do citado regulamento de 28 de abril de 1870, mas na hypothese de se *effectuar* o registo.

Emquanto não está effectuado o registo póde o apresentante mudar de resolução e retirar o documento que ainda não foi registado; e não póde produzir effeitos juridicos o acto ainda não praticado. Effectuado porém o registo é que os seus effeitos se retrotrahem até á data da apresentação dos titulos a registo.

N'este sentido julgou a relação de Lisboa, em accordão de 3 de dezembro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, n.º 12, 3.º anno.

A relação do Porto porém, em accordão de 6 de dezembro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 150, decidiu que a posse devia ser dada em presença de documento comprovativo de terem sido levados os titulos ao registo, sem embargo de não se apresentar o registo definitivo, vistoque, tendo os interessados feito todas as diligencias para o levarem a effeito, não podia ser-lhes imputado o impedimento que encontraram, que para elles era invencivel, e que por isso os não podia prejudicar, como é de boa rasão, e se acha reconhecido no § 7.º do alvará de 14 de dezembro de 1775, sem embargo do disposto nos artigos 954.º e 955.º, que não cogitaram d'este caso excepcional.



No mesmo sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 2.º anno. Provavelmente ha de vingar esta doutrina, porque no accordão supracitado da relação de Lisboa de 3 de dezembro de 1870, assignado por dois dos juizes que assignaram tambem o de 15 de janeiro do mesmo anno, a tenção publicada conjunctamente com o accordão allega n'um dos considerandos o facto de se não provar pelos autos a impossibilidade do registo.

O principio geral da lei anterior e da lei nova é que o homem nunca morre quanto aos seus direitos e obrigações, que não são puramente pessoaes, e que por isso debaixo d'este ponto de vista não ha momento de interrupção juridica entre o defunto e os seus herdeiros.

É pela morte do auctor da herança que passam o dominio e a posse aos seus respectivos herdeiros, porque é pela morte que se abre a herança, artigo 2009.º, e que os bens, que a compõem, como não podem ficar sem dono, passam aos herdeiros designados pela lei ou pela vontade do homem.

O codigo determinou clara e positivamente o momento preciso da abertura da successão, porque assim era indispensavel para se saber quaes eram os herdeiros.

Abre-se igualmente a successão pela morte, que denominaremos *civil*, logoque passa em julgado a sentença que condemnou á morte o auctor da herança, vista a disposição do artigo 52.º do codigo penal.

Abre-se finalmente a successão pela *ausencia*, julgada nos termos do artigo 64.º, comquanto os direitos dos herdeiros n'este caso sejam resoluveis.

O codigo foi buscar as palavras *auctor da herança* ao direito romano, que definia *auctor* a pessoa de quem derivava o direito: *Non debeo melioris esse conditionis, quam auctor meus, a quo jus in me transit, lei 175*, Dig., *de regulis juris*.

Por esta theoria, se o herdeiro fallecesse momentos depois da morte do auctor da herança, sem ter tomado posse d'esta, *transmittia* já o seu direito aos seus herdeiros; e, pela mesma rasão, se o herdeiro fallecesse sem aceitar ou repudiar a herança, passava já aos seus herdeiros o direito de a repudiar ou aceitar, artigo 2032.º

Este principio é importante, e consequencia do estado de adiantamento da sciencia do direito. A tradição tinha sua rasão de ser no systema symbolico do direito romano. Emquanto o direito não era reconhecido sem ser acompanhado de certas formulas materiaes, julgava-se a tradição um elemento indispensavel para a transferencia do dominio.

Pelo velho direito, sem terem sido *entregues* real ou symbolicamente as cousas ao adquirente, não alcançaria elle a propriedade. Sem o adquirente ter recebido as chaves, e aberto e fechado as portas, quanto aos predios urbanos, e cortado ramos de arvores, ou lançado terra ao ar, quanto aos predios rusticos, não se julgava transmittido o dominio e a posse sobre os bens immoveis.

Hoje entende-se que nas heranças se transmitte o dominio e a posse só pela força do direito successorio, e nos contratos só pela manifestação do consentimento, que póde ser patenteado por qualquer modo legal, independentemente da tradição.

A *manifestação da vontade*, ou nos testamentos ou nos contratos, é que produz o effeito de transferir o direito, independentemente de qualquer formalidade, salvas as condições estabelecidas na lei para prova d'essa *manifestação*. Hoje a transferencia do direito não carece

de fórmas symbolicas. Verificado o facto da expressão da vontade, reputa-se transmittido o direito em todos os seus effeitos.

É em virtude d'este principio, que o legatario tem direito transmissivel, ao legado *puro* e *simples*, desde a morte do testador, artigo 1826.º, ainda mesmo que não tenha tomado posse, nem sequer noticia tenha do legado; de modo que se o herdeiro vendesse a cousa legada, o legatario ou seus herdeiros podiam ir reivindica-la a poder de terceiro, artigo 1857.º Do mesmo modo se a cousa legada perecesse, pereceria por conta do legatario, pela regra: *Res suo domino perit.* Pela mesma rasão o legatario tem direito, desde a morte do testador, aos fructos ou rendimentos da cousa legada, excepto se este houver ordenado o contrario, artigo 1840.º

O projecto primitivo, no artigo correspondente (1974.º) a este artigo 1840.º, determinava o contrario, estabelecendo que o legatario não poderia exigir os fructos e interesses do legado, senão desde o dia em que o herdeiro se achasse constituido em mora, salvo tendo o testador ordenado o contrario ou havendo o herdeiro occultado dolosamente o testamento. Esta doutrina do projecto primitivo era incompativel com os principios da jurisprudencia moderna, em virtude da qual á morte do auctor da herança se transferem desde logo o dominio e a posse aos representantes da herança, quer estes sejam herdeiros, quer legatarios.

Como consequencia d'este principio o projecto primitivo, no artigo 2169.º, correspondente ao artigo 2011.º do codigo, continha o seguinte § unico, que a commissão revisora com rasão eliminou: «Os filhos illegitimos, comtudo, concorrendo com herdeiros legitimos, não poderão haver a porção que a lei lhes assigna, ou lhes for conferida por testamento, senão reclamando-a dos herdeiros legitimos».

Ainda assim o artigo 2011.º, declarando que a transmissão do dominio e posse da herança passa para os *herdeiros*, quer instituidos, quer legitimos, logo á morte do auctor d'ella, poderia dar logar á duvida se se verifica ou não logo á morte do auctor da herança igual transmissão com relação a outros successores, como legatarios, etc., se o artigo 483.º não ampliasse a quaesquer *successores* aquelle principio geral.

A commissão revisora pois estabeleceu de um modo absoluto o principio de que á morte do auctor da herança passa immediatamente o dominio e a posse *effectiva*, ou *natural* como dizia o alvará de 9 de novembro de 1754, aos seus successores, ou succedam em virtude da lei ou de testamento, ou sejam herdeiros ou legatarios, ou sejam parentes legitimos ou illegitimos.

Nas alienações de cousas certas e determinadas tambem não é precisa a tradição, artigo 715.º, e a simples inscripção no registo do titulo translativo de propriedade sem condição suspensiva transmitte a posse, independentemente da tradição, artigo 953.º

Em conclusão, o codigo não reconhece a necessidade da tradição para a transferencia do dominio. O direito sobre a cousa adquire-se, independentemente da tradição, e até da inscripção nos livros da conservatoria, ficando n'este caso apenas sujeito ás desvantagens resultantes da falta de inscripção. A posse judicial porém não póde dar-se sem se registar o testamento, inventario, ou qualquer outro titulo de transmissão, ou esta fosse a titulo gratuito ou a titulo oneroso, salvo quando esta for indeterminada, artigo 954.º

Até a commissão revisora eliminando, logo nos trabalhos da primeira revisão, o § unico do artigo 2169.º, correspondente ao artigo 2011.º do codigo, que acima deixâmos transcripto, inseriu outro § unico nos seguintes termos: «Quando se crie o registo de transmissão de heranças, a posse não poderá ser invocada em juizo sem que o registo se ache feito.»

Esta disposição, que se encontra nos projectos da commissão revisora de 1863 e 1864, já não apparece no de 1865, tendo sido com rasão eliminada, visto ser prevenida a hypothese no artigo 954.º



Art. 484.º O possuidor tem o direito de ser mantido ou restituido á sua posse, contra qualquer turbação ou esbulho, nos termos seguintes.

Art. 485.º O possuidor, que tiver justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem, póde implorar a intervenção da justiça, a fim de ser intimado o que o ameaça para que se abstenha de lhe fazer aggravo, sob pena de dez mil réis a trinta mil réis de multa, alem de perdas e damnos.

(Vid. artigo 2355.º) N'alguns codigos figura nas leis do processo a doutrina sobre as acções possessorias, e é isso mais rasoavel. Porém o nosso codigo, estabelecendo algumas prescripções sobre as acções de posse, limitou-se a indicar os factos que dão origem a estas acções, e a determinar o tempo do seu exercicio; e, expondo materia complicadissima, a respeito da qual pouco ou nada tinhamos no nosso direito anterior, bem andou em consignar alguns principios fundamentaes.

Começaremos por notar que, alem dos remedios civis regulados no codigo, tem o possuidor por justo titulo um remedio criminal contra quem lhe usurpa a sua posse por meios violentos. O codigo penal, no artigo 445.º, pune com prisão correccional a quem, por meio de violencia ou de ameaça para com as pessoas, occupar cousa immovel, arrogando-se o dominio ou a posse, ou o uso d'ella, sem que lhe pertença; e pune com as penas de roubo os que subtrahem violentamente alguma cousa movel, que lhes não pertence; e, nos artigos 475.º e seguintes, pune os damnos causados na propriedade alheia, tanto movel como immovel, impondo a pena de prisão e de multa a quem por qualquer meio derribar ou destruir voluntariamente, em todo ou em parte, edificio ou qualquer construcção concluida ou sómente começada, pertencente a outrem ou ao estado.

Deve notar-se que os referidos artigos do codigo penal não acabaram com o desforçamento, porque o artigo 445.º só pune a occupação da cousa immovel quando ao occupante não pertence, nem o dominio, nem o uso, nem a posse, e o artigo 475.º só pune a destruição de qualquer construcção ou edificio, quando essa destruição é *voluntaria*, isto é, praticada com o proposito ou intenção deliberado de fazer mal, proposito ou intenção que não existe em quem emprega o desforçamento para se restituir á sua posse *legitima*.

Demais, o n.º 5.º do artigo 14.º do codigo penal diz que nenhum acto é criminoso quando seja auctorisado pela lei, e praticado por pessoa competente com as fórmas devidas decretadas por lei; e o desforçamento era auctorisado pela lei vigente ao tempo da publicação do referido codigo, como é auctorisado hoje pelos artigos 486.º e 2354.º do codigo civil.

A relação do Porto decidiu, em accordão de 15 de outubro de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, n.º 124, que não póde instaurar-se procedimento criminal por estes factos, quando *dos autos se não mostra ter havido intenção maleſica ou criminosa*

*para que o facto praticado como no uso de um direito deixasse de ser objecto senão de um processo civil.*

Igual decisão proferiu aquelle tribunal em accordão de 28 de janeiro de 1870, publicado no mesmo jornal, n.º 121.

Os remedios possessorios reconhecidos no codigo são: 1.º, a *prevenção* de damno, estatuida no artigo 485.º; 2.º, o *desforço*, estatuido no artigo 486.º; 3.º, a *manutenção* e *restituição*, artigos 489.º e 504.º; 4.º, o *embargo de obra nova*, artigo 2355.º

Se alguma das partes for casada é indispensavel a intervenção da mulher em qualquer d'estes meios possessorios. Era já a doutrina da ordenação, livro III, titulo XLVII, *pr.*, e é a do codigo, que no artigo 1191.º prohibe ao marido estar em juizo por causa de questões de *propriedade* ou de *posse de bens immobiliarios, sem outorga da mulher.*

O uso do direito de *desforço* por auctoridade propria ha de encontrar na pratica gravissimas difficuldades. Para ter logar em *acto consecutivo* á turbação ou esbulho, é indispensavel que estes factos sejam praticados quasi na presença do lesado, o que raras vezes acontece; e mesmo porque n'esse caso, se elle tivesse força para se desforçar em continente, te-la-ia empregado para obstar á lesão. Alem de que o tempo para o desforço deve contar-se sempre, ainda que a lesão fosse clandestina, desde a *pratica* do facto, e nunca desde a *noticia.*

No entretanto a relação do Porto, em accordão de 21 de abril de 1871, admittiu um desforço por auctoridade de justiça, requerido um mez depois do esbulho, com o fundamento de se acharem ausentes os lesados na occasião da lesão.

Explicaram os juizes a significação das palavras «*em acto consecutivo*» pela significação da palavra «*logo*» que se lê no § 2.º do titulo LVIII, livro IV da ordenação, em virtude da qual a intelligencia do tempo «*logo*» ficava sempre dependente do arbitrio do julgador, regulado pela qualidade da cousa, logar onde estava, e condição do lesante e do lesado; e acrescentaram que, se assim não fosse, inutil se tornava na maior parte dos esbulhos o meio do desforçamento.

Esta jurisprudencia não podemos nós aceitar, vistoque o codigo não faz ás palavras «*acto consecutivo*» o commentario que á palavra «*logo*» fazia a citada ordenação, e porque, sendo o meio do desforçamento um remedio extraordinario e excepcional, não deve ser applicado senão nos casos restrictos, e nos precisos termos do codigo.

Tambem não aceitâmos a jurisprudencia, que o accordão firmou, de que o lesado, que pretende desforçar-se, póde faze-lo por auctoridade propria ou recorrer á justiça, que é a hypothese especial dos autos, onde se proferiu o referido accordão.

A especie do processo, segundo se mostra do accordão e tenções publicadas, era a seguinte:

Tinha uma camara municipal desviado as aguas, pertença de uma quinta, achando-se ausentes os donos da propriedade. Depois vieram elles requerer o desforço judicial sem citação da camara que commettéra o esbulho. E os juizes decidiram que este meio se achava expressamente reconhecido no final do artigo 486.º, consignando este artigo o que já anteriormente era admittido no fôro, segundo declara Lobão no *Tratado dos interdictos possessorios*, §§ 10.º e seguintes.

Acrescentaram os juizes que, podendo os lesados restituir-se á posse por sua propria auctoridade sem citação do lesante, seria absurdo que o não podessem fazer, independentemente da mesma citação, recorrendo á justiça, meio este que offerece muito mais garantias ao lesante.

Consignou pois este accordão a jurisprudencia de que o desforçamento em acto consecutivo a que se refere o artigo 486.º, póde fazer-se de dois modos, ou por força e auctoridade propria, ou recorrendo á justiça.



Parece-nos que esta doutrina se não acha consignada na segunda parte do artigo 486.º Este artigo permitte o recurso á justiça, mas pelos meios competentes, e com citação da parte.

O que não é permittido é o recurso á auctoridade administrativa, que se usava antes do codigo, e que já vimos em pratica depois da sua promulgação, para ella auxiliar ou dar força ao interessado no desforçamento. A auctoridade administrativa não sabe, nem é competente para saber em cada um dos casos, se o desforçamento é o exercicio de um direito possessorio ou a violação de um direito alheio.

Póde ser requerida para auxiliar a justiça no acto do desforçamento em execução da sentença que o auctorise, mas não póde ella por si, a simples reclamação do interessado, interpor-se n'uma questão que só póde ser resolvida por *auctoridade propria* ou por acção da *justiça.* Posta porém em juizo a acção de manutenção ou de restituição é que já não póde ter logar o desforço por auctoridade pessoal.

Depois de termos escripto a nota ao artigo 12.º, e de estar publicado o volume I da obra, onde aquelle artigo se comprehende, vimos explicado n'um jornal juridico que podiam conciliar-se os artigos 486.º e 2354.º com os artigos 2367.º e 2370.º, fazendo desapparecer as desharmonias que notámos, logoque se attendesse a que os artigos 486.º e 2354.º se referem ao caso de haver *effectiva* turbação ou esbulho de posse, e que os artigos 2367.º e 2370.º se referem á hypothese de haver turbação ou esbulho *imminente;* e que assim, quando a violação está *consummada*, póde usar-se do desforçamento em acto consecutivo, ou recorrer-se á justiça, e que quando a violação está apenas *começada*, ou é *imminente*, só póde o aggredido valer-se da força particular, no caso de não ser possivel recorrer á força publica; e que esta conclusão resulta das palavras, empregadas nos referidos artigos, «*possam lesar*» e «*a fim de evitar o damno presente ou prevenir o damno imminente*».

Similhante conciliação porém é impossivel, porque os artigos 2367.º e 2370.º referem-se á hypothese da aggressão *effectiva* com violencias, como meio de lesar os direitos primitivos do individuo, ou de esbulha-lo ou perturba-lo no goso dos adquiridos. Ora, começa por haver impropriedade nas expressões «*possam lesar*» com relação aos direitos primitivos, porque as violencias são em si já uma lesão *effectiva* dos direitos originarios; e, com relação a uns e outros direitos, é palpavel a contradicção entre o artigo 2354.º, que permitte repellir a força pela força, ou recorrer ás auctoridades competentes em *defeza* da propriedade, defeza que se dirige a evitar o damno presente, ou a prevenir o damno imminente, e a disposição do artigo 2370.º, que n'estes casos só permitte o desforço pessoal, não sendo possivel recorrer á força publica.

Na impossibilidade de conciliar as disposições dos referidos artigos devem prevalecer os preceitos dos artigos 486.º e 2354.º sobre o do artigo 2370.º, como dissemos em a nota ao referido artigo 12.º

E as camaras municipaes, mesmo depois da promulgação do codigo, ainda hoje poderão usar do direito de desforçamento que lhes permittia a ordenação, livro I, titulo LXVI, § 11.º, e pela fórma por que era entendida na pratica a ordenação?

Esta ordenação concedia ás camaras municipaes um meio especial de desforçamento para impedir as usurpações dos caminhos e servidões dos concelhos, disposição que na pratica se tinha entendido applicavel a quaesquer usurpações de rios ou ribeiros, de que resultasse prejuizo aos concelhos.

D'este desforçamento para impedir a usurpação das servidões do concelho, segundo a praxe geral e constante do fôro, só as camaras municipaes podiam usar, e dentro de anno e dia, contado desde a usurpação, como declarou o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 18 de junho de 1868.

Segundo a citada ordenação deviam as camaras municipaes verificar previamente por inquirição summaria de testemunhas, perante as partes ou seus caseiros, que para assistirem seriam citados antecipadamente, qual o estado em que se achava a servidão antes de usurpada, e seguidamente restitui-la ao mesmo estado sem innovação alguma, como declararam os decretos sobre consulta do conselho de estado de 9 de abril de 1851, de 2 de novembro de 1852, de 14 de setembro de 1853, e de 26 de novembro de 1859, e o accordão do supremo tribunal de justiça de 30 de fevereiro de 1862.

Este meio de desforçamento era *especial* para as camaras municipaes, porque o desforçamento, permittido aos particulares, devia ser feito *logo*, nos termos da ordenação, livro IV, titulo LVIII, § 2.º, sem necessidade d'aquellas formalidades.

Mesmo antes de vigorar o codigo civil, e logoque se publicou a nova legislação administrativa, que modificou as antigas attribuições das camaras municipaes, entrou em duvida se as municipalidades podiam usar d'aquelle meio de desforçamento permittido na ordenação, livro I, titulo LXVI, § 11.º; e a associação dos advogados de Lisboa, por exemplo, foi de parecer que as camaras municipaes só podiam desforçar-se como qualquer particular, nos termos da ordenação, livro IV, titulo LVIII, como se vê da *Gazeta dos tribunaes*, n.os 905.º e 1444.º

Na pratica porém não vingou esta opinião, como se mostra das decisões do conselho d'estado, e do supremo tribunal de justiça, acima citadas, que continuaram a garantir ás camaras municipaes o direito de desforçamento, tal como lhes era permittido pela ordenação, livro I, titulo LXVI, § 11.º

Depois da promulgação do codigo civil é que devia ter acabado este meio especial de desforçamento facultado ás camaras municipaes, porque o direito de desforçamento não é de ordem administrativa, mas um direito civil propriamente dito, como direito de defeza *da posse*. Todavia os decretos sobre consulta do conselho d'estado de 18 de junho e de 10 de dezembro de 1868, e o accordão do supremo tribunal de justiça de 3 de fevereiro de 1869, acima transcriptos, decidiram que continuava em vigor, mesmo depois da promulgação do codigo civil, o meio especial de desforçamento facultado ás camaras municipaes pela ordenação, livro I, titulo LXVI, § 11.º

As juntas de parochia é que nem pela lei, nem pela praxe do fôro gosam de privilegio algum especial para obstar á usurpação das cousas parochiaes. Só lhes competem os remedios ordinarios, estabelecidos no codigo civil.

O remedio da *prevenção*, que já se achava garantido no direito velho, é tambem de pouco uso, e não poderá ter outro effeito senão fazer discutir antecipadamente a verdadeira questão de posse.

Para proceder a acção, garantida no artigo 485.º, não basta allegar o receio de prejuizo. É mister provar que esse receio é *justo*, deduzindo e justificando os factos, praticados pelo réu *que ameaça*, dos quaes provém o receio, a fim de o juiz apreciar, em vista dos factos allegados e provados, se effectivamente o receio do auctor é justo, ou se é uma simples apprehensão sua, sem fundamento justificado.

Por exemplo. O dono do predio vizinho, que não tem servidão pelo meu, pratica um facto que não póde ter outra significação senão o



preparar-se para fazer serventia pela minha propriedade, tapando ao mesmo tempo a unica serventia que tinha n'outro sitio para o seu predio; estes factos constituem *justo receio*, ou são verdadeira ameaça, que me faz o dono do predio vizinho de estabelecer serventia pelo meu predio.

O artigo 485.º providenceia sobre o caso unico de ter o possuidor justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem, não se tendo verificado ainda o facto da força *effectiva*.

Se o individuo foi perturbado na sua posse não póde, em vez de recorrer á acção de manutenção ou de força nova turbativa, recorrer ao officio do juiz, nos termos do artigo 485.º, allegando justo receio de ser esbulhado.

O emprego dos meios possessorios reconhecidos no codigo não é indifferente. Ha de usar-se de cada um precisamente nas circumstancias e condições prescriptas na lei, porque o processo é de direito publico.

Conseguintemente o individuo, que foi perturbado na sua posse, deve recorrer á acção de manutenção, na conformidade do disposto no artigo 504.º, e não ao officio do juiz.

No exemplo acima posto, se o dono do predio vizinho, que não tem servidão pelo meu, pratica um facto que significa a sua vontade de fazer passagem pela minha propriedade, antes de elle a fazer, a acção unica de que posso usar é a de *prevenção*. Porém desde que elle pratica o facto de *passar* pelo meu terreno, a acção que me compete não é já a de *prevenção*, mas sim a de manutenção ou de restituição.

Verdade seja que a relação do Porto, em accordão de 2 de agosto de 1870, confirmando a sentença do juiz de direito de Oliveira de Azemeis de 18 de outubro de 1869, que tudo vem publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 136, consignou o principio de que, se para usar do meio comminatorio, garantido no artigo 485.º, é bastante o justo receio de turbação ou esbulho, *por maioria de rasão se deve ter como fundamento legitimo do mesmo procedimento a realisação anterior do facto*, que foi objecto do dito receio, com a qual mais se justifica este em relação ao futuro.

Similhante doutrina porém é insustentavel, em presença dos principios reguladores do processo, que é de direito publico, e que não póde por isso ser alterado a mero arbitrio das partes, se por ella se quer dizer que póde empregar-se o remedio da *prevenção* para obter a reparação dos damnos causados pela turbação ou pela restituição. Póde porém o lesado, prescindindo da indemnisação pelos damnos causados, servir-se, como argumento para receio de novas lesões, d'esses mesmos factos, e valer-se do remedio juridico da *prevenção* para ser condemnado o lesante a não praticar novos damnos.

Não é só na acção de prevenção, como expressamente permitte o artigo 485.º, mas tambem nas acções de manutenção e de restituição, sem embargo do silencio do artigo 504.º, que o auctor póde pedir comminação de pena ao lesante para o caso de elle repetir o facto da lesão.

Não póde suppor-se que o codigo, reconhecendo a legitimidade d'este pedido nas acções de simples *receio* de damno, o quizesse excluir para o caso de damno *effectivo*, e tanto mais que o silencio do codigo não podia revogar uma praxe de processo sanccionada pela pratica uniforme e constante do fôro.

O que se não pede na acção de prevenção, por isso mesmo que é de mera prevenção, é a indemnisação de perdas e damnos, que aliás se pedem no caso de turbação ou de esbulho effectivo.

O certo é que tanto nas acções de prevenção, como nas de manutenção e de restituição, deve o auctor allegar *a sua posse*, e n'estas

duas allegar alem d'isso que o facto lesivo teve logar ha menos de anno.

A circumstancia de o codigo não mencionar o embargo de obra nova entre os remedios possessorios, e de o comprehender no direito de defeza, artigo 2355.º, que, pelos artigos 2169.º e 2354.º, pertence ao proprietario, faz levantar a duvida se este remedio de direito pertence só ao proprietario, ou tambem ao simples possuidor.

Porém, como a propriedade dos direitos se manifesta pelo exercicio da posse d'elles, artigo 2173.º, e a posse produz em favor do possuidor a presumpção de propriedade, artigo 477.º, não deve negar-se ao possuidor, que se presume proprietario, remedio tão efficaz para defender a sua posse.

Verdade seja que Correia Telles, na *Doutrina das acções*, nota (5) ao artigo 206.º, declara, referindo-se a Heinecio, que para intentar a acção de embargo de nova obra é indispensavel que o auctor tenha *jus in re*. É porém necessario attender, não só a que muitos considerem o direito de posse um direito real, mas tambem a que Correia Telles define esta acção «a que compete ao senhor, ou *possuidor* de uma propriedade, contra aquelle que edifica obra nova em prejuizo de alguma servidão do auctor.=

O possuidor, assim como póde prevenir-se contra a lesão futura, artigo 485.º, e obter a reparação do damno causado por uma violação consummada, artigos 489.º, 490.º e 492.º, assim tambem deverá ter o direito de precaver-se, por meio do embargo de obra nova, contra a lesão principiada.

Demais, fundando-se a nunciação de obra nova na conveniencia de evitar prejuizos, e na vantagem que resulta para a sociedade de prevenir litigios mais difficeis e consequencias mais graves depois de concluida a obra, tão applicavel é este remedio ao simples possuidor, como ao proprietario.

Tanto este direito não pertence exclusivamente ao proprietario, que elle pertence ao usufructuario tambem, a quem, nos termos do artigo 2219.º, são facultados para se manter no seu usufructo todos os meios de que póde usar o proprietario.

Finalmente, o direito de propriedade envolve o complexo de direitos, especificados no artigo 2169.º, entre os quaes se menciona *o direito de fruição*, e para a *defeza* d'este direito é que a lei reconhece o embargo da nunciação de obra nova.

A nunciação de obra nova, assim como é concedida ao proprietario para salvaguardar o seu direito, assim deve conceder-se ao possuidor que tem a *fruição effectiva*, e que por isso se presume proprietario, nos termos do artigo 477.º

Se o codigo não menciona especialmente a nunciação de obra nova, quando trata da posse, é não só porque este direito não é privativo do possuidor, pois tambem compete ao proprietario, mas tambem porque o legislador o considerou como direito de defeza, e por isso o collocou em capitulo especial.

Nós consideramos este remedio de tal modo possessorio, que não julgâmos necessario o registo da posse para elle ser intentado, como a seu tempo diremos.

Alguem tem sustentado que, quando a violação dos nossos direitos resulta de obra nova, não é permittida a defeza pela força, porque o artigo 2355.º deve considerar-se uma excepção ao disposto no artigo 2354.º

A redacção porém dos dois artigos combinados protesta contra similhante interpretação.



Em vista dos dois artigos tem o lesado tambem o meio da força para defender o seu direito quando for violado por obra nova, e nem o codigo fez innovação n'este ponto, porque conserva n'esta parte os meios juridicos que eram já reconhecidos pelo direito anterior, ordenação, livro III, titulo LXXVIII, § 4.º, e livro IV, titulo LVIII, §§ 1.º e 2.º

Demais, a consequencia d'aquella interpretação seria o ter acabado o *desforçamento*, doutrina inadmissivel, em vista do artigo 486.º do codigo, que dá ao possuidor perturbado ou esbulhado a faculdade de restituir-se por sua propria força e auctoridade.

O *desforço* é para a propriedade o que o *direito de legitima defeza* é para a pessoa.

Os *embargos de terceiro*, que eram tambem remedio possessorio pela lei velha, ficariam proscriptos pelo facto de não serem reconhecidos expressamente no codigo? Não. O codigo revogou a lei anterior só nas materias que abrangeu; e elle não regulou a doutrina relativa aos embargos de terceiro, que alem d'isso pertence á lei do processo.

Pelo contrario reconhece expressamente a legitimidade d'este meio no artigo 1230.º; e o regulamento de registo predial de 28 de abril de 1870, no artigo 215.º, tambem adopta este remedio juridico.

Os embargos de terceiro são remedio meramente possessorio, como já eram pela reforma judicial, que os facultava pela simples rasão de haver *posse effectiva*. Nem póde tratar-se n'esta acção summaria senão da questão de posse, como decidiu o supremo tribunal de justiça em accordãos de 12 de dezembro de 1865 e de 24 de março de 1868.

Effectivamente, os embargos de terceiro são um remedio meramente possessorio, em que se trata sómente de justificar a posse, conforme a literal disposição da lei de 23 de dezembro de 1761, titulo III, § 12.º

Os embargos de terceiro só podem ser oppostos depois de feita a penhora.

O processo para os embargos de terceiro e de nova obra continua a ser o estabelecido na legislação vigente, emquanto não for publicado o novo codigo de processo.

O embargo da obra nova, ou a acção de nunciação de obra nova, é um dos remedios possessorios de mais frequente uso. O embargo tem logar, ou a obra nova prejudique o dominio, ou a posse, ou a servidão. Não tem logar em obras e trabalhos de construcção e reparação de estradas publicas em virtude de projectos approvados pelo governo, ou pela commissão de viação municipal sobre terrenos publicos ou particulares, para esse fim expropriados ou cedidos, decreto de 31 de dezembro de 1864, artigo 31.º

É mister que a obra não esteja acabada para ser competente o meio summario do embargo, porque, se já estiver concluida, outra é a acção que compete ao prejudicado.

Mas é indispensavel tambem que esteja *começada*, não podendo embargar-se por se estarem preparando os materiaes para ella, aliás teria o embargado meio facil de illudir o embargo com a allegação de que a obra era diversa da que o embargante presumia, ou de que havia de ser feita em condições de não lhe causar prejuizo.

A este respeito é expresso o codigo, artigo 2355.º, nas palavras «obra nova a que alguem *dê começo*», que ficaram substituindo as palavras correspondentes do respectivo artigo (2562.º) do projecto primitivo, que dizia assim «obra nova, que algum terceiro *pretenda construir*», substituição que a commissão revisora fez logo nos trabalhos da primeira revisão.

Cumpre igualmente ao nunciante provar que a obra embargada lhe causa effectivo prejuizo, não bastando a prova da presumpção ou receio de damno. Quando se não prove prejuizo *effectivo*, só poderá pedir-se caução de *damno infecto*. A palavra «*violação*» empregada no artigo 2353.º mostra de um modo evidente que não basta o receio de prejuizo, mas que é preciso o damno *effectivo* para ser procedente esta acção; e assim era já por direito antigo.

O embargo póde ser feito, ou judicialmente, ou mesmo extrajudicialmente *per jactum lapidis*, nos termos da ordenação, livro III, titulo LXXVIII, § 4.º, que o codigo não revogou, e isto ou a obra em construcção seja no campo ou nas povoações.

Mesmo nas grandes povoações, e até á porta dos magistrados, póde ser feita a obra de noite, ou com tal rapidez, que não haja tempo de recorrer ao juiz, obter despacho, e encontrar escrivão que vá fazer a diligencia. O embargo extrajudicial não carece de ratificação, comquanto esta diligencia não deixe de ser proficua para mais facilmente se provar o attentado, se o houver.

Em accordão de 3 agosto de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 92, decidiu a relação do Porto que o embargo extrajudicial não carecia de ratificação judicial.

O projecto de codigo de processo é que introduz a innovação de ser necessario ratificar judicialmente o embargo extrajudicial, dispondo no § unico do artigo 185.º, que a parte póde embargar extrajudicialmente a obra, intimando verbalmente e perante duas testemunhas os donos ou os operarios n'ella empregados para não continuarem emquanto recorrer aos tribunaes, o que fará em quatro dias, ficando sem effeito o seu embargo, se assim o não cumprir.

O juiz competente para ordenar o embargo é o da situação do predio, ou seja juiz ordinario, ou juiz de direito, e póde fazer-se mesmo em dia feriado, vista a disposição do artigo 204.º § unico da reforma judicial, que permitte, até em dia consagrado ao culto divino, fazer a citação que tenha por fim evitar a prescripção, ou damno irreparavel.

A petição do embargo judicial não carece de distribuição previa, vista a disposição do artigo 494.º n.º 3.º da citada reforma judicial, porque esperar pelo dia da audiencia, para ter logar a distribuição, poderia dar logar a ultimar-se a obra, e a frustrar-se este meio prompto e proficuo de cada um manter illesa a sua propriedade. O que se distribue depois são os artigos de nunciação.

O projecto de codigo de processo exige que no requerimento ao juiz, para mandar proceder a embargo na obra, se indiquem os fundamentos do pedido, não devendo o juiz ordenar o embargo se não for curialmente requerido, ou se respeitar a obra publica em terreno publico ou que se mostrar já expropriado, e podendo elle mesmo assistir ao embargo quando lhe for requerido ou o julgar necessario.

O nunciante, em vista da ordenação, livro I, titulo LXVIII, § 42.º, e reforma judicial, artigo 290.º § 1.º, deve propor a acção de nunciação dentro de tres mezes a contar do embargo, sob pena de poder o nunciado requerer mandado de levantamento d'este.

O projecto de codigo de processo encurta com rasão este praso, reduzindo-o a quinze dias, não feriados, e seguintes ao embargo, dentro dos quaes o nunciante deve dar seguimento á causa pelo chamamento á conciliação, quando deva ter logar, ou pela apresentação da questão no juizo contencioso.

Se a acção depois de proposta em juizo estiver mais de tres mezes por decidir, póde o nunciado continuar a obra, offerecendo caução *de opere demoliendo*, mas não é por isso relaxado o embargo, nem inhibido o embargante de ser ouvido sobre elle, porque isto só tem logar quando decorrem mais de tres mezes, depois do embargo, sem se terem apresentado em juizo os artigos de nunciação.



Consideram-se um incidente da acção de nunciação de obra nova os artigos de *attentado*, que tem logar quando ha innovação feita por auctoridade particular na obra embargada.

Para procederem estes artigos não é necessario allegar prejuizo, basta provar o simples facto da continuação na obra. No attentado trata-se unicamente de castigar o desprezo do réu pelo embargo feito na obra nova, ou o embargo tivesse sido feito judicial ou extrajudicialmente, e por isso não importa saber se ha ou não prejuizo resultante da innovação.

Como os artigos de attentado têem por fim repor as cousas no estado em que estavam ao tempo do embargo, é necessario descrever no auto de embargo esse estado.

Por isso o projecto de codigo de processo dispõe (e essa é já a praxe actual) que o escrivão, procedendo ao embargo, descreva no respectivo auto o estado da obra e a sua medição, de modo que, allegado o attentado, ordene o juiz exame ou vistoria na obra, e verificando por ella a verdade do facto, mande que seja destruida á custa do embargado a parte que tiver sido innovada.

Se a causa pender já em appellação na segunda instancia, quando se verificar o attentado, pertence aos juizes do recurso tomar conhecimento dos artigos, como se deduz da ordenação, livro III, titulo LXXIII, e como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 21 de novembro de 1865.

No julgamento dos artigos de attentado, como incidente da acção de nunciação, comquanto acção distincta d'esta, não ha logar á condemnação em multa, como decidiu a relação do Porto no já citado accordão de 3 de agosto de 1869, devendo todavia notar-se que dois juizes foram de opinião contraria.

Para intentar a acção de manutenção ou de restituição faz-se petição ao juiz, deduzindo por *Itens* os factos que se allegam, e pedindo-se a citação para na segunda audiencia posterior a esta a ver accusar, e assignar-lhe um praso para a contestação, e seguir todos os mais termos até final, sob pena de revelia. Na contra-fé da citação vae copiada toda a petição, para o réu conhecer perfeitamente todo o alcance da acção, e se preparar para a defeza.

Hoje é corrente a opinião de que não tem logar a acção popular para os particulares tomarem sobre si a defeza das cousas publicas. Só o estado, as camaras municipaes e as juntas de parochia são partes legitimas para a defeza das cousas publicas, municipaes ou parochiaes, como decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 5 de março de 1861.

Estas acções podem ser intentadas perante o juiz ordinario, vista a disposição do artigo 281.º da reforma judicial, que está collocado sob o capitulo que tem por epigraphe «Do processo especial em algumas causas, de que os juizes ordinarios julgam dentro da sua alçada, ou fóra d'ella, mas dentro da dos juizes de direito».

Conseguintemente, se o valor da causa não excede a alçada do juiz de direito, tem o juiz ordinario competencia para a preparar e julgar, e, se a excede, é o juiz ordinario sómente preparador, e o juiz de direito julgador.

Estas acções, sem embargo da regra geral estabelecida no artigo 178.º, podem deixar de ser intentadas no domicilio do réu, e correrem no fôro *rei sitæ*.

É o que se infere das disposições combinadas da reforma judicial, artigo 181.º, e da ordenação, livro III, titulos VI *pr.*, XI §§ 5.º e 6.º, e LV § 10.º *in fine*.

O decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, no artigo 38.º, expressamente declarava que o fôro da situação da cousa era sufficiente para as acções de força, e hoje, pelo regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 170.º, é o juizo *rei sitae* o competente para as justificações de mera posse.

Art. 486.º O possuidor, que é perturbado ou esbulhado, póde manter-se ou restituir-se por sua propria força e auctoridade, comtantoque o faça em acto consecutivo, ou recorrer á justiça para que esta o mantenha ou restitua.

(Vid. nota ao artigo 12.º)

Art. 487.º Se o possuidor foi esbulhado violentamente tem direito a ser restituido, sempre que o requeira, dentro do praso de um anno; nem o esbulhador será ouvido em juizo, sem que a dita restituição se tenha effeituado.

Art. 488.º Se a posse é de menos de um anno, ninguem póde ser mantido ou restituido judicialmente, senão contra aquelles que não tenham melhor posse.

§ unico. É melhor a posse que se abona com titulo legitimo; na falta de titulo ou na presença de titulos iguaes, é melhor posse a mais antiga; se as posses forem iguaes, prefere a actual; se ambas as posses forem duvidosas, será a cousa posta em deposito, emquanto se não decidir a quem pertence.

Art. 489.º Se a posse tiver durado por mais de um anno, será o possuidor summariamente mantido ou restituido, emquanto não for convencido na questão de propriedade.

(Vid. notas aos artigos 482.º e 547.º)

Art. 490.º As acções mencionadas nos artigos antecedentes não são applicaveis ás servidões continuas não apparentes, nem ás descontinuas, salvo fundando-se a posse em titulo provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelles de quem este o houve.

(Vid. artigos 2272.º e 2273.º) Os remedios possessorios em geral não podem empregar-se contra o que nega a posse de servidão que não seja continua e apparente, nos termos do artigo 2270.º, pela rasão de que não se manifestando esta especie de servidão por signaes exteriores incessantes, ninguem póde ser obrigado a respeita-la.

Para provar pois a posse d'estas servidões, salva a excepção firmada na segunda parte do artigo, é necessario recorrer aos meios ordinarios.

Da disposição d'este artigo, ainda combinada com a do artigo 2273.º, não resulta a conclusão, que alguns têem pretendido tirar, de que hoje não póde discutir-se a questão *de posse* n'estas servidões, visto não ser permittida a sua acquisição pelo meio da prescripção.



A posse n'estas servidões póde ainda hoje questionar-se. A conclusão, que resulta dos artigos, é que só póde questionar-se em *acção ordinaria*, e não com o uso dos remedios possessorios, salva a hypothese especial do final do artigo.

A doutrina do artigo 490.º é consequencia logica do principio estabelecido no artigo 2273.º, de que as servidões continuas não apparentes, e as descontinuas apparentes ou não apparentes, não podem adquirir-se pela simples posse, sem contrato que conste de titulo, não bastando a prova testemunhal, talvez em attenção tambem ás disposições dos artigos 1459.º, 1590.º e 1594.º

Nem a posse immemorial é bastante para as adquirir, salvo com relação ás que estivessem adquiridas ao tempo da promulgação do codigo, nos termos da legislação anterior, artigo 2273.º § unico.

N'estas servidões a posse não é *continua* e *publica*, requisitos indispensaveis na posse para a prescripção, artigo 517.º O proprietario do predio serviente póde não ter conhecimento de actos descontinuos, e muitas vezes equivocos.

As servidões continuas apparentes podem ser combatidas a cada momento pelo proprietario, que não póde ignora-las; e, sendo negligente em reclamar o seu direito, justo é que corra contra elle a prescripção. As descontinuas porém, e as continuas não apparentes, póde o proprietario ignora-las, porque não se usam, senão a largos intervallos, e ordinariamente de modo equivoco: póde have-las permittido o proprietario por simples tolerancia ou complacencia, não se dando n'este caso descuido culposo, como se dá na hypothese de ser continua e apparente a servidão.

Portanto a mera posse de uma servidão d'esta natureza, por mais longo que seja o periodo decorrido, é insufficiente para dar logar ás acções possessorias, ou de prescripção.

É preciso que a posse seja acompanhada de titulo, e não basta um titulo qualquer, é preciso que o titulo seja emanado do proprietario do predio serviente, ou da pessoa de quem este o houve.

Tambem póde sustentar-se a acção de posse, se esta se fundar em titulo proveniente do proprietario do predio serviente, ou d'aquelles de quem elle o houve (porque em qualquer dos casos ou foi o aggressor que transmittiu o direito ao lesado, ou que o deve reconhecer em quem o transmittiu, por ser a mesma pessoa que lhe transmittiu o predio).

Se o titulo proveiu do dono do predio dominante, que no contrato de venda declarou que a propriedade tinha uma servidão de passagem pelo predio vizinho, nada importa esta declaração para a constituição da servidão. Carece de força em geral contra terceiros, e especialmente contra o proprietario do predio, porque todos foram estranhos ao acto da venda. Similhante titulo é desprovido da crença de legitimidade da posse.

Se o titulo emana, não do *verdadeiro* proprietario do predio serviente, mas do que passa por ser proprietario d'elle, conduz do mesmo modo á prescripção, como sustenta Rogron em a nota ao artigo 695.º do codigo civil francez.

N'este caso o titulo induz boa fé e persuasão da parte do dono do predio dominante, de que exerce a sua posse em virtude de um titulo legitimo.

Levantando-se disputa sobre a validade do titulo constitutivo da servidão descontinua ou continua não apparente, deverá o que estiver de posse ser mantido n'ella durante o processo sobre a validade do titulo.

Se, estando as partes de accordo a respeito da existencia da servidão descontinua, ou da continua não apparente, apenas discordarem sobre o modo de usa-la, haverá sobre este ponto logar á prescripção.

Note-se porém que ha um caso especial em que o titulo da constituição da servidão descontinua apparente tem uma fórma especial, que é o que consiste no signal da servidão posto pelo dono de ambos os predios, nos termos do artigo 2274.º

A prescripção d'estas servidões, começada antes da promulgação do codigo, e ainda não concluida a esse tempo, fica sem effeito. As prescripções começadas antes da promulgação do codigo são reguladas pelas leis anteriores, artigo 564.º, quanto ao tempo necessario para prescreverem, e quanto ás outras condições exigidas para a prescripção, mas não abrangem a questão do principio da prescriptibilidade.

Esta questão é regulada exclusivamente pelo codigo desde a sua promulgação para todos os casos, em que a prescripção não estava adquirida. Em toda a materia prescriptivel antes do codigo civil, e declarada imprescriptivel pelo codigo, a posse anterior á promulgação do codigo fica sem effeito para operar a prescripção, artigo 565.º

O artigo 490.º quasi que elimina os remedios possessorios com relação ás servidões descontinuas e continuas não apparentes, porque raras serão essas servidões tituladas, nos termos do artigo. Por isso, se o proprietario nega a servidão, especialmente a servidão de transito, que é a mais frequente, tem o dono da servidão que recorrer aos meios ordinarios, para o que ha de registar primeiro o seu titulo comprovado nos termos do artigo 517.º

Mas se estas servidões forem embaraçadas pela construcção de uma obra, poderá o possuidor da servidão vir com embargo de obra nova, ainda reconhecido no artigo 2355.º do codigo? De certo.

O artigo 490.º refere-se ás acções *mencionadas nos artigos antecedentes*, onde não se faz menção do embargo de obra nova. É pois applicavel, nos termos da lei anterior, o embargo de obra nova quando estas servidões forem prejudicadas pela construcção de alguma obra. Mas depois da obra concluida, ou sendo o embaraço de outra natureza, não ha remedio possessorio senão nos termos do artigo.

Contra os perturbadores ou esbulhadores de uma servidão continua não apparente, ou de uma servidão descontinua, pois, não ha remedio juridico senão a acção ordinaria de dominio. A disposição do artigo abrange até as servidões adquiridas pela prescripção antes da promulgação do codigo.

Mesmo os que possuiam uma servidão desde tempos immemoriaes antes da promulgação do codigo, não podem hoje usar dos remedios possessorios. As servidões d'esta especie, adquiridas antes da promulgação do codigo, são respeitadas, artigo 2273.º O codigo respeitou estes *direitos* adquiridos. Mas os *meios* de os fazer valer alterou elle, obrigando o possuidor a usar sempre do meio ordinario, qualquer que fosse o tempo da sua posse, e ainda que por meio d'esta tivesse já adquirido o dominio.

As palavras *«conforme o uso e costume da terra»*, empregadas no artigo 2273.º § unico, significam que para serem adquiridas por prescripção as servidões, antes da promulgação do codigo, era preciso que se fizesse *uso d'ellas*, na fórma por que eram *usadas* nas respectivas localidades.

Convem todavia notar que o artigo do codigo se refere unicamente ao caso de *se pretender conservar a servidão pelas acções possessorias*, mas não ao caso de *se pretender impedir a servidão por meio de taes acções*, o que mais se confirma pela combinação d'este artigo com o disposto no artigo 2273.º, do qual se mostra que o codigo não permitte as acções possessorias para manter as servidões, quando estas não podem ser adquiridas pela prescripção fundada na mesma posse.



O individuo pois que pretende ter servidão descontinua ou continua não apparente no predio vizinho, não póde valer-se das acções possessorias para sustentar o seu direito senão no caso excepcional marcado n'este artigo.

Mas o dono do predio, que é incommodado por terceiro que n'esse predio pretende ter alguma servidão d'aquella especie, bem póde repellir a pretensão estranha por meio das acções possessorias.

A posse do predio constitue presumpção de propriedade, e de propriedade livre de servidão, ao passo que a posse da servidão, posse que em si mesma não póde provar-se, não constitue presumpção do direito á servidão.

Conseguintemente, ainda que o que pretende ter direito a alguma d'aquellas servidões não possa usar dos meios possessorios, senão no caso restricto marcado no artigo, póde o dono do predio usar d'elles para combater a pretensão do direito á servidão.

Assim as acções de manutenção e de restituição podem empregar-se para obstar a que se constitua no predio alheio uma servidão continua não apparente, ou descontinua apparente, ou não apparente; mas não póde usar-se d'ella para conservar uma servidão d'esta natureza em terreno alheio, sem que se funde a posse da servidão em titulo provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelle de quem este o houve, salvos os casos do § unico do artigo 2273.º, e do § unico do artigo 438.º

Esta mesma jurisprudencia se acha consignada na sentença do juiz de direito de Oliveira de Azemeis de 18 de novembro de 1869, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 136.

## Art. 491.º É havido como nunca perturbado, nem esbulhado da posse, o que n'ella foi mantido ou restituido judicialmente.

O possuidor perturbado ou esbulhado, cuja posse foi considerada boa ou melhor pelos tribunaes, não deve ser privado de nenhuma das vantagens, que lhe pertenceriam, se porventura elle estivesse sempre na posse effectiva. Presume-se que esteve sempre possuindo quem injustamente foi esbulhado da posse. Assim, ainda que a acção de restituição dure quatro ou cinco annos, e o auctor esteja privado da posse durante este periodo, conta-se-lhe depois todo este tempo para os effeitos da prescripção. O intervallo, que decorre desde a turbação ou do esbulho até á manutenção ou restituição, não interrompe a prescripção; pelo contrario conta-se como se tal perturbação ou esbulho não houvera.

A commissão revisora eliminou as palavras finaes do artigo 582.º do projecto primitivo, correspondente a este artigo do codigo, que eram as seguintes: «salvo o disposto relativamente aos fructos e bemfeitorias». A suppressão d'estas palavras e a redacção vaga do artigo quererão dizer que o perturbador ou esbulhador é obrigado a restituir os fructos em todos os casos, e que não tem direito a indemnisação alguma pelas bemfeitorias? Não; mas que fica regulado este assumpto pelas disposições dos artigos 495.º e seguintes.

A commissão revisora eliminou aquellas palavras provavelmente por desnecessarias; vistoque a idéa por ellas significada ficava prevenida e regulada em outros artigos.

A doutrina do artigo é applicavel unicamente á *posse em si*, e á manutenção ou restituição por meio summario. Se o possuidor esbulhado deixou passar um anno sem intentar o meio possessorio, e depois obteve a posse por meio da acção ordinaria de reivindicação, vencendo o pleito, nem por isso se lhe conta este tempo para o effeito da prescripção, porque elle pela sua negligencia deixou transferir para o esbulhador o direito de posse pelo decurso do anno.

As palavras *mantido ou restituido* excluem a idéa de ser applicavel a disposição do artigo á restituição judicial, por meio do julgamento na questão de propriedade; e a prescripção interrompe-se pela privação da posse por mais de anno, artigo 552.º n.º 1.º

Art. 492.º O mantido ou restituido deve ser indemnisado dos prejuizos que teve pelo facto da turbação ou do esbulho, nos termos declarados nos artigos seguintes.

Art. 493.º A restituição será feita no logar do esbulho, e á custa do esbulhador.

Art. 494.º O possuidor de boa fé não responde pelas deteriorações ou perda da cousa, não tendo dado causa a isso.

(Vid. artigo 496.º) Para ser completa a reparação da lesão, causada pela perturbação ou esbulho, não basta a simples manutenção ou restituição; é indispensavel tambem a indemnisação de todos os prejuizos resultantes d'essa lesão.

A primeira obrigação do esbulhador, ou seja de boa ou de má fé, é pôr á sua custa a cousa no logar onde estava, quando fez o esbulho. O projecto primitivo impunha esta obrigação só ao esbulhador de má fé. É porém mais rasoavel a doutrina do codigo, vistoque em collisão sobre quem hão de pesar os encargos da restituição, se sobre o dono, se sobre o esbulhador de boa fé, fa-los pesar sobre o possuidor. Effectivamente, a posição d'este nunca é tão favorecida em direito como a do dono, e alem d'isso soffra o esbulhador as consequencias do *seu facto*, por se ter apropriado de uma cousa alheia.

O possuidor de boa fé não responde por perdas e damnos, a que não desse causa, ou por dolo ou por culpa. As palavras *não tendo dado causa a isso*, significam, em nosso entender, o mesmo que as empregadas no artigo 496.º, *que não procederam de culpa ou negligencia sua*.

O possuidor de boa fé póde dar causa ás deteriorações, não só por dolo; mas tambem por culpa, como se não fez os reparos indispensaveis no edificio, que em consequencia d'essa negligencia desabou, etc.

O possuidor de má fé porém responde, não só pelas deteriorações, que procederam de culpa sua, mas tambem pelas que procederam de força maior, provando-se que não se teriam dado se a cousa estivesse na posse do vencedor, como no caso de fogo que incendiou a casa do esbulhador, onde a cousa estava, e poupou a casa onde ella estaria se o dono a tivesse.

Art. 495.º O possuidor de boa fé faz seus os fructos naturaes e industriaes que a cousa produziu, e que foram colhidos até o dia em que cessou a boa fé, e os fructos civis correspondentes á duração da mesma posse de boa fé; mas se ao tempo em que cessar a boa fé se acharem pendentes alguns fructos naturaes ou industriaes, terá o possuidor direito ás despezas



que tiver feito com essa producção, e alem d'isso a uma parte do producto liquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita.

§ 1.º Os encargos serão do mesmo modo rateados entre os dois possuidores.

§ 2.º O proprietario da cousa póde, querendo, conceder ao possuidor de boa fé a faculdade de concluir a cultura e colheita dos fructos pendentes, como indemnisação da parte das despezas da cultura e do producto liquido que lhe pertencia; o possuidor de boa fé, que por qualquer motivo não quizer acceitar esta concessão, perderá o direito de ser indemnisado de outro modo.

§ 3.º Dizem-se fructos naturaes os que a cousa produz espontaneamente; industriaes os que produz mediante a industria do homem; civis as rendas ou interesses provenientes da mesma cousa.

§ 4.º Reputa-se ter cessado a boa fé desde o momento em que os vicios da posse são judicialmente denunciados ao possuidor pela proposição da acção, ou em que se prove terem sido conhecidos do mesmo possuidor.

§ 5.º O esbulhador violento sempre se presume de má fé.

(Vid. artigos 497.º, 1164.º, 2202.º a 2205.º, 2211.º, 2252.º e 2253.º) A regra geral é que pertencem ao proprietario todos os fructos naturaes, industriaes e civis. *Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde precipi potest, ipsius fructus est*; e o possuidor de boa fé, quanto á acquisição dos fructos, é equiparado ao proprietario.

É mister porém distinguir bem os fructos *civis* dos fructos naturaes e industriaes, porque o possuidor de boa fé, bem como o usufructuario, não tem com relação áquelles os mesmos direitos que tem com relação a estes.

Os productos naturaes são o resultado espontaneo da cousa, independentemente da intervenção do homem, ainda que com a producção tenha feito despezas, como as hervas e os matos, a lã, o leite e as crias dos animaes.

*Industriaes* são o resultado das forças da natureza, combinadas com a acção do homem, como as searas, as uvas, n'uma palavra, todos os fructos, que as propriedades produzem, com o auxilio da cultura ou do trabalho do homem.

Não se reputam fructos, tanto os naturaes como os industriaes, senão depois de *apparentes* ou de *nascidos*. Quanto aos animaes, para serem considerados fructos, basta que se encontrem no ventre da mãe, postoque não tenham ainda nascido.

Os *civis* não são fructos pela natureza, mas pela disposição da lei *civil*, como as rendas dos predios, os juros, e os interesses dos capitaes, etc.

A definição de fructos *naturaes* «os que a cousa produz *espontaneamente*» mal se coaduna com a idéa de *despezas com a sua producção*, de que falla o artigo. Referir-se-ha talvez, por exemplo, á limpeza de oliveiras e de castanheiros, tanto na arvore, como no solo que a cerca, cuja producção importa despezas, sem que o trabalho do

homem entre todavia directamente como elemento de producção; e, segundo já acima dissemos, os fructos não se dizem *naturaes* por não se fazer com elles despeza alguma, mas sim por não ser precisa a *intervenção directa* do trabalho humano para a sua producção.

Nos artigos 2203.º e 2204.º faz-se uma subdivisão dos fructos industriaes em industriaes propriamente ditos e industriaes *fabris*, subdivisão que não exerce influencia alguma quanto aos effeitos juridicos, porque o artigo 2204.º nada acrescenta que não estivesse já dito no § 1.º do artigo 2203.º

A divisão entre fructos naturaes e industriaes é sem importancia juridica quanto ao direito sobre os fructos, e parece ter-se conservado, a aceitar-se a explicação de Goyena nas notas ao artigo 398.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte do artigo 495.º do nosso codigo, apenas para maior clareza, e como testemunho de respeito tradicional pela linguagem dos codigos antigos.

A verdade é que a divisão carece mesmo de base logica, porque não ha fructos tão absoluta e exclusivamente naturaes, que não reclamem algum cuidado e cultura da parte do homem.

A renda, a dinheiro ou a fructos, de predios rusticos é collocada na categoria de fructos industriaes, como representando os fructos do predio, ou pertence á classe dos fructos civis?

Por direito romano as rendas das terras ou a dinheiro ou em fructos não eram fructos civis, seguiam a sorte dos fructos naturaes ou industriaes, que representavam. Por isso arrendando o usufructuario o predio sujeito a usufructo, e morrendo antes do colono perceber os fructos, não tinham os seus herdeiros parte na renda; e, se morria depois de percebidos os fructos pelo colono, toda a renda pertencia aos seus herdeiros, ainda que, segundo as clausulas do arrendamento, não tivesse o direito de exigi-la na occasião da sua morte.

Fundava-se esta doutrina do direito romano na justa rasão de que o usufructuario não devia perceber, pela circumstancia accidental do arrendamento, nem mais nem menos do que perceberia desfructando por si mesmo a cousa.

No entretanto o codigo civil francez veiu introduzir a innovação, depois aproveitada n'outros codigos, de que não deviam considerar-se fructos civis as rendas em fructos, mas que deviam considerar-se taes as rendas a dinheiro; e Rogron, em a nota ao artigo 584.º do codigo civil francez, sustenta que as rendas a dinheiro se reputam fructos *civis*, porque os predios não produzem *naturalmente* dinheiro, não sendo portanto o dinheiro *fructo* senão em virtude da disposição da lei.

O projecto de codigo civil hespanhol tambem declara, artigo 398.º, fructos civis, *los precios de los arrendamientos de tierras*, e não assim as rendas em fructos.

O nosso codigo porém declarou fructos civis, vista a generalidade da definição dada no § 3.º do artigo 495.º, quaesquer rendas de predios rusticos, ou fossem em fructos ou a dinheiro. Nem nós achâmos logica, senão na doutrina do nosso codigo, ou na exactamente opposta do direito romano. A distincção ou meio termo, adoptado pelo codigo civil francez, e seguido por outros, não tem explicação plausivel.

A nossa opinião sobre a intelligencia do codigo n'esta parte é tambem a opinião da associação dos advogados de Lisboa. Segundo se lê a pagina 30 do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, perguntando-se áquella respeitavel corporação a quem pertenciam, legado o usufructo universal, as rendas dos predios rusticos do anno em que falleceu o testador, ella respondeu por unanimidade,



que *as rendas de quaesquer bens* são fructos civis, tanto com respeito aos bens rusticos, como aos urbanos, vistas as disposições dos artigos 1603.º, 1617.º e 1630.º do codigo, que portanto a parte da renda respectiva do tempo decorrido até ao fallecimento do testador pertencia ao proprietario, e que o resto da renda do anno vencida depois da morte do testador pertencia ao usufructuario, visto o artigo 2205.º do codigo; e respondeu igualmente, apenas com um voto de discrepancia, que, como o usufructo era universal da herança, tambem ao usufructuario pertencia o usufructo da parte da renda vencida até á morte do testador.

A relação do Porto, em accordão de 30 de novembro de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 124, tambem julgou, ou, pelo menos o relator muito positivamente declarou, que as pensões dos predios rusticos, quer em réis, quer em fructos, são fructos civis, e que assim os considera o § 3.º do artigo 495.º do codigo.

Que a definição de *fructos civis* comprehende as pensões dos predios rusticos, quer em generos, quer a dinheiro, se mostra ainda, attendendo a que a definição foi conservada tal qual se achava no projecto primitivo, artigo 2368.º, correspondente ao artigo 2202.º do codigo, e que no projecto primitivo tinha essa significação, como se vê dos artigos 3017.º e 3018.º do mesmo projecto.

Dizia o artigo 3017.º: «Se o predio arrematado ou adjudicado se achar arrendado, e com renda pendente, sómente pertencerá ao arrematante ou adjudicatario a parte proporcional ao tempo que se vencer depois do dia da arrematação ou adjudicação».

Dizia o artigo 3018.º: «Não se achando o predio arrendado, pertencerão os fructos pendentes ao arrematante, ou adjudicatario, que será obrigado a abonar ao executado o valor que tiverem ao tempo da arrematação, ou da adjudicação, deduzidas as despezas da cultura por arbitrio de bom varão».

«§ unico. Isto porém, só deve entender-se não tendo sido avaliado o predio com os seus fructos pendentes.»

Vê-se pois que os direitos sobre os fructos são differentes, segundo o predio se acha ou não arrendado. Resultam effectivamente alguns inconvenientes de não ser o mesmo o direito do proprietario á morte do usufructuario, dependendo unicamente d'este o alterar as suas relações juridicas com o proprietario pelo simples facto de cultivar por si, ou de dar de arrendamento.

No entretanto o legislador adoptou esta solução, como mais facil, e mais isenta de inconvenientes praticos.

Tambem o artigo reconhece a distincção de fructos *pendentes* e *não pendentes*. Aquelles são os que estão ainda unidos á cousa que os produziu. Estes são os que se acham separados da cousa que os produziu; e dividem-se em *percipiendos* quando deviam estar já percebidos, mas por dolo ou culpa o não estão, e *perceptos* quando estão effectivamente já separados da cousa; e estes subdividem-se ainda em *estantes, consumidos* ou *perdidos*.

Quanto aos fructos que devem pertencer ao possuidor de boa fé, são varias as opiniões, variedade que provém da difficuldade de conciliar o principio do dominio, que pertence ao proprietario, com o respeito pelos direitos do que possue em boa fé.

Alguns jurisconsultos entendem que ao possuidor de boa fé devem pertencer todos os fructos vencidos durante a sua boa fé, ou os tivesse ou não recebido, sendo portanto indifferente, que estivessem ou não colhidos. O codigo porém adopta outra regra. Dá ao possuidor de

boa fé os fructos naturaes e industriaes *colhidos* até ao dia em que cessou a boa fé.

Os direitos do comprador sobre os fructos do predio comprado, que lhe pertencem, nos termos do artigo 1575.º, são os mesmos do possuidor de boa fé e do usufructuario quanto aos fructos civis: dividem-se entre elle e o vendedor *pro rata temporis*.

Porém quanto aos fructos naturaes e industriaes pendentes, fica inteiramente senhor d'elles sem obrigação de indemnisar despeza alguma de cultura ou de colheita, porque, vendidos com o predio, como accessorio, foram já calculados na fixação do preço.

O possuidor de boa fé faz seus todos os fructos, até que cesse essa boa fé, tanto os recebidos e consumidos, como os estantes e pendentes.

Não faz porém seus os fructos pelo direito de accessão e dependencia, porque fôra necessario para isso ser proprietario. O unico fundamento d'este direito concedido ao possuidor é a sua boa fé.

A este respeito diz o sr. Seabra na sua resposta ás observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva: «Considerando-se como verdadeiro dono da cousa (o possuidor de boa fé) emprega os seus capitaes e a sua industria, promove e prepara a producção, e, contando com os fructos que devem resultar do seu capital e trabalho, dispõe os negocios de sua vida, contrahe mesmo obrigações que mal poderá satisfazer, se esses fructos lhe faltarem: e será justo que seja privado d'elles, por um direito latente e desconhecido? Nem se faz injuria ao verdadeiro dono, que podia e devia olhar melhor pelos seus direitos; e se os não conhecia, de certo não contava com os seus proveitos. E se concedemos ao possuidor de boa fé os fructos recebidos, porque lhe havemos de recusar os pendentes? A differença talvez de horas não deve fazer variar o direito. Se o simples facto da apprehensão dos fructos fosse, como em direito romano, um meio de adquirir, não poderia haver duvida, emquanto á exclusão dos pendentes. Mas logo que partimos do ponto da boa fé, é necessario ser coherente, e adjudicar ao possuidor, não só os fructos colhidos, mas os pendentes. Se ha alguns lucros, não vemos que devam pertencer a quem não empregou para isso diligencia ou trabalho algum. Demais, as questões de liquidação, o detrimento que deve resultar necessariamente á producção da incerteza dos direitos, são ainda novos motivos que corroboram o principio adoptado».

Por estes motivos o possuidor de boa fé, em rasão unicamente da sua boa fé, tem os fructos civis correspondentes ao tempo da sua posse, e nos naturaes ou industriaes pendentes tem a parte do producto liquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita, alem das despezas feitas com esses fructos. Assim, se o possuidor semeou e cultivou uma seara, começando a sua má fé tres mezes depois, e faltando ainda um mez para se colherem os fructos, tem elle, alem do valor das despezas, o direito a tres quartos do producto liquido, e o proprietario a um quarto. Já se vê que o possuidor ha de ser pago das despezas antes de se proceder á partilha do producto liquido.

Se o possuidor de boa fé tiver recebido rendas adiantadas, alem do que lhe pertenceria com relação ao tempo da sua posse, ha de restituir o excesso.

Sobre esta hypothese é omisso o codigo, mas deve applicar-se ao possuidor de boa fé, não só em vista do espirito do artigo 495.º, mas por analogia do disposto com relação ao usufructuario nos artigos 2252.º e 2253.º



Por isso, se o possuidor de boa fé tiver vendido os fructos proximo do amadurecimento, e cessar a boa fé antes d'elles colhidos, subsiste a venda, mas pertence ao proprietario o preço, deduzidas as despezas com a producção; e, achando-se a colheita em parte feita, e em parte por fazer, será o preço dividido entre o proprietario e o possuidor de boa fé, em proporção da parte colhida e da que faltar para colher.

O artigo 495.º com os artigos 2202.º a 2205.º completam-se mutuamente. Tanto o possuidor de boa fé, como o usufructuario, percebem todos os fructos naturaes e industriaes colhidos até á cessação da boa fé ou do usufructo, e os fructos civis dia por dia em proporção do tempo da sua posse ou usufructo, artigo 2205.º

Por esta fórma o usufructuario ou o possuidor de boa fé, que cultivaram as terras por sua conta, têem direito apenas aos fructos colhidos; se as trazem de renda, têem direito a essa renda na proporção do tempo da sua posse ou usufructo, isto é, se durou meio anno têem direito a ametade e o proprietario a outra ametade.

É difficil de justificar esta differença na divisão dos fructos, segundo são naturaes ou civis, entre o proprietario e o usufructuario, ou entre o proprietario e o possuidor de boa fé. Diz-se porém em abono d'elle que os fructos naturaes não se dividem *pro rata*, como os civis, porque não se adquirem *dia por dia*, mas simplesmente quando são *colhidos;* rasão especiosa e subtil, mas inteiramente destituida de fundamento juridico.

Se para a producção dos fructos naturaes ou industriaes pendentes ao tempo da cessação da boa fé, ou do usufructo, o possuidor de boa fé ou o usufructuario tiver feito algumas despezas, é aquelle mais favorecido do que este.

Para o possuidor de boa fé quasi se não faz differença entre os fructos civis e os fructos naturaes e industriaes, com cuja producção fez despeza.

O usufructuario pelo contrario é que não tem direito com relação aos fructos naturaes e industriaes, com cuja producção fez despeza, senão ao pagamento d'esta, artigo 2203.º § 1.º, e não a uma parte do rendimento liquido em proporção com o tempo do usufructo, nem a concluir a cultura e colheita dos fructos pendentes, com a indemnisação das despezas da cultura.

A rasão da differença é porque o usufructuario tinha um direito limitado, que elle sabia que terminava no momento da cessação do usufructo, e o possuidor de boa fé vivia na persuasão de que era o verdadeiro proprietario.

Tambem em compensação de pertencerem ao proprietario todos os fructos pendentes ao tempo da cessação do usufructo, pertencem ao usufructuario todos os fructos pendentes ao tempo do começo do usufructo.

A divisão porém dos fructos entre o proprietario e o usufructuario faz-se do modo indicado, mas salvando sempre os direitos de terceiro, como do parceiro agricola, que nos termos do artigo 1300.º § unico tem direito a sustentar o contrato, apesar da morte do estipulante, pelo tempo necessario para aproveitar as despezas e os trabalhos feitos, se o proprietario não preferir paga-los, devendo applicar-se por analogia o que o § unico d'este artigo 1300.º dispõe com relação á morte de um dos estipulantes, para o caso de terminar a posse de boa fé, o usufructo, o fideicommisso, etc., tanto na parceria agricola, como nos arrendamentos, artigo 1601.º

O proprietario póde conceder ao possuidor de boa fé a faculdade de concluir a cultura e colheita dos fructos pendentes, como indem-

nisação da sua parte das despezas da cultura e do producto liquido; e, se o possuidor de boa fé não aceitar, perderá o direito de ser indemnisado.

Esta disposição em absoluto parece dura, porque o possuidor de boa fé póde ser victima de uma má colheita, a que não deu causa; mas por outro lado deve attender-se a que o possuidor de boa fé, se fosse dono ou continuasse a sua boa fé, tambem perderia com a má colheita, e o proprietario nada mais faz do que considera-lo como continuando a ser possuidor de boa fé.

Acresce ainda que nunca a titulo de despeza o proprietario deve ser obrigado a pagar mais do que o valor dos fructos.

O herdeiro do possuidor de má fé não póde invocar a sua boa fé pessoal para escapar á restituição dos fructos recebidos pelo antecessor.

Os herdeiros, succedendo nos direitos e encargos da herança, não representam, como era por direito romano, uma transmigração da personalidade juridica tão completa, de modo que succedam tambem no que era *pessoalissimo* do auctor da herança, — a boa ou a má fé.

O possuidor de boa fé só perde o direito de *continuar* a receber os fructos desde que se presume que conheceu os direitos de outrem a esses mesmos fructos, salvo quanto aos recebidos pelo antepossuidor de má fé, que elle ha de restituir logoque lhe sejam pedidos, não se achando prescriptos.

A restituição dos fructos n'este caso está sujeita a regras especiaes; o unico titulo do possuidor aos fructos é a boa fé da sua posse.

Não poderia admittir-se que o possuidor de boa fé, cujo erro foi prolongado indefinidamente pela negligencia mesmo do verdadeiro proprietario em fazer conhecer os seus direitos, fosse obrigado depois de longo espaço de tempo a restituir os fructos percebidos e despendidos annualmente, quando similhante restituição de valores consumidos poderia ter o grave resultado, igualmente contrario á equidade, de duplicar ou de triplicar o capital do proprietario negligente, e de importar a ruina do possuidor de boa fé que os consumiu em plena segurança.

O possuidor de má fé, como não tem titulo algum, nem tem a realidade, nem a persuasão de proprietario, restitue todos os fructos percebidos e os que a cousa deixou de produzir por culpa sua, artigo 497.º como por deixar os terrenos de pousio, etc. N'este caso deve pagar a estimação dos fructos não percebidos, assim como a dos fructos percebidos e não existentes. Devem descontar-se-lhe os encargos, como as contribuições pagas ao estado, ao municipio e á parochia, para que o proprietario se não locuplete á custa d'elle, e *a simili* do que dispõe o artigo 501.º com relação ás bemfeitorias, que são compensadas com as deteriorações, sem distincção de boa ou de má fé. O esbulhador violento, ainda que presuma sua a cousa, fica sujeito ás penas do possuidor de má fé em castigo do acto de violencia que praticou. A má fé carece de ser provada, bem como a epocha em que ella começa.

Ha porém um caso em que se presume a má fé *para o effeito* da restituição dos fructos, que é a proposição da acção em juizo.

O codigo, para fugir ás interminaveis questões sobre a data precisa da contestação da lide, presume de má fé o possuidor, sem attenção á epocha da contestação da lide, desde que o proprietario lhe fez conhecer os seus direitos pela apresentação em juizo, ou da petição nas acções possessorias, ou do libello nas acções de reivindicação, e accusação da citação.

Verdade seja que o possuidor, ainda depois da proposição da acção em juizo, póde continuar na persuasão de que a cousa lhe pertence.



Mas tambem é certo que essa persuasão póde durar ainda depois da sentença condemnatoria, e que, a seguirmos todo o rigor do direito, os fructos deveriam ser restituidos desde a indevida occupação.

Art. 496.º O possuidor de má fé responde por perdas e damnos, excepto provando que não procederam de culpa ou negligencia sua, e responde tambem por perdas e damnos accidentaes provando-se que estes não se teriam dado se a cousa estivesse na posse do vencedor.

(Vid. nota ao artigo 494.º)

Art. 497.º O possuidor de má fé é obrigado a restituir os fructos que a cousa produziu ou podia produzir durante a retenção.

(Vid. nota ao artigo 495.º)

Art. 498.º Tanto o possuidor de boa fé como o de má fé têem direito a serem indemnisados das despezas que houverem feito para a conservação da cousa; mas só o possuidor de boa fé gosa do direito de retenção emquanto não for pago.

§ 1.º Na importancia d'essas despezas será encontrado o rendimento liquido dos fructos recebidos.

§ 2.º Abrangendo a restituição cousas diversas, só é admittida a retenção no que toca ás que foram bemfeitorisadas.

Art. 499.º Tanto o possuidor de boa fé como o de má fé têem direito de levantar as bemfeitorias uteis que hajam feito na cousa, podendo faze-lo sem detrimento d'ella.

§ 1.º Dizem-se bemfeitorias uteis aquellas que, não sendo indispensaveis para a conservação da cousa, lhe augmentam todavia o valor.

§ 2.º Quando possa dar-se detrimento no levantamento das bemfeitorias, satisfará o vencedor ao evicto, no momento da entrega da cousa, o valor d'ellas; não o fazendo, o evicto gosará do direito de retenção, se tiver possuido de boa fé.

§ 3.º A possibilidade do detrimento será apreciada pelo vencedor.

§ 4.º O valor das bemfeitorias será calculado pelo custo d'ellas, se este não exceder o valor do beneficio ao tempo da entrega. No caso contrario não poderá o evicto haver mais do que esse valor.

Art. 500.º O possuidor de boa fé póde levantar as bemfeitorias voluptuarias que haja feito, não se dando detrimento da cousa. No caso contrario não póde levanta-las nem haver o valor d'ellas.

§ 1.º São bemfeitorias voluptuarias aquellas que, sem augmentarem o valor da cousa a que são adherentes, servem só para recreio do possuidor.

§ 2.º A possibilidade do detrimento será apreciada por louvados escolhidos a aprazimento das partes.

Art. 501.º As bemfeitorias compensam-se com as deteriorações.

Art. 502.º O possuidor de má fé perde, em beneficio do vencedor, as bemfeitorias voluptuarias que fez na cousa evicta.

Art. 503.º Os melhoramentos estranhos á intervenção do evicto revertem em proveito do vencedor.

(Vid. artigos 758.º § 2.º, 860.º n.º 3.º, 1163.º, 1349.º, 1407.º, 1414.º, 1450.º, 2097.º, 2217.º, 2220.º e 2251.º) O codigo, definindo o que são bemfeitorias uteis, § 1.º do artigo 499.º, e bemfeitorias de recreio, § 1.º do artigo 500.º, não define o que são bemfeitorias necessarias, nem emprega em parte alguma a phrase «*bemfeitorias necessarias*». Falla porém das despezas feitas com *a conservação da cousa*, despezas que divide em ordinarias e extraordinarias, artigos 2228.º e 2229.º, como a seu tempo veremos.

Ha effectivamente mais rigor de linguagem na phraseologia «despezas necessarias para a conservação da cousa» do que se se dissesse «bemfeitorias necessarias», porque, tendo estas despezas por unico fim ou resultado *conservar* o que está, e não augmentar o seu valor, mal podem dizer-se *bemfeitorias*. Mas nós, por conveniencia de phrase, muitas vezes usaremos das palavras «*bemfeitorias necessarias*», no sentido de despezas indispensaveis para a conservação da cousa.

Na verdade ha mais rigor de linguagem em substituir a palavra «*bemfeitorias*» pela palavra «*despezas*», especialmente quanto ás uteis, porque a *bemfeitoria* envolve já a idéá de utilidade. *Bemfeitorias uteis* parece uma redundancia.

Conseguintemente têem qualificações differentes as bemfeitorias e despezas, segundo o seu fundamento ou destino. Se são destinadas a obstar á ruina da cousa, como os reparos nos telhados, o levantamento da parede caida, etc., são *necessarias*, ou antes *despezas necessarias*. Se augmentam o valor da cousa, por exemplo, se o acrescentamento de um andar á casa faz render vinte o que até ali rendia dez, são *uteis*.

Se servem apenas de regalo, como a pintura das paredes, quadros de ornato, etc., são *voluptuarias*.

Tanto o possuidor de boa como o de má fé tem direito ao valor das despezas necessarias e das bemfeitorias uteis, isto é, tanto das que são indispensaveis *para a conservação* da cousa, como das que, não sendo indispensaveis, lhe *augmentam* todavia o valor.

O projecto primitivo negava ao possuidor de má fé o direito, não só ás bemfeitorias *uteis*, mas, tendo usado de violencia ou de fraude, tambem ás despezas necessarias.

A commissão revisora porém andou bem, não estabelecendo differenças, quanto á restituição das despezas necessarias e das bemfeitorias uteis, entre o possuidor de boa ou de má fé, e o violento ou não violento. Se o esbulhador foi um ladrão, por exemplo, não deve o senhor da cousa, para não incorrer no mesmo facto, ficar-lhe com o que é d'elle, locupletando-se á sua custa.

Na disposição que abona ao possuidor, tanto de boa como de má fé, as despezas necessarias e as bemfeitorias uteis, ha tambem uma rasão de interesse social; porque a certeza, que têem os possuidores, ainda intrusos, de lhes serem pagas estas despezas, faz com que elles não deixem arruinar os bens.



A unica vantagem feita, n'este ponto, ao possuidor de boa fé é permittir-se-lhe o direito de reter na sua mão a cousa possuida, emquanto não é embolsado do valor das despezas necessarias, favor que não se concede ao possuidor de má fé, porque, reconhecida a sua má fé, a primeira necessidade é desapossa-lo.

O possuidor de má fé ha de intentar a acção pessoal de indemnisação contra o proprietario, pois não gosa da garantia real da retenção. O possuidor de boa fé, pelo direito de retenção, fica com a cousa em seu poder como segurança real até ser pago integralmente do seu credito liquidado quanto ás despezas necessarias.

O possuidor de má fé só perde as bemfeitorias voluptuarias, que aliás póde levantar o possuidor de boa fé não havendo detrimento.

O marido ou seus herdeiros, com respeito á restituição dos bens dotaes ou proprios da mulher, estão sujeitos exactamente ás mesmas regras que o possuidor de boa fé, artigo 1163.º, não tendo tambem direito ao pagamento das despezas e encargos ordinarios, os quaes se compensam com os rendimentos, artigo 1164.º, e que não devem confundir-se com as despezas de *conservação*, como a reparação extraordinaria de um edificio, que indo alem das despezas ordinarias, não se reputam compensadas com os rendimentos.

Tem igualmente o marido ou seus herdeiros, como qualquer outro possuidor de boa fé, o direito de retenção para o pagamento das bemfeitorias, apesar do silencio do codigo nos artigos 1163.º e 1164.º, em vista das actas das sessões da commissão revisora, porque em sessão de 11 de janeiro de 1862, por occasião da discussão do artigo 1209.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1163.º do codigo, propoz o sr. Seabra «que se declarasse que o marido gosa do direito de retenção pelas despezas necessarias e uteis», e a commissão resolveu que era desnecessaria esta declaração, *por estar nas regras geraes*.

Igual favor se concede ao mandatario, que tem o direito de reter o objecto do mandato, até que esteja embolsado pelo constituinte do que em rasão do mandato lhe for devido, artigo 1349.º

No projecto primitivo não se consignava similhante disposição. Introduziu-a a commissão revisora, e resolveu faze-lo logo nos trabalhos da primeira revisão, como se vê da nota ao artigo 1375.º do projecto de 1863.

Effectivamente o mandatario, como exerce um mister, em regra, gratuito, é muito favorecido por direito.

Igual direito tem o empreiteiro de qualquer obra mobiliaria, que a póde reter, emquanto não for pago do preço, artigo 1407.º, assim como o recoveiro e o barqueiro, que pelo mesmo fundamento gosam do direito de retenção dos objectos conduzidos, artigo 1414.º

Do direito de retenção gosa tambem o crédor pignoraticio até ser indemnisado das despezas necessarias e uteis que tiver feito com o objecto empenhado, artigos 860.º n.º 3.º e 861.º n.º 2.º

Tambem se concede o direito de retenção ao usufructuario ou a seus herdeiros pelos desembolsos de que devam ser pagos, artigo 2251.º

Igual direito tem o depositario para haver as despezas com o deposito, artigo 1430.º § unico. As despezas com o deposito merecem especial protecção, visto que é um contrato gratuito para o depositario, e só de beneficio para o depositante, e então entra a regra: *Officium suum nemini debet esse damnosum.*

O depositario deve ser indemnisado, não só das despezas feitas com a conservação e guarda da cousa, mas tambem das *perdas* soffridas

com ella e por via d'ella, que é o que significam as palavras «*ou por causa d'ella*», como expressamente determinam os artigos 1947.º do codigo civil francez e 1684.º do projecto de codigo civil hespanhol, fontes do artigo 1450.º do nosso codigo.

Assim, se n'um acontecimento imprevisto o depositario deixou perder cousas suas *por causa* de salvar as depositadas, deve indemnisa-lo d'esta perda o depositante.

Como o possuidor de boa fé, quanto ás despezas necessarias para a conservação da cousa, tem o depositario o direito de reter o deposito até ser embolsado, não só das despezas feitas com a cousa depositada, mas dos prejuizos soffridos por via d'ella.

Se porém o possuidor de boa fé ou o depositario entregarem a cousa antes de embolsados, cessa o privilegio sobre a cousa, ficando elles apenas com a acção pessoal de indemnisação contra o proprietario ou depositante.

O direito de retenção não serve de impedimento á restituição da posse, porque, nos termos do § 1.º do artigo 647.º da reforma judicial, depositando o vencedor o pedido das bemfeitorias, ou, sendo ellas illiquidas, o seu valor pelo juramento do evicto, deve ser-lhe logo entregue a posse, continuando-se depois na liquidação.

As bemfeitorias uteis levantam-nas, tanto o possuidor de boa como o de má fé, se podérem faze-lo sem detrimento da cousa. Se ha ou póde haver detrimento no levantamento das bemfeitorias uteis, é o vencedor quem o aprecia, vistoque depois a estimação das bemfeitorias ha de ser feita pelos tribunaes, não se concertando as partes amigavelmente. Porém, se ha ou póde haver detrimento com o levantamento das voluptuarias, é da apreciação de louvados nomeados pelas partes, escolhendo o juiz o do desempate, ou designando-o a sorte; porque, como o proprietario não é obrigado a pagar as bemfeitorias voluptuarias, mesmo quando o possuidor as não póde levantar, pela rasão de que não augmentam o valor do predio, e de que podem até não ter para elle importancia alguma, se ficasse dependente d'elle a decisão da questão — se podiam ou não levantar-se — diria sempre que havia prejuizo no levantamento, sendo juiz na sua propria causa.

As palavras «*possibilidade de detrimento*» devem entender-se em termos habeis. Um damno insignificante e de facil reparação não deve obstar a que o possuidor de boa fé fique privado de bemfeitorias, ainda que de puro regalo, mas que para elle podem ter grande valor. Se se trata, por exemplo, de um quadro de grande importancia, cuja separação causa no predio algum detrimento, mas de pequena monta e de facil reparação, não deve por isso ficar privado d'elle o possuidor de boa fé.

Os louvados deverão pesar todas estas circumstancias, para proferirem o seu laudo sobre a possibilidade do detrimento.

O projecto primitivo, no artigo 589.º, correspondente ao artigo 498.º do codigo, dava direito ao possuidor de má fé, que não tivesse usado de violencia ou de fraude, a ser indemnisado das despezas que houvesse feito para a producção dos fructos que não chegasse a receber, por se acharem pendentes.

A commissão revisora porém, regulando esta hypothese no artigo 495.º, tirou-lhe completamente este favor.

O usufructuario é que só tem direito ás despezas para a conservação da cousa, e não ás bemfeitorias uteis e de recreio, artigo 2217.º É considerado possuidor de má fé, emquanto faz bemfeitorias n'uma cousa que sabe que é alheia.



N'esta parte é collocado em posição até certo ponto mais desfavoravel do que o possuidor de má fé, porque, se lhe é licito, o que aliás não é permittido ao possuidor de má fé, levantar as bemfeitorias de recreio, quando o podér fazer sem detrimento da cousa, por outro lado não tem direito á indemnisação pelas bemfeitorias uteis, direito que aliás não se nega ao possuidor de má fé, negando-se-lhe apenas o direito de retenção que só tem o possuidor de boa fé quanto a despezas necessarias.

O legislador não quiz deixar o proprietario á mercê do usufructuario, impondo-lhe a obrigação de pagar todos os melhoramentos que a este aprouvesse fazer na cousa usufruida.

Por outro lado suppõe-se que o usufructuario acharia a compensação das despezas, que fez para bemfeitorisar, nos melhoramentos resultantes das bemfeitorias, ou que quizera doar os melhoramentos, que fazia em cousa alheia, *donasse censetur*. Por isso as bemfeitorias que fizer, por mais valiosas que sejam, ficam pertencendo ao proprietario sem indemnisação alguma.

É por esta rasão que os parochos ou seus herdeiros não têem direito algum ás bemfeitorias uteis que tenham feito nos passaes ou em quaesquer bens e direitos prediaes, cujo rendimento constitua ou faça parte da congrua parochial. Conseguintemente tambem não são obrigados ás reparações extraordinarias, como se vê da portaria de 23 de julho de 1868, que declarou que o parocho, como usufructuario da residencia parochial, é obrigado só ás reparações ordinarias, mas que são encargo da junta as extraordinarias nos termos dos artigos 2228.º e 2229.º do codigo.

Notam alguns uma especie de contradicção entre o artigo 2217.º e o § 1.º do artigo 2229.º, emquanto que aquelle nega ao usufructuario o direito a indemnisação por quaesquer bemfeitorias uteis e de recreio, e este dá ao usufructuario o direito de exigir no fim do usufructo o pagamento do valor, resultante de despezas extraordinarias, *de utilidade real*, que elle fez á sua custa, depois de ter avisado em tempo o proprietario para este as mandar fazer, e de este as não ter feito.

Desfaz-se porém a supposta contradicção attendendo a que o usufructuario, em regra, não tem direito a indemnisação pelas bemfeitorias, ainda extraordinarias; mas que por excepção tem direito a ella, quando avisar em tempo o proprietario, e que este não mande fazer as bemfeitorias, sendo ellas de utilidade real. Se o usufructuario avisar o proprietario para este levantar as paredes de uma casa, e o proprietario o não fizer, por julgar que estas despezas não podem ser devidamente compensadas pelo rendimento da casa, não póde depois ser obrigado a pagar essas despezas, feitas pelo usufructuario. O codigo, mesmo no caso de ser obrigado o proprietario a pagar as despezas extraordinarias ao usufructuario, obriga-o a pagar-lhe só a *utilidade real*, e não o custo, ainda que este fosse superior ao producto.

Por outro lado, nem contradicção póde dizer-se que haja entre os dois artigos.

Em primeiro logar, *reparos, reparações*, ou *concertos*, de que se trata no artigo 2229.º, são uma cousa, e *bemfeitorias*, mesmo necessarias, de que se trata no artigo 2217.º, outra.

O muro ou dique feito á propriedade, que o não tinha, para a resguardar das escavações do rio ou ribeiro adjacente que a ameaçava, são despezas necessarias. Se porém o muro ou dique foi a substituição de outro que já havia, mas em ruina, então é reparo, concerto, ou reparação extraordinaria ou ordinaria, segundo excede ou não dois terços do rendimento liquido do anno em que se faz, artigo 2228.º

Em segundo logar, quando esta distincção não dissipasse a apparencia de contradicção entre as duas disposições, não póde dizer-se que haja contradicção real e verdadeira entre o artigo 2217.º, que desonera o proprietario de despezas que não são necessarias para a conservação da cousa, e o artigo 2229.º § 1.º, que lhe impõe a obrigação de pagar as indispensaveis para a conservação da cousa, e que em regra mais aproveitarão a elle do que ao usufructuario, que tem menos interesse n'essa conservação.

Em nosso entender, o artigo 2217.º deve tambem entender-se sem prejuizo das collações. Se o pae, usufructuario de um predio, de que o filho é proprietario, fizer bemfeitorias n'esse predio, terão os outros filhos o direito de exigir a collação, não pelo custo das bemfeitorias, mas pelo que tiverem augmentado o valor do predio, nos termos dos artigos 2075.º, 2097.º e 2113.º

Porém na materia de posse, de que nos estamos occupando, computam-se de outro modo as bemfeitorias. O valor das bemfeitorias é o seu custo, se não exceder o beneficio. Assim, as bemfeitorias custaram 1:000$000 réis, e o beneficio que produziram foi de 2:000$000 réis, o proprietario paga 1:000$000 réis apenas ao possuidor. As bemfeitorias custaram 2:000$000 réis, e o beneficio foi de 1:000$000 réis, o proprietario paga 1:000$000 réis apenas ao possuidor. A rasão é porque o proprietario só é obrigado a pagar ao possuidor o que este gastou, e com que elle se locupleta. Se o possuidor gastou muito e nada aproveitou, o proprietario nada paga. Se o possuidor gastou pouco e aproveitou muito, o proprietario paga pouco, artigo 499.º § 4.º

É por esta rasão que o vencedor não paga os melhoramentos estranhos á intervenção do evicto, resultantes, por exemplo, de uma alluvião, etc., porque o proprietario, aproveitando-se d'esses melhoramentos, não se aproveita de nada que fosse do possuidor ou que este fizesse á sua custa, artigo 503.º

As bemfeitorias conferidas em partilha é que não são calculadas da mesma fórma; essas conferem-se pelo valor actual, artigos 2097.º e 2113.º Assim, ainda que as bemfeitorias custassem 20, se augmentaram no predio o valor de 40, o successor dos bens, a quem elles hão de passar precipuos, ha de conferir 40. Ainda hoje, mesmo depois da abolição dos vinculos e dos prazos de vidas, póde dar-se esta hypothese, na successão da reserva dos bens vinculados, determinada na lei de 19 de maio de 1863, e na successão dos prazos, na hypothese do artigo 1698.º do codigo.

O immediato successor ha de conferir as bemfeitorias pelo augmento que ellas produziram, de modo que, se custaram muito e nada valem, nada confere.

Estes artigos do codigo revogam a carta regia de 20 de julho de 1810 e alvará de 19 de setembro de 1811, que regulavam o modo de avaliar as bemfeitorias dos colonos da Madeira, vistoque, nos termos do artigo 3.º da lei de 1 de julho de 1867, o codigo revogou toda a legislação geral e especial nas materias que abrange.

O usufructuario, como tem direito só aos fructos, com a obrigação de conservar e de entregar depois a cousa usufruida, não póde alterar-lhe a fórma nem a substancia; assim, não póde reduzir a vinha a terra de cereaes, e vice versa, o que aliás é permittido ao foreiro como verdadeiro proprietario, artigo 1673.º

No entretanto, tendo sido pronunciado um parocho com fundamento no artigo 479.º § 1.º do codigo penal, pelo córte que fizera no passal da sua igreja de 57 arvores, no valor de 12$540 réis, foi despronunciado por accordão da relação do Porto de 22 de julho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 142, porque, *como administrador e usufructuario dos passaes da sua igreja os póde usufruir sem destruir a sua essencia; e que o córte de arvores, que se attribue, não excede o seu direito, e que, quando algum abuso houvesse, o que não se prova, só dava direito á indemnisação do prejuizo, mas nunca á acção criminal, por lhe faltar a intenção criminosa.*



Este accordão parece ter decidido que o simples usufructuario, como é o parocho quanto ao passal, têem direito de cortar arvores no predio usufruido.

Encargos e servidões é que os parochos não podem impor por auctoridade propria sobre o passal, porque tem apenas o usufructo e a administração d'estes bens, e não o dominio.

Sobre este importante assumpto proferiu o supremo tribunal de justiça em 18 de abril de 1871 um accordão, publicado no *Diario do governo* n.º 105 de 10 de maio do mesmo anno, que diz assim:

« Considerando que os parochos não podem alienar os passaes das igrejas, porque não são os verdadeiros senhores d'elles, mas sim meros usufructuarios e administradores, cumprindo-lhes pelas leis civis e canonicas conservar em toda a sua integridade e transmittir aos successores os mesmos bens, para que tenham a sua devida applicação;

« Considerando que se aos parochos não assiste o direito de alienar, tambem lhes não póde caber o de constituir qualquer servidão perpetua nos bens das igrejas, pois sendo ella uma verdadeira alienação só aquelle que tem o dominio pleno no predio serviente póde onera-lo com encargos e servidões que lhe façam diminuir o valor;

« Considerando que na hypothese dos autos, a mina, com a qual os recorridos penetraram no passal da igreja, constitue uma verdadeira servidão passiva e perpetua, que o respectivo parocho não era competente para impor no passal, como fez pela licença que concedeu aos recorridos, porquanto apenas lhe compete o usufructo e administração do patrimonio da igreja, sem que possa, como declarado fica, alienar, no todo ou em parte, o valor d'esses bens; » etc.

Art. 504.º A acção de manutenção, e a de restituição de posse, podem ser intentadas pelo perturbado ou esbulhado, ou pelos seus herdeiros e representantes, a primeira só contra o perturbador, salva a acção de perdas e damnos contra os seus herdeiros ou representantes; a segunda não só contra o esbulhador, mas tambem contra os seus herdeiros e representantes, ou contra terceiro, para quem aquelle haja transferido a cousa por qualquer titulo.

§ unico. A acção de manutenção prescreve por um anno, contado desde o facto da turbação; a acção de restituição prescreve pelo mesmo tempo, contado desde o facto do esbulho, ou de ter noticia d'elle o interessado, no caso de haver sido praticado clandestinamente.

(Vid. notas aos artigos 484.º e 547.º)

# CAPITULO II

## DA PRESCRIPÇÃO

### SECÇÃO I

#### DA PRESCRIPÇÃO EM GERAL

Art. 505.º Pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos, assim como se extinguem obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento. A lei determina as condições e o lapso de tempo que são necessarios, tanto para uma como para outra cousa. Chama-se a isto prescripção.

§ unico. A acquisição de cousas ou direitos pela posse diz-se prescripção positiva; a desoneração de obrigações pela não exigencia do seu cumprimento diz-se prescripção negativa.

Depois da posse, que é a base e uma das condições impreteriveis da prescripção, era logico tratar d'este modo originario de adquirir. N'este artigo não se faz outra innovação no nosso direito existente, alem da substituição da antiga phraseologia, *prescripção adquisitiva e extinctiva*, por esta outra, *prescripção positiva e negativa*.

Alguns vão buscar o fundamento da prescripção *positiva* á presumpção de que o antigo proprietario cedeu ao possuidor da cousa o dominio por um titulo, que se perdeu; e o da prescripção *negativa* á presumpção de que o credor, que deixou correr tanto tempo sem perseguir o cumprimento da obrigação, o fez por estar satisfeito, tendo o devedor perdido a quitação.

A verdade porém é que, para se justificar a prescripção, não é preciso recorrer a estas ficções e subtilezas.

A prescripção é reconhecida, como meio de pôr termo ás acções e ás incertezas dos direitos, e de consolidar a propriedade. Se este facto juridico póde algumas vezes proporcionar á má fé um meio de expoliação; e se por outro lado parece á primeira vista injusto que o proprietario seja privado da propriedade sem o seu expresso consentimento: é tambem verdade que, se a lei não aceitasse a posse continuada por largos annos, para o effeito de sanccionar e legitimar o dominio, supprindo os defeitos do titulo de acquisição, e garantindo a boa fé do possuidor, e os seus trabalhos e desvelos, e permittisse instaurar demandas, que podessem prejudicar a posse seguida até avós e bisavós, dar-se-ia logar a incessantes e deploraveis perturbações, e a sociedade seria origem de guerra permanente.

Por isso é admittida a prescripção como instituição social, essencialmente necessaria á ordem publica, tendo-lhe Cicero até chamado «*finis sollicitudinis et litium*» e outros jurisconsultos romanos «*patrona generis humani*».

A prescripção positiva suppre pela posse a falta ou os vicios do titulo, e até a boa fé: assim, quem compra um predio a quem não era dono, adquire a propriedade d'elle pela posse, mais ou menos longa, segundo o titulo e a boa fé.

A prescripção negativa serve para exonerar de obrigações, supprindo a falta de quitação: assim deixo de ser obrigado a pagar uma divida que devia, não me sendo exigido o seu pagamento durante um tempo, mais ou menos longo, segundo a boa ou má fé.



É preciso distinguir bem a prescripção positiva da negativa; porque, se estão sujeitas a algumas regras communs, tambem se acham subordinadas a regras especiaes.

O codigo civil é igualmente applicavel ás prescripções em materia de commercio nos casos em que ellas não forem expressamente reguladas pela lei commercial, codigo de commercio, artigos 895.º e 1859.º

Art. 506.º Podem ser objecto de prescripção todas as cousas, direitos e obrigações que estão em commercio, e que não forem exceptuadas por lei.

(Vid. nota ao artigo 370.º)

Art. 507.º A prescripção aproveita a todos os que podem adquirir, e até aos incapazes, sendo negativa.

§ unico. No caso de prescripção positiva os incapazes podem adquirir pelas pessoas que legalmente os representam.

(Vid. nota ao artigo 480.º)

Art. 508.º Não é permittido renunciar antecipadamente ao direito de adquirir ou de se desonerar pela prescripção; póde porém renunciar-se ao direito adquirido por meio d'ella.

(Vid. nota ao artigo 182.º)

Art. 509.º Os credores, e todos os que tiverem legitimo interesse em que a prescripção se torne effectiva, podem faze-la valer, aindaque o devedor ou o proprietario hajam renunciado ao direito adquirido por meio d'ella.

Os credores e todos os que tiverem direito sobre os bens do prescribente, podem fazer valer o meio da prescripção, quando este não quizer aproveitar-se d'elle; porque é principio geral que o devedor não póde renunciar aos seus direitos em prejuiso do credor.

Rogron nas notas ao artigo 2225.º do codigo civil francez, cuja redacção em nada se differença da do nosso codigo, transcreve uma decisão do tribunal de cassação, que não permittiu aos credores o reclamar contra a renuncia á prescripção feita n'uma epocha, em que o devedor era solvavel, e gosava de inteiro credito.

Parece pois que as renuncias á prescripção feitas pelo devedor não podem ser combatidas pelos credores, senão quando redundam *em prejuizo* d'estes.

Nos termos do projecto primitivo não havia duvida de que entre nós devia seguir-se a jurisprudencia do tribunal francez, porque o artigo respectivo (599.º) achava-se redigido assim: «Os credores e todos os que tiverem direito sobre os bens do prescribente, podem fazer valer o direito de prescripção, adquirido pelo dito prescribente, se este o renunciar em seu prejuizo».

A commissão revisora conservou, sem a mais leve mudança, esta redacção nas duas edições de 1863 e 1864, e só na de 1865 é que apparece redigido o artigo nos termos que hoje se lêem no codigo.

Cremos porém que o pensamento do artigo não variou com a nova redacção, porque não póde dizer-se que tenham *legitimo interesse* em

fazer valer a prescripção os credores do prescribente, que têem o meio de exercer os seus direitos com relação a outros bens d'este, independentemente dos recursos adquiridos pela prescripção.

Póde ser combatida a renuncia ou na occasião mesmo em que se opera, ou mais tarde. A lei não limita o exercicio d'este direito, e a renuncia é acto instantaneo, que escapa de ordinario a todas as precauções, e se effectua longe da presença dos credores.

O *interesse* é a medida d'este direito; e por isso o usufructuario póde oppor a prescripção, se o proprietario renuncia a ella ou expressa ou tacitamente.

Art. 510.º Quem possue em nome de outrem não póde adquirir por prescripção a cousa possuida, excepto achando-se invertido o titulo da posse, quer por facto de terceiro, quer por opposição feita pelo possuidor ao direito d'aquelle, em cujo nome possuia, e não repellida por este; mas em tal caso a prescripção começará a correr desde a dita inversão de titulo.

§ unico. Diz-se invertido o titulo que é substituido por outro capaz de transferir a posse ou o dominio.

(Vid. nota ao artigo 481.º)

Art. 511.º A prescripção adquirida por um com-possuidor, com relação ao objecto principal da posse e aos actos extensivos d'esta, aproveita aos outros.

Art. 512.º Da mesma fórma aproveita aos outros a prescripção adquirida por um com-proprietario, com relação aos actos extensivos da propriedade.

(Vid. artigo 2281.º) A prescripção adquirida pelo compossuidor e comproprietario *pro indiviso* aproveita aos outros consocios. É uma consequencia necessaria da communhão de direitos e de obrigações sobre o mesmo objecto.

É consequencia do mesmo principio o disposto no artigo 2281.º, em virtude do qual um só dos comproprietarios do predio dominante que use da servidão, usa d'ella por todos e para todos, de modo que se a prescripção não podér correr contra algum d'elles, *verbi gratia*, por estar ausente do reino em serviço da nação, nos termos do artigo 551.º n.º 4.º, não corre contra nenhum dos outros, porque o direito d'estes não póde ser separado do d'aquelle.

Pela mesma rasão basta que um use da servidão para que o não uso dos outros os não prejudique com a prescripção.

A rasão é porque na propriedade commum é inseparavel o direito dos comproprietarios; os comproprietarios formam uma só e a mesma pessoa com relação á propriedade, não podendo ser separados os direitos de uns dos direitos dos outros.

E a interrupção da prescripção em relação a um dos compossuidores, ou comproprietarios abrange igualmente todos os outros?

Não regula o codigo esta hypothese, que aliás se acha sufficientemente prevenida com relação aos devedores e credores solidarios, artigos 554.º a 558.º Julgâmos porém que, em harmonia com os principios estabelecidos com relação á acquisição da prescripção pelos



compossuidores e pelos comproprietarios, a interrupção da prescripção com relação a algum d'elles prejudica todos os outros.

Na compossе e compropriedade não exige o codigo que se dêem em cada um dos compossuidores e comproprietarios as condições necessarias para a prescripção, porque parte do principio de que na compropriedade e na compossе um representa todos, e todos representam um, sem poder admittir-se a divisibilidade juridica, que aliás se reconhece nos creditos e debitos solidarios.

As palavras «*actos extensivos*» da posse ou da propriedade, significam, segundo se mostra da acta da sessão da commissão revisora de 25 de janeiro de 1861, o mesmo qué *accessorios* do objecto principal, como são por exemplo as servidões com relação ao predio prescribendo, etc.

Art. 513.º A prescripção adquirida por um comdevedor solidario aproveita aos outros, excepto áquelles a respeito dos quaes não se derem todas as condições necessarias para a prescripção. D'estes porém o credor tão sómente póde exigir a prestação da obrigação, com exclusão da parte que caberia ao devedor desonerado pela prescripção se a divida fosse rateada.

§ unico. A prescripção adquirida pelo devedor principal aproveita sempre aos fiadores.

(Vid. artigos 554.º, 556.º e 558.º) Este artigo não vinha no projecto primitivo. Foi introduzido pela commissão revisora em sessão de 25 de janeiro de 1861, por occasião da discussão do artigo 601.º do projecto, correspondente aos artigos 511.º e 512.º do codigo.

Lê-se na acta da referida sessão: «Propoz o sr. José Julio que o desenvolvimento da doutrina votada versasse sobre os seguintes pontos: 1.º, sobre a acquisição da prescripção com relação ao objecto principal da compropriedade ou da compossе; 2.º, sobre a acquisição da prescripção de servidões ou de outros objectos accessorios; 3.º, sobre a prescripção dos devedores solidarios, fazendo-se n'este caso, e em harmonia com o artigo 844.º (756.º do codigo), uma excepção á regra geral do artigo, de fórma que a prescripção de um d'esses prescribentes de boa fé não aproveite aos outros de má fé. Foi approvada a indicação, salva a discussão sobre a proposta que o sr. Seabra deve em consequencia apresentar».

Em virtude d'esta resolução apresentou o sr. Seabra na sessão immediata, de 28 do mesmo mez e anno, a redacção dos tres artigos 511.º a 513.º tal qual se acha no codigo, sendo approvada sem alteração.

Mas o pensamento fundamental do artigo, segundo se infere bem claramente da acta, foi consignar o principio de que nas obrigações solidarias o laço da solidariedade não vae tão longe, que a prescripção de um prescribente de boa fé aproveite a um prescribente de má fé.

O artigo 844.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 756.º do codigo, já reconhecia a doutrina de que o devedor, ainda solidario, podia ter meios de defeza, que não fossem communs aos seus comdevedores, e um d'esses meios podia ser a boa fé, que os outros não tivessem.

É indispensavel portanto, para a *acquisição* pela prescripção, que se reunam em cada um dos devedores solidarios as condições necessarias para a prescripção proceder com relação a elle.

Já assim não é quanto á interrupção da prescripção. A citação feita nos termos dos artigos 552.º e 553.º a um dos devedores solidarios ou ao seu procurador, ou o reconhecimento de algum dos ditos devedores, interrompe a prescripção a respeito dos outros condevedores, artigo 554.º

Se porém o credor interpellar um dos devedores solidarios não para lhe pagar a totalidade da divida, mas para lhe pagar só o seu quinhão, não interrompe esta citação, *individual* quanto á pessoa e quanto ao objecto, a prescripção com relação aos outros comdevedores, citado artigo 554.º § unico.

Os artigos 554.º e 558.º são duas manifestações do mesmo principio de solidariedade. Assim como a interrupção da prescripção em relação a um dos devedores solidarios prejudica os outros comdevedores, assim a interrupção da prescripção em favor de um dos credores solidarios aproveita a todos os outros. Estas disposições são a consequencia de ser um e indivisivel o debito ou o credito, quando ha solidariedade entre os devedores ou entre os credores.

A solidariedade dos comdevedores acaba naturalmente, desde que o credor consentiu na divisão da divida.

A prescripção adquirida pelo devedor aproveita ao fiador pela regra de que o accessorio segue o principal. A fiança existia por via da divida. Extincta esta não tem rasão de ser aquella. Pela mesma rasão não póde allegar o fiador a prescripção interrompida contra o devedor, artigo 556.º

A interrupção da prescripção em favor de algum dos credores solidarios é que aproveita a todos, artigo 558.º, porque o credito é indivisivel.

Art. 514.º A prescripção como meio de defeza só póde ser allegada por via de excepção, nos termos do codigo de processo.

Art. 515.º Os juizes não podem supprir, de officio, a prescripção, não sendo esta invocada pelas partes.

Ao contrario do que succede em materia crime, codigo penal, artigo 126.º, em materia civel o juiz não póde julgar a prescripção sem ser allegada pela parte, como já era pelo nosso antigo direito. Se a parte, cedendo aos brados da sua consciencia, não quizer aproveitar-se d'este meio de adquirir, pelo julgar pouco conforme á mais sã moral, deve o juiz decidir-se pelas outras provas dos autos, e em vista de quaesquer outras circumstancias.

Nos termos do projecto primitivo podia ser allegada a prescripção, em todo o estado da causa até á sentença definitiva.

Dizia o referido projecto no artigo 602.º: «A prescripção póde ser allegada em todo o estado da causa, excepto depois da sentença definitiva. Mas se a causa pender em grau de appellação, não será a prescripção attendida, se a prova d'ella não resultar de testemunhas, ou de quaesquer documentos anteriormente juntos ao processo.»

A prescripção na generalidade dos casos é allegada, como excepção, porque em regra a prescripção só é invocada pelo possuidor para com ella se defender das pretensões do que sustenta ser o legitimo proprietario.

Mas a redacção do artigo 514.º não exclue o direito de allegar a prescripção, como acção, o que poderia ser necessario, *verbi gratia*, para o registo do dominio, nos termos do artigo 949.º § 1.º; ou para fazer cancellar o registo de qualquer direito predial, artigo 994.º



O artigo 514.º que foi o resultado, sem alteração alguma, de uma proposta apresentada pelo sr. José Julio, em sessão da commissão revisora de 23 de janeiro de 1861, substituindo o artigo do projecto primitivo em ambas as suas partes, declara que a prescripção não póde ser allegada em todo o estado da causa, mas nos termos do codigo de processo, isto é, logo juntamente com a contrariedade, como excepção peremptoria, segundo dispõe o artigo 316.º da reforma, e como era já pelo direito anterior.

A hypothese porém, de chegar pela posse á prescripção para o registo do dominio, não vem prevenida: nem no regulamento de 14 de maio de 1868, feito pelo proprio auctor do codigo, que não reconhecia o registo do dominio; nem no projecto primitivo, ainda depois de revisto pela commissão, poisque o citado § 1.º do artigo 949.º foi introduzido pela commissão de legislação da camara dos deputados, como meio de transacção, para nem adoptar como obrigatorio o registo do dominio, que se achava estabelecido nas leis de 1 de julho de 1863 e 30 de junho de 1864, nem o proscrever de todo; nem no regulamento de 28 de abril de 1870; nem se achava tambem prevenida no regulamento de 4 de agosto de 1864, pelas rasões que damos em a nota ao artigo 524.º Se porém se reconhecer em vista da prova da posse, que esta tem todos os requisitos, que fazem adquirir o dominio pela prescripção, deve garantir-se ao possuidor o direito de propriedade.

Art. 516.º O estado, as camaras municipaes, e quaesquer estabelecimentos publicos ou pessoas moraes, são considerados como particulares, relativamente á prescripção dos bens e direitos susceptiveis de dominio privado.

(Vid. nota ao artigo 3.º)

## SECÇÃO II

### DA PRESCRIPÇÃO POSITIVA

### SUB-SECÇÃO I

#### DA PRESCRIPÇÃO DAS COUSAS IMMOVEIS E DOS DIREITOS IMMOBILIARIOS

Art. 517.º A posse para o effeito da prescripção deve ser:

1.º Titulada;

2.º De boa fé;

3.º Pacifica;

4.º Continua;

5.º Publica.

§ unico. A disposição d'este artigo não tem excepção que não seja expressa na lei.

Art. 518.º É posse titulada a que se funda em justo titulo; e diz-se justo titulo qualquer modo legitimo de adquirir, independentemente do direito do transmittente.

Art. 519.º O titulo não se presume: a sua existencia deve ser provada por aquelle que o invoca.

Art. 520.º A boa fé só é necessaria no momento da acquisição.

Art. 521.º Posse pacifica é a que se adquire sem violencia.

Art. 522.º Posse continua é a que não tem sido interrompida, na conformidade dos artigos 552.º e seguintes.

Art. 523.º Posse publica diz-se aquella que foi devidamente registada, ou tem sido exercida de modo que póde ser conhecida pelos interessados.

Vejamos os requisitos indispensaveis para que a posse produza os effeitos de conduzir á prescripção.

*Pacifica.* A violencia é um obstaculo á prescripção. Emquanto o possuidor violento não purgar o vicio de origem da sua posse, não se lhe conta o tempo da detenção, por mais longo que seja, para o effeito da prescripção, comquanto decorrido um anno elle tenha direito ás acções possessorias.

É a doutrina que resulta da redacção do artigo 521.º, que é corroborada ainda pelo disposto nos artigos 527.º e 529.º, que, dispensando em certos casos a falta de titulo e de boa fé, na posse, para a prescripção positiva, em caso nenhum dispensam a qualidade de *pacifica;* e posse pacifica, nos termos do citado artigo 521.º, é a que *se adquire* sem violencia.

Portanto, ao passo que todos estão de accordo em que a posse, adquirida por violencia, conduz á prescripção das acções possessorias, ha muito quem sustente que similhante posse não conduz á prescripção da acção de propriedade.

Parece-nos todavia que esta opinião não é a mais racional, nem a mais accommodada ao espirito geral do codigo. Em primeiro logar mal se comprehende como a posse violenta, que conduz á prescripção das acções possessorias, não conduza á prescripção da acção de propriedade. Em segundo logar, nos termos do artigo 526.º, póde ser registada a mera posse, provando o possuidor que durante cinco annos continuos tem possuido publica e pacificamente. Parece que n'este logar as palavras «*posse pacifica*» significam posse *sem opposição,* e não posse adquirida sem violencia.

Em nosso entender o vicio de origem, que resulta de ter sido adquirida com violencia a posse, purga-se pelo facto de não se levantar ou de cessar a opposição por parte do esbulhado.

Demais, se nos termos do artigo 690.º a coacção não obsta á prescripção da acção para rescindir os contratos, porque a prescripção começa de correr desde o dia em que a coacção haja cessado, por identidade ou por maioria de rasão não póde a violencia ser impedimento á prescripção positiva dos immoveis desde o dia em que a mesma cessou.

A cessação da violencia porém não faz cessar a má fé. A má fé é caracteristico impreterivel da posse violenta, artigo 495.º § 5.º; mas a má fé e a violencia são dois vicios differentes em face da lei, e por haver terminado este não se conclue que cessasse aquelle.

Portanto o possuidor violento em caso nenhum prescreve sem ter decorrido o tempo necessario para se dispensar a boa fé na prescripção.

*Continua.* A posse deixa de ser *continua,* não por não se praticarem *constantemente* actos de posse, mas sim por ser interrompida nos termos dos artigos 552.º; porque, depois de interrompida, não se conta o tempo anterior á interrupção, artigo 559.º Se porventura se deixou de *ter* a cousa por mais de um anno, *tendo-a* outrem, n'esse caso a posse não se interrompe, *perde-se,* artigo 482.º



*Publica.* A publicidade induz a presumpção de que o dono da cousa sabia que ella era possuida por outrem, e de que pelo facto de o saber, sem a reclamar, reconhecia como justa a detenção do possuidor. O codigo estabelece, como meio de publicidade para a posse, a inscripção no registo da conservatoria, que favorece, dando a esta publicidade muitas vantagens sobre a publicidade por outra fórma; poisque a publicidade pela inscripção da posse no registo conduz muito mais depressa á prescripção do que a publicidade por outro modo, artigos 526.º a 529.º

*Boa fé.* O projecto primitivo, seguindo as doutrinas do direito canonico, exigia a boa fé tanto no começo, como no decurso da posse. Na commissão revisora porém foram mais bem recebidas as doutrinas do direito romano, que teriam prevalecido em toda a parte se não fôra a influencia do direito canonico.

Para a acquisição dos fructos na posse é precisa a boa fé, tanto no começo como no decurso da posse, porque cessa o direito a elles, logoque a má fé apparece. Para a prescripção, porém, não é indispensavel a boa fé, mesmo no começo da posse, sem embargo do disposto nos artigos 517.º e 520.º, senão para *encurtar* o praso das prescripções, como se mostra dos artigos 527.º, 529.º, 532.º, 544.º, etc.

Para encurtar este praso na prescripção negativa deve existir a boa fé no fim do praso, artigo 535.º; quando na prescripção positiva dos bens immobiliarios deve existir no momento da acquisição, artigo 520.º, disposição esta que julgâmos applicavel por analogia á prescripção das cousas moveis, por ser tambem prescripção positiva. As palavras «*no momento da acquisição*», empregadas no artigo 520.º, devem traduzir-se por *começo de posse,* podendo o herdeiro aproveitar-se do tempo da posse de boa fé do auctor da herança.

Effectivamente, consistindo a boa fé na persuasão, que tem o possuidor, de que era verdadeiro dono a pessoa de quem recebeu a cousa, deve existir a boa fé na occasião da entrega da cousa. Em nosso entender o que adquiriu a cousa, se a adquiriu em boa fé, ajunta ao tempo da sua posse a do seu antecessor, se era tambem de boa fé, para completar o periodo da prescripção.

Para se julgar encurtado ou alongado o praso para o complemento da prescripção, segundo a posse começou ou não em boa fé, ha de attender-se ao momento da acquisição pelo possuidor, a quem ella aproveita, ou ao começo da posse do seu antecessor, se esta foi de boa fé.

O requisito da boa fé, aliás necessario no começo da posse, para encurtar o praso da prescripção em materia civel, foi banido de entre os requisitos que influem na prescripção em materia commercial.

Nos termos do artigo 894.º do codigo de commercio, o praso marcado para se intentarem as acções commerciaes é *peremptorio* e *fatal.* As palavras «*peremptorio*» e «*fatal*», significam que o periodo indispensavel para o complemento da prescripção não póde prolongar-se um momento alem do tempo marcado na lei. É a significação que tem a palavra «*peremptorio*» n'outros logares da nossa legislação, como no artigo 683.º da reforma judicial, etc.

O codigo commercial, no artigo 1860.º, declara improcedente a prescripção, depois de decorrido todo o tempo preciso para ella se constituir e completar, só quando ha escripto ou escriptura de obrigação, ajuste de contas com saldo em aberto, ou interpellação judicial.

Que nas prescripções em materia commercial nada influe a boa ou a má fé, mostra-se ainda da provisão do artigo 896.º que, no caso de se interromper a prescripção pela interpellação judicial, ou pela renovação ou reforma do titulo da obrigação, manda correr de novo

o praso, na primeira hypothese, desde a *data* do ultimo acto judicial; e, na segunda, desde a *data* da reforma, ou prorogação do vencimento da divida.

Ora, visto que o codigo manda correr de novo a prescripção desde a *data* da reforma é porque não exige a boa fé; poisque manda começar a prescripção exactamente no momento em que o devedor está constituido *em má fé*, ou pela interpellação ou pela reforma. Se até ali o devedor estava ao abrigo da boa fé, perdeu aquella salvaguarda desde que se lhe fez conhecer, ou elle mesmo reconheceu que era devedor.

Por direito civil a simples interpellação extra-judicial tambem não interrompe a prescripção, artigos 552.º e 553.º Só a interpellação por ordem do juizo é que produz o effeito de interromper a prescripção.

*Titulada.* A boa fé presume-se sempre, como elemento de boa intenção, artigos 478.º e 532.º O titulo, como é um *facto*, e os factos não se presumem, carece de ser allegado e provado, salvo com relação aos bens moveis, artigo 532.º, porque ahi a posse vale, por assim dizer, o titulo. O titulo faz presumir a propriedade com maior força do que a posse, que já por si induz presumpção de propriedade, artigo 477.º

O titulo, sem embargo do disposto no artigo 517.º, tambem não é preciso, senão para encurtar o praso da prescripção, artigos 527.º, 529.º e 532.º O registo está no mesmo caso do titulo e da boa fé: não é essencial para a prescripção, serve apenas para encurtar o praso d'ella, artigos 526.º a 529.º

*Titulo justo*, é o titulo capaz de transferir dominio. A regra n'esta materia é: *Ex quibus causis tradente vero domino, transiret dominium, ex iisdem, tradente non domino, procedit usucapio.*

Assim o escripto particular não é titulo justo para a prescripção de bens immoveis no valor excedente a 50$000 réis, porque não é modo legitimo de os adquirir, artigos 1459.º, 1590.º e 1594.º

Mas se alguem vender, ainda que não sejam seus, por escriptura publica, bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis, e o comprador os adquirir em boa fé, e sem contestação os possuir pelo tempo marcado nas leis para a prescripção com justo titulo, adquirirá o direito a elles.

Notem-se bem as palavras «*independentemente do direito do transmittente*» empregadas no artigo 518.º, que são essencialissimas, e cujo pensamento Coelho da Rocha explica nos seguintes termos:

«Quando aqui se trata do titulo, não se entende o titulo proveniente do senhor da cousa, que por si transfere a propriedade d'ella; porque então para adquirir não precisa o possuidor de recorrer á prescripção; mas sim o titulo proveniente *a non domino*, o qual, não tendo propriedade que transfira, não faz mais do que pôr o possuidor em estado de prescrever: assim, o que vende os bens alheios, não transfere a propriedade, porque a não tem: mas a posse do comprador é habil para a prescripção».

Aqui ha duas cousas distinctas a considerar «o direito do transmittente e a idoneidade do titulo». Póde ser bom o direito do transmittente, e não se transmittir o direito em rasão da illegitimidade do titulo, e vice versa.

Assim, o proprietario que vende por escripto particular bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis, nem transmitte o seu direito, nem habilita o comprador a adquiri-lo pela prescripção, que carece de titulo, para se realisar.

Pelo contrario, o injusto detentor d'esses bens, que os vendeu por escriptura publica, não transmittiu direito, porque o não tinha, mas habilitou o comprador a haver o dominio, logoque ao justo titulo



acrescessem os demais requisitos indispensaveis para proceder por justo titulo a prescripção.

O justo titulo, tanto se considera independente do direito do transmittente que, se elle provier do verdadeiro proprietario, não tem logar a prescripção, como meio de adquirir, porque se adquire então o dominio pela transmissão, e não pela prescripção.

O sr. Seabra tomava no mesmo sentido as palavras «*justo titulo*», de que se usa no artigo 518.º, e as palavras «*titulo legitimo*» empregadas no artigo 488.º, segundo declara na sua resposta ás observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva.

A boa fé e o justo titulo não são requisitos indispensaveis, como já dissemos, para a posse produzir a prescripção, comquanto sirvam para encurtar os prasos, passados os quaes ella se verifica, artigos 527.º e 529.º

Por isso se levantou no seio da commissão revisora grande discussão sobre este ponto, propondo-se até a eliminação dos dois primeiros requisitos do artigo 517.º

O sr. Marreca sustentava que a posse só por si, quando revestida dos requisitos legaes, devia ser considerada justo titulo, e votou contra os dois primeiros requisitos, e os srs. Ferrer e Levy contra o segundo.

A commissão revisora tanto reconheceu que os dois primeiros elementos não eram essenciaes á posse para a prescripção, e que logo nos artigos seguintes, 527.º, 529.º e 532.º, ia destruir aquella regra geral, que acrescentou ao artigo 517.º o § unico, que não vinha no projecto primitivo.

A disposição do artigo, a que se refere o § unico, são os n.os 1.º e 2.º, como consta expressamente da deliberação tomada pela commissão revisora em sessão de 25 de janeiro de 1861.

A disposição de que a posse deve ser *continua, pacifica* e *publica*, não tem excepção alguma. Nem a acção de posse póde ser julgada procedente, sem serem allegados e provados conjunctamente os tres requisitos, artigo 524.º, e regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 126.º

Art. 524.º A mera posse só póde ser registada á vista de sentença passada em julgado, com audiencia do ministerio publico e dos interessados incertos citados por editos, d'onde conste que o possuidor tem possuido pacifica, publica e continuadamente por tempo de cinco annos.

Art. 525.º O registo da mera posse póde ser feito provisoriamente, quando for requerida a justificação, sendo convertido em definitivo pelo averbamento da sentença, cujos effeitos se retrotrahirão á data do registo provisorio.

(Vid. artigo 949.º n.º 5.º) Como os actos juridicos, sujeitos a registo pelo artigo 949.º, não podem ser inscriptos senão em presença dos documentos especificados no artigo 978.º, permitte o codigo, com relação á *mera* posse, isto é, com relação á posse *não titulada*, a justificação judicial, nos termos dos artigos 126.º a 134.º do regulamento de 28 de abril de 1870, para se fazer o registo em presença da *sentença* que julgar a justificação.

O praso marcado na citação edital a terceiros incertos para virem a juizo é de trinta dias, devendo tambem publicar-se annuncio no periodico da cabeça da comarca, havendo-o, e, não o havendo, na gazeta da respectiva relação, citado regulamento, artigo 126.º

O artigo 524.º do codigo, assim como o artigo 126.º do regulamento, referem-se á hypothese da citação edital a *terceiros incertos*, sem mencionarem a citação pessoal a pessoas certas, porque na justificação judicial da mera posse figura-se o caso de o justificante possuir, ha cinco annos pelo menos, em posse continuada, pacifica e publica, não se presumindo por isso a existencia de pessoa certa interessada na opposição á justificação.

Para maior certeza dos julgados n'estas justificações devia ter estabelecido o regulamento a obrigação de o justificante declarar a pessoa de quem houvera a cousa possuida, o titulo por que a houvera, a rasão por que não tinha documento escripto d'essa transmissão, e se a propriedade nos ultimos dez annos tinha sido objecto de transmissão, sobre que recaisse contribuição de registo.

Para estas justificações o juizo competente é o da situação do predio, mas o juizo de direito da comarca, e não o juiz ordinario, citado regulamento, artigo 127.º N'estes processos o juiz ordinario nem preparador póde ser; ha de ser logo apresentada a petição perante o juiz de direito respectivo.

Se os predios, objecto da justificação da posse, forem situados em comarcas differentes, é então indispensavel proceder a tantas justificações quantas são as comarcas, não bastando que se faça uma unica justificação em qualquer das comarcas onde estiverem situados alguns dos bens, como se mostra do citado artigo 127.º, e do § unico do artigo 137.º

Se alguem vier requerer contra a justificação da posse, ou se for impugnada pelo ministerio publico, ficará contenciosa até passar em julgado a sentença. Qualquer impugnação será deduzida por embargos, os quaes só poderão ser offerecidos depois de feita a justificação por testemunhas e documentos, que provem actos possessorios, citado regulamento, artigo 128.º

Da justificação se dará vista ao advogado do oppoente, se o houver, e em ultimo logar ao ministerio publico, por cinco dias improrogaveis a cada um, a fim de poderem offerecer embargos á mesma justificação. Deduzindo-se embargos, serão estes contestados pelo justificante, e seguir-se-ha a audiencia de julgamento, em que poderão ser reperguntadas as testemunhas da justificação e inquiridas outras, se o rol d'ellas tiver sido entregue no cartorio do escrivão cinco dias antes da dita audiencia, citado regulamento, artigos 131.º e 132.º

Das sentenças proferidas sobre embargos cabem os recursos legaes, citado regulamento, artigo 134.º

As custas judiciaes do processo serão pagas pelo justificante; as accrescidas porém desde os embargos serão pagas pelos embargantes, quando, sem embargo dos mesmos embargos, a justificação seja julgada por sentença, salvo se o embargante for o ministerio publico, artigo 133.º

Convem notar que a justificação, depois de julgada por sentença e de registada, nem por isso dá ao possuidor os direitos de proprietario, mas sim só os de possuidor, que podem ser vencidos pelos do proprietario em acção ordinaria.

Conseguintemente a posse assim justificada tem força e valor apenas, emquanto não apparece um terceiro, allegando e provando melhor direito.

É porém indispensavel, para ser registada a posse, que ella tenha durado pelo menos cinco annos, porque, se o possuidor foi privado d'ella ha mais de anno, não póde já registar-se, vistoque a interrupção inutilisou todo o tempo anteriormente decorrido, artigo 559.º



N'este caso só aproveitará, como prova da propriedade, se o possuidor antes da interrupção possuia ha trinta annos, ainda sem titulo e boa fé, ou ha mais de quinze com titulo e boa fé. Assim procede a prescripção, podendo ser allegada para prova da propriedade.

Convem igualmente observar que, nos termos do artigo 129.º do regulamento de 28 de abril de 1870, nenhuma justificação de posse será julgada procedente, provando-se: 1.º, detenção de uso, usufructo, consignação, simples arrendamento, mandato, mera administração, favor ou qualquer outro titulo precario; 2.º, a existencia de registo de propriedade ou posse sobre o mesmo objecto a favor de outra pessoa.

O regulamento equipara, para os effeitos do julgamento da posse, a inscripção no registo a favor de outra pessoa á detenção em nome alheio, pela presumpção de que o possuidor, se tivesse adquirido validamente o predio, teria feito nova inscripção, e de que a manifestação publica no registo não abona a sua boa fé.

Porém, como meio *de defeza*, póde ser allegada a posse para o effeito da prescripção, sem embargo do registo a favor de outra pessoa, artigos 528.º e 529.º, e nos termos que teremos occasião de ver em a nota ao artigo 528.º

O possuidor que intenta a acção de justificação de posse póde fazer logo o registo provisorio, ajuntando certidão que prove que a respectiva acção se acha proposta em juizo contencioso, *a simili* do que dispõe o artigo 969.º § 1.º, com relação ao registo provisorio das acções.

O registo provisorio converte-se em definitivo pelo averbamento da sentença passada em julgado, *e os seus effeitos retrotrahem-se á data do registo provisorio*, cujo numero de ordem fica pertencendo ao definitivo, artigo 973.º

Como os prasos para a prescripção na posse registada, artigos 526.º e 527.º, se contam desde o registo provisorio, convem por isso ao justificante o abrir desde logo o registo provisorio, porque assim já vae ganhando o tempo que dura a causa, a qual, havendo opposição e recursos para os tribunaes superiores, póde prolongar-se muito.

A justificação judicial só se exige para o registo da posse, quando esta não é titulada, porque, se o direito constar, ou de conciliação ou de qualquer titulo admissivel a registo, nos termos do artigo 978.º, escusada é a justificação.

Sustentaram alguns que o titulo de conciliação não dispensa a justificação judicial. É porém inadmissivel similhante opinião. Se ha conciliação, ha posse titulada, e não *mera* posse, privada de titulo, porque a conciliação é um verdadeiro titulo.

O codigo marcou taxativamente os titulos, que o conservador devia attender para inscrever nos livros de registo os differentes direitos e encargos que recáem sobre a propriedade.

Mas como a posse, ainda na falta de titulos, é base e ponto de partida de alguns direitos, e para ser admittida a registo era preciso titula-la, estabeleceu o codigo o meio de a titular.

A posse não se inscreve nos livros da conservatoria como *direito em si*, mas como meio para a acquisição de um direito pela prescripção, como ensinam os principios, e até a collocação d'esta materia no codigo. Se a acquisição d'esse direito póde justificar-se por algum outro titulo, como conciliação, escriptura, etc., escusada é a justificação judicial da posse.

Se o dono do predio serviente confessa em auto de conciliação a servidão, escusada é a justificação, porque ha um titulo constitutivo do encargo admissivel a registo. O que se regista n'este caso não é a

posse confessada, mas a servidão transmittida. Não ha n'esta especie logar a registo de posse como base do direito. Não se invoca então a posse ou prescripção como base do dominio. Recorre-se ao titulo de confissão do proprio dono.

Desde que a posse é admissivel a registo não como um direito em si, mas como ponto de partida e base para a acquisição de um direito, é claro que a confissão do direito por parte do respectivo interessado dispensa o recurso á justificação judicial. N'este caso já não ha a *mera* posse, ha a posse titulada.

Demais, se uma servidão póde ser constituida de novo em auto de conciliação, artigos 2272.º, 2273.º e 2275.º, pela mesma rasão a servidão já constituida póde ser confessada em igual titulo.

Se um individuo, antes de intentar contra outro a acção confessoria, o chamar á conciliação, e este confessar a existencia da servidão, não ficará o auto de conciliação com a força de sentença, sem que o dono do predio dominante tenha necessidade de recorrer ao juizo contencioso para obter a declaração do seu direito? De certo. Pela mesma rasão não carece de recorrer ao meio da justificação quem tem qualquer *titulo* de posse admissivel a registo.

Art. 526.º Os immoveis e os direitos immobiliarios podem ser prescriptos:

1.º No caso de registo de mera posse, por tempo de cinco annos;

2.º No caso do registo do titulo de acquisição, por tempo de dez annos, contados em ambos os casos desde a data do registo.

Art. 527.º Tanto n'um como n'outro dos dois casos especificados no artigo antecedente, se a posse tiver durado por dez annos ou mais, alem dos prasos estabelecidos no mesmo artigo, dar-se-ha a prescripção, sem que possa allegar-se a má fé ou a falta de titulo, salvo o que fica disposto no artigo 510.º

Art. 528.º Os immoveis ou direitos immobiliarios, faltando-lhes o registo da posse, ou do titulo da adquisição, só podem ser prescriptos pela posse de quinze annos.

Art. 529.º Quando porém a posse dos immoveis ou direitos immobiliarios, mencionados no artigo antecedente, tiver durado pelo tempo de trinta annos, dar-se-ha a prescripção, sem que possa allegar-se a má fé ou a falta de titulo, salvo o que fica disposto no artigo 510.º

(Vid. artigos 932.º, 994.º, 2241.º n.º 4.º e 2279.º n.º 2.º) A commissão revisora acabou com a differença que, para os effeitos juridicos, se estabelecia entre a ausencia e a presença do proprietario, contra quem se prescrevia, differença estatuida no direito romano, reconhecida em quasi todos os codigos modernos, adoptada ainda no projecto primitivo, e respeitada no nosso fôro pelo direito anterior, comquanto a jurisprudencia dos nossos tribunaes fosse ultimamente para a idéa da prescripção trintanaria, quanto aos immoveis, sem distincção entre presentes e ausentes, vista a generalidade da epigraphe do titulo LXXIX da ordenação, livro IV.



Por direito romano a prescripção ordinaria para os immoveis era de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes. Distinguia-se assim, segundo o possuidor e o proprietario residiam na mesma ou em differente provincia, porque cada provincia comprehendia ás vezes um paiz inteiro. Entre nós porém, que a ausencia se determinava pela habitação em differentes comarcas, e que o vapor e a electricidade tem supprimido quasi as distancias, não tinha já rasão de ser similhante doutrina.

Pelo systema do codigo o praso da posse para a prescripção é mais ou menos curto, segundo ha registo e titulo com boa fé.

No caso de não haver registo exige-se para a prescripção mais ametade do tempo que se exige, achando-se registado o acto juridico. Para se effectuar a prescripção independentemente de titulo e de boa fé é preciso ter decorrido o dobro do tempo, que é necessario que decorra no caso de acrescerem estas duas circumstancias.

O codigo dá ao justo titulo e á boa fé igual consideração, e dá mais valor a estas duas circumstancias do que ao registo, porque sem ellas tem de ser mais longo o praso para a prescripção do que sem o registo.

Nem pareça estranho que no caso de registo de mera posse, em que não *ha titulo* de transmissão, se verifique a prescripção em ametade do tempo que é preciso para se verificar no caso de haver titulo de acquisição, porque deve attender-se a que a mera posse não póde ser registada senão em virtude de sentença, que julgue justificada uma posse de cinco annos, pacifica, publica e continua.

Assim a prescripção no registo da mera posse só tem logar passados dez annos, contados não *desde a data* do registo, mas *desde a data* da posse; e a garantia da publicidade, que ha na justificação feita nos termos do artigo 524.º, equivale bem á existencia de titulo.

Contando o tempo da posse, não desde a data do registo, mas desde a data da posse, é que nós dissemos que na falta de registo ou da méra posse, ou do titulo de acquisição, se exigia para a prescripção mais ametade do tempo, que seria preciso, se se tivesse effectuado o registo.

Todos os bens e direitos immobiliarios prescrevem nos prasos marcados nos artigos 526.º a 529.º Conseguintemente prescreve n'este praso o usufructo, artigo 2241.º n.º 4.º As servidões prescrevem no mesmo praso, artigo 2279.º n.º 2.º, e não nos termos marcados no artigo 535.º, não só porque as servidões são direitos immobiliarios, e portanto sujeitos ás disposições dos artigos 526.º e seguintes, mas ainda porque as servidões consistem em *soffrer* ou *não fazer*, e o artigo 535.º refere-se ás obrigações de *prestar* ou *fazer*.

Só a posse em nome alheio é que não conduz, por mais longa que seja, á prescripção.

E póde a posse conduzir á prescripção contra um titulo inscripto? O projecto de codigo civil hespanhol prohibe — o redondamente. O nosso codigo, não prevenindo esta hypothese, parece admittir a prescripção, que tem por unico fundamento a posse, ainda contra um titulo inscripto. Verdade seja que o regulamento de 28 de abril de 1870 prohibe no artigo 129.º, que se julgue procedente a justificação de posse, quando se provar a existencia de uma inscripção de propriedade ou de posse sobre o mesmo objecto a favor de outra pessoa, e o ministerio publico deverá sempre exigir a respectiva certidão para a ajuntar ao processo de justificação.

Se porém esta circumstancia não for allegada e provada no processo, e a justificação for julgada por sentença, póde o conservador

recusar-se a fazer o registo? Ha disposição legal que o auctorise a negar o registo a qualquer titulo valido dos especificados no artigo 978.º, pelo facto de não ser este titulo proveniente do individuo a favor de quem se fez a ultima inscripção?

A portaria de 16 de abril de 1867, com relação á lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, e respectivo regulamento de 4 de agosto de 1864, determinou que no caso de se achar anteriormente inscripto um predio, devia o conservador recusar-se a fazer novo registo ou provisorio ou definitivo, emquanto não se achasse extincta a primeira inscripção; e esta doutrina não offerecia duvida em presença d'aquelle regulamento, que nos artigos 86.º e 87.º dispunha o seguinte:

«Artigo 86.º Inscripto em dia anterior, ou com prioridade de tempo na ordem da apresentação qualquer titulo translativo sem clausula suspensiva, não poderá depois ser inscripto qualquer outro titulo, pelo qual o mesmo transmittente aliene ou grave o mesmo predio, salva a extincção legal da primeira inscripção.

«Art. 87.º Feita uma inscripção predial conforme a nova lei hypothecaria para conservação e não acquisição do dominio, por se achar consolidado sem dependencia de registo antes da mesma lei, não será admittida a diversa pessoa, que se intitule proprietario do mesmo predio, outra inscripção nem a de um titulo translativo ou constitutivo, que não provenha da pessoa primeiro inscripta, salva a extincção legal da primeira inscripção.»

Ora o regulamento de 14 de maio de 1868 omittiu, muito de proposito, estes dois artigos, porque, reproduzindo no artigo 106.º o disposto no artigo 85.º do primeiro regulamento, reproduz logo no artigo 107.º o disposto no artigo 89.º d'aquelle mesmo regulamento, passando em claro os artigos 86.º, 87.º e 88.º

A doutrina d'este regulamento parecia effectivamentea mais conforme ao espirito do codigo civil, que no artigo 1580.º figura a hypothese de se acharem registadas duas vendas da mesma cousa, feitas a differentes pessoas; e, se o codigo não permittisse o registo das duas transmissões, feitas pela mesma pessoa, diria n'aquelle artigo, «prevalecerá a venda registada» e não «prevalecerá a venda *primeiramente* registada».

No entretanto o ultimo regulamento de 28 de abril de 1870 acabou com todas estas duvidas, consignando no artigo 124.º a seguinte disposição: «Feita uma inscripção a favor de qualquer pessoa, não será, sem sua intervenção, ou de seu legitimo successor, admittida a favor de outra pessoa nova inscripção relativa ao mesmo direito registado, salvo se a anterior, por falsa ou indevidamente feita, tiver sido cancellada».

Conseguintemente não póde ser julgada procedente a justificação da posse, provando-se a inscripção de propriedade sobre o mesmo objecto a favor de outra pessoa; e, se for julgada procedente a justificação, não é registada.

Todavia apesar de todas estas disposições fica ainda de pé a duvida, — se a posse não registada conduz á prescripção, e á prescripção de um direito inscripto a favor de outra pessoa.

O que n'este objecto se torna mais difficil é a conciliação do disposto no artigo 528.º com o preceito do artigo 952.º; porque, emquanto este artigo dispõe que a posse não póde ser invocada em juizo para prova da propriedade senão depois de registada, e parece determinar que só desde o registo se conta a sua existencia para os effeitos legaes, determina aquelle artigo, que os bens immobiliarios prescrevem pela posse de quinze annos, sem registo.



Procuram alguns explicar a antinomia que apparece entre as disposições dos dois artigos, considerando o artigo 952.º como regra, e o artigo 528.º como excepção.

Dizem que a posse não póde ser invocada em juizo para o effeito da prescripção sem se mostrar registada, salvo se dura ha mais de quinze annos, porque então escusado é o registo.

Mas esta explicação é inadmissivel, porque o artigo 952.º está formulado em termos tão absolutos que não admitte similhante restricção.

Têem outros dito que a posse não registada só tem effeitos juridicos, quando não ha registada posse ou propriedade a favor de outra pessoa. Esta doutrina porém é contraria á disposição expressa de varios artigos do codigo, que dão effeitos juridicos á posse de mais de anno, sem distinguirem se ha ou não posse registada a favor de outra pessoa; devendo alem d'isso notar-se que o registo ou a falta de registo da posse influencia nenhuma exerce para o effeito das acções possessorias.

Para harmonisar o artigo 528.º com o artigo 952.º dizem outros que, comquanto a posse não registada produza a prescripção, este effeito juridico não é reconhecido em juizo sem ella estar registada, o que não acontece nas acções de posse; e que assim, quem possuiu pelo tempo preciso para a prescripção, e foi esbulhado da posse, póde intentar antes do anno a acção de restituição, sem ter registado a sua posse; mas que, se deixou passar o anno sem reclamar, e quizer haver de novo a cousa das mãos do injusto possuidor, aindaque este seja violento, convencendo-o na questão da propriedade nos termos do artigo 489.º, ha de primeiro intentar a acção de justificação de posse, se ella for de mais de cinco annos, e, obtendo sentença favoravel, regista-la, e fundar-se na certidão de registo para poder invocar a posse para prova da propriedade; e que, portanto, quem possuiu pelo tempo preciso para prescrever nos termos dos artigos 528.º e 529.º, fica proprietario em virtude da prescripção, mas que nem o seu direito de propriedade lhe é reconhecido em juizo sem o registo, nem a posse tem effeitos legaes senão desde o registo, artigo 952.º

Que a commissão revisora admittia a prescripção pela posse independentemente de registo consta positivamente das actas das suas sessões de 28 e de 30 de janeiro, e de 1 de fevereiro de 1861.

Em sessão de 28 de janeiro apresentou o sr. José Julio de Oliveira Pinto uma proposta de substituição á materia do projecto primitivo na secção correspondente á que estamos analysando, proposta que, com pequenas alterações, foi approvada, e se acha reproduzida n'esta secção.

O artigo d'aquella proposta, correspondente ao artigo 517.º do codigo, achava-se redigido nos seguintes termos: «A posse para o effeito da prescripção deve ser: 1.º, *registada;* 2.º, continua; 3.º, titulada; 4.º, de boa fé. § unico. Exceptuam-se porém os casos, em que a lei, por motivos de ordem publica, der como provada a existencia de algum d'estes requisitos, e prohibir toda a investigação ácerca d'ella.»

Em vista d'este artigo parecia que a mente do auctor da proposta era negar os effeitos da prescripção á posse não registada, e effectivamente na sua substituição não se lia o preceito do artigo 528.º

Lia-se porém o artigo correspondente ao artigo 529.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: «Quando porém a posse não tiver sido registada nos termos do artigo . . . , as cousas immoveis só poderão ser prescriptas pela posse continua de trinta annos.»

Conseguintemente o proprio auctor da proposta admittia que a posse, mesmo independentemente de registo, conduzia á prescripção, quando tivesse durado trinta annos.

Na acta da sessão de 30 do mesmo mez e anno lê-se o seguinte: «O sr. José Julio disse que, havendo a commissão na sessão anterior resolvido que houvesse prescripção com posse registada, e prescripção *com posse não registada*, e que a primeira se realisasse n'um praso mais curto do que a segunda, propunha que a commissão resolvesse: «1.º, qual deve ser o praso para a prescripção no caso de registo da posse? 2.º, qual deve ser o praso para prescripção no caso de *posse não registada?*

«Depois de larga discussão resolveu-se: 1.º, que a prescripção pela posse proveniente do registo do titulo de acquisição seja de dez annos; 2.º, que a mera posse possa ser registada no fim de cinco annos; 3.º, que a posse registada, no caso de não haver titulo, só prescreva por dez annos; 4.º, que no caso de haver titulo prescreva por cinco annos; 5.º, que a regra para a boa fé seja a mesma que para o titulo; 6.º, que a *posse não registada*, havendo boa fé e justo titulo, prescreva por quinze annos; 7.º, que *na mesma hypothese*, mas não havendo boa fé e justo titulo, a prescripção seja de trinta annos.»

Na sessão immediata de 1 de fevereiro apresentou o sr. José Julio a redacção, feita de accordo com o sr. Seabra, da sua proposta nos mesmos termos, em que se acha redigida esta sub-secção.

Portanto o pensamento da commissão revisora n'esta occasião foi indubitavelmente reconhecer a procedencia da posse não registada para os effeitos da prescripção.

No projecto primitivo vinha tratada com muita deficiencia a materia do direito hypothecario e do registo, e nos trabalhos da primeira revisão não foi examinada pela commissão revisora. É só no projecto da commissão, edição de 1864, que apparece a doutrina consignada no artigo 952.º do codigo, textualmente copiada do artigo 38.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, que serviu de base aos trabalhos da commissão revisora sobre esta materia, que se esqueceu de harmonisar as suas novas doutrinas com o que deixára disposto nos artigos 528.º e 529.º

Com a primeira parte do artigo 952.º poderia ainda harmonisar-se facilmente a doutrina dos artigos 528.º e 529.º, dizendo-se que a posse não registada conduzia á prescripção, mas que para se invocar em juizo era preciso regista-la.

Faz porém muita duvida a segunda parte do artigo 952.º, que parece não admittir *effeitos legaes* á posse como fundamento da propriedade, senão depois de registada.

Não ha duvida de que o codigo dispõe em varios artigos que a posse ainda não registada conduz á prescripção. É expresso a este respeito o artigo 528.º, e ainda o artigo 517.º combinado com o artigo 524.º; porque, exigindo o artigo 517.º que a posse seja *publica* para conduzir á prescripção, no artigo 524.º chama *publica* tanto á registada, como á que tem sido exercida de modo que póde ser conhecida pelos interessados.

E a historia das disposições d'esta secção, feita em presença das actas da commissão revisora, dissipa todas as duvidas que a este respeito podesse haver.

Mais. A posse registada conduz á prescripção de um direito, mesmo que este se ache inscripto, não só porque o codigo não distingue, mas porque seria absurdo, e contrario a todos os principios que regem a prescripção, que um individuo inscrevesse o seu direito, e depois o abandonasse, e que passados muitos annos, ou mesmo seculos, viessem os seus representantes reivindicar a propriedade, sem que o possuidor podesse oppor-lhes a sua longa posse.



Mas tambem é certo que em contraposição, pelo menos apparente, áquellas disposições do codigo se lêem outras, como a do artigo 952.º, que não permitte invocar em juizo a posse para prova da propriedade emquanto se não mostrar registada, e que manda que depois de registada se conte o seu começo para todos os effeitos legaes, em conformidade das disposições do codigo.

Por outro lado o regulamento do registo predial estabelece no artigo 149.º que o registo definitivo de qualquer direito predial a favor de uma pessoa constitue a presumpção juridica de que o mesmo direito lhe pertence, emquanto não for cancellado o registo, ou não houver legitima transmissão do direito registado; e, como consequencia do principio consignado n'este artigo, prohibe no artigo 129 n.º 2.º que se julgue procedente a justificação de posse, provando-se a existencia de registo de propriedade ou de posse a favor de outra pessoa.

Havendo pois no conjuncto de todas estas disposições uma especie de contradicção, e sendo ellas todas igualmente obrigatorias, de modo que o interprete não póde preferir o cumprimento de umas ao das outras, forçoso é concilia-las.

É difficil combinar o artigo 528.º, segundo o qual a posse de quinze annos *sem registo* conduz á prescripção, com o artigo 952.º, que expressamente determina que a posse não póde ser invocada *em juizo*, para prova da propriedade, *emquanto se não mostrar registada*.

Não ha outro meio de conciliação senão o seguinte: completa-se a prescripção, e adquire-se o direito de propriedade pela posse de quinze annos *sem registo*, mas não póde ser depois invocada em juizo a posse para prova da propriedade senão depois de registada. E o artigo 952.º não declara que os *effeitos legaes* da posse comecem só desde o registo, mas sim que, depois de registada, o seu começo *deve ser contado em conformidade das disposições do codigo*, isto é, em conformidade dos artigos 526.º a 529.º

Em conclusão, antes de registada a posse, por mais longo que seja o seu decurso, não póde ser invocada para prova da propriedade; mas, depois de registada, póde ser contado esse tempo para a procedencia da prescripção.

O artigo 952.º não determina que a posse seja contada só *desde o registo*, mas sim que o registo é indispensavel para ella ser contada em conformidade das disposições do codigo. N'outros termos, antes do registo a invocação da posse, de seculos que seja, não serve para prova da propriedade; mas depois de registada basta que sejam decorridos quinze annos de duração da posse para se julgar adquirida a propriedade pela prescripção.

Vejâmos porém o modo pratico de fazer valer esta posse, e de obter o registo contra um direito inscripto.

Se o possuidor, com uma posse de mais de quinze annos, pretende regista-la a fim de a poder invocar em juizo contra um direito inscripto, ha de intentar a acção ordinaria para ser julgada a prescripção contra a pessoa a favor de quem o registo está feito, allegando a sua posse de mais de quinze annos com todos os requisitos necessarios para a prescripção, e que o direito inscripto se acha, por consequencia, prescripto, e pedindo em conclusão que se julgue prescripto o direito inscripto; e com a sentença passada em julgado vae requerer a cancellação do registo, nos termos do artigo 994.º

Se porém é o sujeito do direito inscripto quem intenta a acção de reivindicação contra o possuidor de mais de quinze annos, este defende-se, não invocando o seu direito de propriedade, mas oppondo-lhe a prescripção do direito inscripto, e com a sentença que julga

procedente a excepção de prescripção, vae requerer o cancellamento do registo nos termos do já citado artigo 994.º

Ás acções de posse é de certo inapplicavel a doutrina da segunda parte do artigo 952.º, a não se transtornar o systema do codigo sobre a posse, que dá acção possessoria ao que possuiu por mais de anno, e que todavia não admitte registo de posse, que não tenha durado cinco annos.

Para as acções possessorias é que a posse não carece de registo, porque estas fundam-se unica e exclusivamente no facto da posse, que basta ser de um anno ou de menos tempo ainda para dar logar a ellas, quando o registo não póde effectuar-se, sem que a posse tenha durado pelo menos cinco annos, artigo 524.º

Art. 530.º As disposições dos artigos antecedentes, com relação á prescripção dos direitos immobiliarios, só podem ter excepção nos casos em que a lei expressamente o declarar.

Art. 531.º Os direitos que por sua natureza se exercem raramente podem ser prescriptos pela fórma e no praso designados para a prescripção, provando-se que durante esse tempo foram exercidos sem opposição, todas as vezes que foi necessario para o goso normal e completo d'aquillo para que, conforme a sua natureza ou indole, a cousa prestava.

(Vid. artigos 1686.º e 2017.º) As regras geraes para a prescripção dos bens immobiliarios estão fixadas nos artigos 526.º a 529.º Por isso era até escusado o preceito do artigo 1686.º, que declara applicavel a prescripção aos prasos, como a quaesquer bens immobiliarios, pois que é evidente que os prasos são bens immoveis e direitos immobiliarios.

Pelo mesmo tempo e fórma por que prescrevem os direitos immobiliarios, prescreve o direito de petição de herança, artigo 2017.º, como direito immobiliario, que é tambem. A acção para pedir a partilha da herança expira do mesmo modo que os direitos sobre bens immobiliarios, ou o possuidor seja co-herdeiro ou não, ou esteja de posse a titulo universal ou a titulo singular. Se porém todos possuem a herança em commum, ou algum d'elles em nome, e como cousa de todos, a prescripção nunca tem logar, porque só prescreve quem possue em nome proprio, artigo 510.º

Nos direitos, que se exercem raramente, como são as servidões, conta-se para a prescripção não o tempo do *exercicio*, que seria pequeno, mas o tempo durante o qual podiam ser exercidos, e effectivamente o foram, sem opposição, sempre que foi necessario.

Da redacção do artigo 530.º infere-se, que as regras estabelecidas nos artigos 526.º a 529.º soffrem excepção só com relação aos direitos immobiliarios, mas não com relação aos bens immoveis, o que mais se confirma, comparando-o com o artigo 617.º do projecto primitivo, sua fonte, que era redigido nos seguintes termos: «Os direitos immobiliarios prescrevem pelo mesmo tempo por que se prescrevem as cousas immoveis a que são inherentes, excepto nos casos em que a lei expressamente determine outra cousa.»

Deve tambem notar-se que, sendo revogada pelo codigo civil, nos termos do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, toda a legislação anterior, quer geral, quer especial, sobre prescripções em materia



civil, são hoje prescriptiveis, conforme o disposto n'esta sub-secção, todos os direitos immobiliarios que estavam sujeitos a prescripções especiaes.

## SUB-SECÇÃO II

### DA PRESCRIPÇÃO DAS COUSAS MOVEIS

Art. 532.º As cousas moveis podem ser prescriptas pela posse de tres annos, sendo continua, pacifica, e acompanhada de justo titulo e boa fé, ou pela de dez, independentemente da boa fé e justo titulo.

§ unico. O justo titulo e a boa fé sempre se presumem.

Art. 533.º Se a cousa movel foi perdida por seu dono, ou obtida por algum crime ou delicto, e passar a terceiro de boa fé, só prescreve a favor d'este passados seis annos.

As regras expostas n'esta sub-secção referem-se só ás cousas *moveis* por natureza, e não ás moveis por disposição da lei, das quaes se trata na secção immediata, e que se regem por principios differentes.

Os caracteristicos da posse para a prescripção dos moveis, segundo se vê d'estes artigos, e votou a commissão revisora, em sessão de 28 de janeiro de 1861, são: 1.º, continua; 2.º, pacifica; 3.º, com justo titulo e de boa fé, presumindo-se sempre os dois ultimos. Não exige o codigo o requisito de «*publica*», porque na posse dos moveis não se dá, nem é possivel dar-se a mesma publicidade que na dos immoveis.

O principio de que o titulo e a boa fé se presumem na posse, para a prescripção dos moveis, foi dictado pela impossibilidade de constatar sempre a identidade dos moveis, e de os seguir na sua rapida circulação de mão em mão.

Era preciso alem d'isso evitar processos sem numero, e que as mais das vezes excederiam o valor dos objectos da contestação.

Em regra o praso geral para a prescripção das cousas moveis, não se provando má fé, é de tres annos, salvo o caso do terceiro, que as adquiriu de boa fé, as ter havido de quem as achou, e não satisfez ás diligencias ordenadas nos artigos 406.º e seguintes, para saber quem era o dono, ou de quem as furtou ou as adquiriu por qualquer outro meio criminoso, porque então o tempo é de seis annos.

Se porém o que as passou a terceiro as obteve por meio justo, então adquire-as o terceiro pela prescripção por tempo de tres annos no caso de boa fé.

Apesar da redacção generica do artigo 533.º nas palavras «*se a cousa movel foi perdida por seu dono*», cremos que o pensamento do artigo abrange unicamente a hypothese de o achador da cousa não fazer as diligencias, que lhe prescrevem os artigos 406.º a 424.º do codigo, para saber quem é o dono, poisque fazendo-as, fica elle o verdadeiro proprietario da cousa, nos termos dos mesmos artigos. Adquire-a n'este caso, satisfeitas aquellas formalidades, não por prescripção, mas por direito de occupação.

Referido o preceito do artigo unicamente ao achador, que não satisfez ás diligencias devidas, para saber quem era o dono, resta saber qual é o tempo necessario para elle ou o terceiro, a quem a cousa passe, a adquirir por prescripção.

O achador, ou o terceiro de má fé, a quem ella for transferida, só a adquirem pela posse de dez annos, nos termos do artigo 532.º O ter-

ceiro de boa fé, a quem ella seja transmittida, adquire-a pela posse de seis annos, que deveria ser de tres, vista a sua boa fé.

Temos portanto dois prasos de prescripção, no caso de boa fé — tres e seis annos. Se não ha boa fé, nem justo titulo, o praso para a prescripção é sempre o mesmo — dez annos. O réu de furto ou de roubo nunca adquire por prescripção, porque lhe serve de obstaculo o crime praticado para obter a posse.

O que adquire a cousa de má fé, comtantoque não seja por crime ou delicto, prescreve-a por dez annos. Porém se for adquirida por furto ou roubo nunca prescreve a favor do ladrão. Diz o codigo penal no artigo 125.º, que nenhuma prescripção corre emquanto o criminoso retem qualquer objecto por effeito do crime, e que a prescripção não corre emquanto não passa em julgado a sentença no juizo civil, nos casos em que d'esta depende a instrucção do processo criminal.

Pelo projecto primitivo, que seguia o direito romano, a prescripção das cousas moveis era de tres annos, sem distincção de boa ou de má fé. O projecto consignava apenas como excepção a doutrina, que se acha no artigo 533.º, com a differença das palavras que a commissão revisora introduziu: «*se foi perdida por seu dono*».

Rogron, nas notas ao artigo 2279.º do codigo civil francez, aponta a decisão de um tribunal francez, que julgou que, para o effeito da prescripção dos moveis, não basta a posse symbolica, resultante, por exemplo, da entrega das chaves, com o fundamento de que não é a este genero de posse, sempre tão equivoca, e favoravel á fraude, que está ligada a presumpção legal da propriedade, mas á posse verdadeira e effectiva, á posse real. No entretanto esta restricção é inadmissivel, em face das nossas leis.

**Art. 534.º** O que exige a cousa, no praso em que o póde fazer, d'aquelle que a comprou no mercado ou praça publica, ou a mercador que negoceia em cousas do mesmo genero ou semelhantes, é obrigado a paga-la ao terceiro de boa fé pelo preço que este houver dado por ella, salvo o regresso contra o auctor do furto ou da violencia, ou contra o achador.

O projecto primitivo obrigava o senhor da cousa que a reclamava nos prasos legaes a indemnisar em todo o caso o terceiro possuidor de boa fé. Pelo codigo o possuidor de boa fé só tem direito a esta indemnisação da parte do verdadeiro dono, quando a comprou em mercado publico ou a commerciante d'aquelle genero.

N'este ponto porém não ha differença entre a doutrina do projecto primitivo e a do codigo, porque, nos termos do projecto, só se considerava adquirida em boa fé a cousa, sendo comprada em mercado ou praça publica, ou a mercador que negociasse em cousas do mesmo genero ou similhantes.

Esta disposição é dictada no interesse do commercio. Se se podesse desapossar, sem lhe restituir o preço, a quem comprou em mercado publico ou a commerciante do genero, haviam de difficultar-se as transacções commerciaes com prejuizo do commercio, quanto mais que o possuidor n'este caso presume-se isento de toda a suspeita de má fé, pela persuasão em que devia estar, de que a cousa pertencia ao commerciante.

As palavras «*praça publica*», attendendo á virgulação e aos antecedentes e consequentes, parecem significar o mesmo que a palavra «*mercado*», e não o mesmo que hasta publica ou almoeda.



O possuidor de boa fé, nos casos em que não é indemnisado pelo proprietario, tem regresso contra o transmittente, assim como o dono o tem contra este, nos casos em que é obrigado a indemnisar o proprietario.

O projecto primitivo fechava a secção relativa á prescripção positiva com o artigo seguinte: «O prescribente póde completar o tempo necessario para a sua prescripção, reunindo ao tempo da sua posse o tempo da posse do seu auctor, comtantoque ambas as posses tenham os requisitos legaes».

Das actas das sessões da commissão revisora não consta a discussão, nem a resolução que a commissão tomou sobre este artigo. É porém certo que elle não apparece no codigo, e não cremos que a commissão o eliminasse por reprovar a sua doutrina, mas sim pelo julgar desnecessario.

## SECÇÃO III

### DA PRESCRIPÇÃO NEGATIVA

**Art. 535.º** Aquelle que se achar constituido para com outrem na obrigação de prestar ou fazer alguma cousa, póde livrar-se d'essa obrigação, se não tiver sido exigida por espaço de vinte annos, e o devedor se achar em boa fé, quando findar o tempo da prescripção; ou por trinta annos, sem distincção de boa ou má fé, salvo nos casos em que a lei estabelecer prescripções especiaes.

§ unico. A boa fé, na prescripção negativa, consiste na ignorancia da obrigação. Esta ignorancia não se presume nos que originariamente contrahiram a obrigação.

(Vid. artigo 2162.º) O praso para a prescripção, como meio de libertar de obrigações, é de vinte annos com boa fé no fim do praso, ou de trinta annos, independentemente de boa ou de má fé.

Por este motivo a acção que tem o herdeiro para ser indemnisado pelos coherdeiros das quotas hereditarias de que foi evicto, prescreve por vinte ou por trinta annos, a contar desde que transitou em julgado a sentença que decidiu sobre a partilha, segundo estavam de boa ou de má fé os coherdeiros, artigo 2162.º

Na prescripção positiva, ou se trate de cousas immoveis e dos direitos immobiliarios, ou se trate de cousas moveis, exige-se a boa fé no momento da acquisição, isto é, no momento da entrega da cousa. Na prescripção negativa, que se refere á extincção das obrigações, é no fim do praso da prescripção que se exige o requisito da boa fé.

Com relação á prescripção negativa tambem a commissão revisora acabou com a differença entre presentes e ausentes, reconhecida no projecto primitivo, não permittindo elidir a prescripção senão com a allegação da má fé no fim do praso, e não tendo decorrido o periodo de trinta annos, ao contrario do que dispunha o projecto primitivo, que permittia, em harmonia com o nosso direito anterior, o elidir a prescripção com a prova da má fé sem limitação de tempo.

Na prescripção negativa ha a especialidade de poder o individuo libertar-se da obrigação contra o proprio titulo. Assim, o devedor, que contrahiu um emprestimo, ainda por documento autentico, fica exonerado do pagamento, se dentro de trinta annos lhe não foi recla-

mado pelo credor nem o capital, nem os juros; e prescreve tambem por vinte annos, se provar a sua boa fé no fim d'este periodo.

A unica differença, quanto á prova da boa fé, entre os devedores originarios e os seus representantes, é que, passado o periodo dos vinte annos, a boa fé não se presume nos primeiros, e presume-se nos segundos, incumbindo portanto no primeiro caso a prova da boa fé ao devedor, e no segundo ao credor a prova da má fé.

Passados os trinta annos, como já se não inquire ácerca da boa ou da má fé, não ha differença entre os devedores originarios e os seus representantes.

Pelo direito anterior, como para a prescripção correr era necessaria a boa fé a todo o tempo, nunca se dava a prescripção a favor do devedor originario, ordenação, livro II, titulo XXVII, § 3.º; e assim o decidiu a relação do Porto em accordão de 23 de agosto de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 4.

O artigo resalva os casos em que a lei, por motivos de utilidade publica, marca prasos muito mais curtos, alguns dos quaes vem mencionados n'esta secção.

Vê-se pois que a boa fé não é elemento constitutivo da prescripção, e que serve apenas para encurtar o praso d'ella.

Art. 536.º O tempo d'esta prescripção conta-se desde o momento em que a obrigação se tornou exigivel, salvo se outra data for especialmente assignada na lei ao começo do praso.

Como o principal fundamento da prescripção é a negligencia do credor, e esta não lhe póde ser imputada sem elle ter o direito de exigir o cumprimento da obrigação, só desde o momento em que este póde ser exigido é que corre contra o sujeito do direito a prescripção. Por isso nas obrigações condicionaes ou a praso só começa a correr o tempo para a prescripção desde o cumprimento da condição ou vencimento do praso, porque só desde essa epocha é que póde imputar-se ao credor negligencia na reclamação do pagamento da divida ou da execução da obrigação. Exceptuam-se os casos em que a lei manda contar desde outra data os prasos para a prescripção.

Art. 537.º Não são prescriptiveis as obrigações que correspondem a direitos inalienaveis, ou que não estão sujeitas a limitação de tempo.

(Vid. nota ao artigo 368.º)

Art. 538.º Prescrevem pelo lapso de seis mezes:

1.º As dividas de estalagens, hospedarias, casas de pasto, açougues, ou quaesquer lojas de mercearias ou de bebidas, procedendo de gasalhado, de alimentos ou de bebidas fiadas;

2.º Os vencimentos dos trabalhadores, e de quaesquer officiaes mechanicos, que trabalhem de jornal;

3.º As soldadas dos creados que servem por mez.

(Vid. artigos 1387.º, 1388.º, 1391.º e 1393.º) O codigo n'este e nos artigos seguintes reduz a cinco classes, não contando as hypotheses excepcionaes a que se refere o artigo 547.º, as prescripções especiaes negativas, fixando segundo a natureza e importancia das cousas, sobre que ellas se exercitam, os prasos de seis mezes, um, dois, tres e cinco annos, prasos que, alongados com mais um terço de tempo, excluem toda a allegação de má fé, artigo 544.º



O projecto primitivo nada dispunha a respeito do requisito de má fé n'estas prescripções; mas a commissão revisora em sessão de 1 de fevereiro de 1861 votou que contra estas prescripções especiaes não podesse invocar-se a má fé.

No projecto de codigo, revisto pela commissão, e apresentado pelo governo ás côrtes, ia redigido o artigo 544.º nos seguintes termos: «Contra as prescripções mencionadas nos artigos 538.º e seguintes, não póde ser opposta a má fé». O resto das palavras, que se lêem no artigo do codigo, foi obra da commissão de legislação da camara dos deputados.

Estas cinco classes de prescripções são fundadas na presumpção de pagamento, que resulta da necessidade, que têem os credores de taes dividas, de serem embolsados sem demora dos seus creditos, e do habito em que se está de pagar estas dividas promptamente, e muitas vezes sem exigir quitação. *Sunt introductae in favorem debitorum qui sine instrumento et testibus, ut fit, solverunt, et praecipue haeredum eorum, etc.*

1.º, etc. As dividas, a que se refere este numero, só são sujeitas á prescripção do artigo, no caso unico e exclusivo de serem provenientes ou de gasalhado, ou de alimentos, ou de bebidas fiadas. Não está sujeito a esta prescripção o individuo, que eventualmente alojou em sua casa e pôz á sua mesa, mediante certo preço, um terceiro. Tambem não está sujeito a esta prescripção o emprestimo de dinheiro, por exemplo, feito a qualquer pessoa por alguma das casas ou estabelecimentos comprehendidos n'este numero. A prescripção é applicavel só ás dividas feitas nos casos comprehendidos em o n.º 1.º, e sendo essas dividas procedentes de gasalhado, de alimentos ou de bebidas fiadas.

É indifferente para a applicação do disposto n'este numero, que os alimentos ou bebidas fossem consumidos na propria casa de pasto, ou mandados ir para casa do consumidor. O que é indispensavel é que estes generos alimenticios sejam vendidos para consumo, e não para negociar; porque dada esta hypothese cáe o acto na esphera da legislação commercial, e por esse direito é regulada a prescripção e a jurisdicção.

2.º, etc. O n.º 2.º no projecto primitivo era redigido nos seguintes termos: «Os jornaes dos trabalhadores, e de quaesquer officiaes mechanicos, que trabalham *por dia*». A commissão revisora com rasão alterou esta redacção, assim como no artigo 1391.º alterou a definição de serviço salariado, que nos termos do artigo correspondente (1451.º) do projecto primitivo, era o serviço prestado dia por dia; e a commissão quiz abranger n'esta hypothese o serviço prestado tambem hora por hora. Comparando este n.º 2.º com o artigo 1391.º, vê-se evidentemente, que elle se refere só ao serviço por dia ou por hora, porque é esse o unico serviço *salariado*, como diz o codigo, ou *jornaleiro*, como dizia o projecto primitivo, e que trabalhadores de *jornal* são os que trabalham por dia ou por hora.

Póde o jornaleiro que trabalha por dia ser pago só no fim da semana, como dispõe o artigo 1393.º, mas essa circumstancia não lhe tira o caracter de trabalhador por dia, ou por jornal, para o effeito da prescripção, estatuida n'este artigo.

3.º, etc. O codigo não marca a epocha em que começa de correr o praso para a prescripção das soldadas dos creados, que servem por mez. Se servem por anno conta-se desde que o creado *sáe* de casa do amo, artigo 539.º § 3.º Se o amo não descontar na soldada do serviçal, ou elle sirva por mez ou por anno, logo no acto do pagamento, as perdas e damnos que este lhe causar, a acção que elle tem contra o serviçal não se conta desde que o creado sáe, mas desde logo que elle se despede, ou que termina o contrato, artigo 1388.º

O tempo para a prescripção das soldadas dos creados, que servem por mez, visto o silencio do artigo, deve contar-se desde o fim de cada mez, em harmonia com o disposto no artigo 536.º; visto que é n'essa occasião, que a divida se torna exigivel.

A commissão revisora, que introduziu de novo a materia do § 3.º do artigo 539.º, que não vinha no projecto primitivo, bem podia regular tambem de um modo positivo e claro a contagem do tempo para a prescripção das soldadas dos creados que servem por mez. Como o não fez devemos seguir a este respeito a regra geral, determinada no citado artigo 536.º

O mesmo dizemos com relação ao hospede, que continua a estar na hospedaria alem dos seis mezes, e do trabalhador, que continua a trabalhar alem dos seis mezes. Para estes conta-se a prescripção, findos os seis mezes, desde cada dia que continuam a estar na hospedaria, ou desde cada dia em que continuam a trabalhar. Presume-se que nem o hospedeiro continuaria a receber o hospede, nem o trabalhador a servir no seu trabalho, se não estivessem pagos do que lhes era devido.

Se porém houver tempo ajustado, ou costume seguido quanto á epocha do pagamento, só desde então começa a correr a prescripção, porque só desde então se torna exigivel a divida nos termos do artigo 536.º

Na falta de outras provas a acção de soldadas, tanto dos creados que servem por mez como dos que servem por anno, fica sujeita ao juramento do amo, artigo 1387.º No pagamento d'estas dividas não é costume exigir-se recibo. A presumpção da verdade deve estar da parte do amo, em cuja boa fé o creado confiou, e attendendo á sua maior respeitabilidade em regra; e ainda porque, sendo o amo o demandado, a elle deve deferir-se o juramento.

Effectivamente a rasão do preceito d'este artigo é a declarada na ordenação, livro IV, titulo XXXII, § 1.º, que diz assim: «Mas porque muitas vezes se viu por experiencia, que muitos, que viveram com senhores ou amos, depois de receberem suas soldadas ou salarios, passados alguns annos, pedem satisfação de seus serviços, que já receberam, esperando que os que sabiam serem elles satisfeitos, ou morreram ou se ausentaram, ou lhes não lembra a verdade do que se passou; o qual atrevimento tornam maior, quando os senhores já são defuntos, que não podem dar rasão do que pagaram, nem perante quem; e porque no dito caso o engano está mais facil, porque poucas vezes os senhores pedem aos creados, que com elles vivem, conhecimentos e quitações do que lhes dão. Por evitarmos as ditas fraudes; ordenâmos que todo o lacaio ou creado, que estiver com amo aos mezes, com lhe dar de comer e beber, e no cabo do mez certa cousa, que os taes creados não possam pedir soldada de algum mez, que hajam servido, passados tres mezes, depois que sairem de casa de seus amos. E se a ração de comer lhes derem a dinheiro secco, não poderão pedir senão até dez dias depois de saidos dos ditos seus amos; porque se presume que estão pagos e satisfeitos, pois não pediram o salario no dito tempo.»



É pena que o codigo não tornasse applicavel esta doutrina de decidir a questão, na falta de outras provas, pelo juramento do amo, tambem ao serviço salariado, onde egualmente não é pratica exigirem-se recibos. O codigo civil francez e o projecto do codigo civil hespanhol, fontes do nosso n'esta materia, assim o fizeram.

Art. 539.º Prescrevem pelo lapso de um anno:

1.º A retribuição dos professores, e mestres particulares de quaesquer artes ou sciencias, que ensinem por mez;

2.º A retribuição dos medicos e cirurgiões por suas visitas ou operações;

3.º Os emolumentos dos funccionarios publicos;

4.º As dividas dos mercadores de retalho, pelos objectos vendidos a pessoas que não forem mercadores;

5.º As soldadas dos creados que servem por anno;

6.º A obrigação de reparação civil por injuria verbal ou por escripto, ou de qualquer damno feito por animal, ou por pessoa por quem o devedor seja responsavel;

7.º A obrigação de reparar o damno por simples quebra de posturas municipaes.

§ 1.º A prescripção das visitas dos medicos e cirurgiões, seguidas e relativas á mesma pessoa e molestia, corre desde o dia da ultima visita, e a prescripção das visitas avulsas desde o dia em que cada uma é feita.

§ 2.º A prescripção dos emolumentos dos funccionarios publicos corre desde a sentença ou decisão final, ou desde o acto respectivo sendo avulso.

§ 3.º A prescripção das soldadas dos creados que servem por anno, corre desde o dia em que o creado sáe da casa do amo.

(Vid. artigos 541.º e 1387.º § unico.) Os creditos dos professores particulares de sciencias e de *qualquer* arte, liberal ou mechanica, prescrevem por um ou por tres annos, segundo ensinam por mez ou por anno, artigo 541.º

O artigo comprehende unicamente as retribuições pelo ensino, e não as pensões devidas pelo alimento dos estudantes nos collegios de educação e instrucção.

Estas parece que ficam sujeitas ás regras geraes da prescripção. Tambem o codigo não previne a hypothese de não ser por mez, nem por anno, mas por *lições*, o ajuste do mestre. N'este caso pois se o mestre não tiver a cautela de exigir adiantada a retribuição, fica sujeito o seu credito ás regras geraes da prescripção.

2.º, etc. Não sabemos a rasão por que o codigo não equipara ás visitas ou operações dos medicos e cirurgiões, para os effeitos da prescripção, as dividas aos pharmaceuticos pelos medicamentos, como fazem o codigo civil francez, artigo 2272.º, e o projecto do codigo civil hespanhol, artigo 1972.º

Por isso no silencio do codigo ficam estas dividas sujeitas ás regras geraes da prescripção.

E deve contar-se o praso para a prescripção desde o preparo de cada receita.

3.º, etc. Este numero é applicavel tanto aos empregados de justiça, aos quaes unicamente se referia o projecto primitivo, como aos funccionarios administrativos, fiscaes, ecclesiasticos, etc., vista a generalidade da redacção.

Deve porém notar-se que a palavra «*emolumentos*» póde dar logar á duvida, se a disposição d'este numero é applicavel aos escrivães, tabelliães, contadores e officiaes de diligencias.

A ordenação, livro I, titulo LXXXIV, § 30.º dispunha que, sendo as partes presentes onde o tabellião ou escrivão fossem moradores, demandariam estes os seus *salarios* do dia que se publicasse a sentença definitiva a tres mezes.

Alem d'isso a tabella dos salarios e emolumentos judiciaes distingue entre *emolumentos* e *salarios*, applicando a primeira designação ao que compete receber aos juizes e curadores, e a segunda ao que recebem os funccionarios subalternos, escrivão, tabellião, contadores e officiaes de diligencias.

Empregaria o codigo a palavra «*emolumentos*» no mesmo sentido restricto em que se encontra na ordenação do reino e na tabella dos emolumentos e salarios judiciaes? Cremos que não. O codigo emprega de certo a palavra «emolumentos» n'um sentido amplo, comprehendendo tambem os *salarios*.

Verdade seja que os redactores do codigo distinguiam entre «salarios» e «emolumentos», porque á retribuição dos procuradores deram elles o nome de salarios, artigo 540.º

Mas por outro lado é certo que foram pouco escrupulosos na redacção juridica, porque no mesmo artigo 540.º substituiram elles, com relação aos advogados, pela palavra «*retribuições*» a palavra «*honorarios*» que se lia no artigo (630.º) correspondente do projecto primitivo, que era a propria; e que applicando o sr. Seabra a palavra «*emolumentos*», que se lê em o n.º 3.º do artigo 539.º, tanto aos officiaes subalternos como aos juizes, segundo é expresso no artigo (629.º) correspondente do projecto primitivo, é natural que a commissão revisora conservasse aquella palavra na mesma accepção; mesmo porque o seu pensamento foi ampliar e não restringir a doutrina do sr. Seabra sobre este ponto.

Como porém acontece pagarem as partes durante o curso da causa emolumentos e salarios, que lhes são a final contados para os haverem da parte vencida, correrá para a parte, que pagou, a prescripção nos mesmos termos que correria contra os respectivos funccionarios que os receberam? Cremos que não. Aqui não ha cessão, nem subrogação legal do direito dos funccionarios para as partes, que pagaram.

Se pois a parte que pagou fizer extrahir sentença, e vier exigir o pagamento d'esses emolumentos, a outra não poderá oppor-lhe a prescripção, mesmo porque não é admissivel similhante embargo á execução, visto o artigo 617.º da reforma judicial e o artigo 9.º da lei de 16 de junho de 1855.

Corre a prescripção dos emolumentos dos funccionarios publicos ou desde que passou em julgado a respectiva decisão final, ou desde o acto isolado, pelo qual são devidos os emolumentos, como desde a feitura do instrumento de approvação de um testamento cerrado, ou da feitura de uma escriptura publica, etc. Esta prescripção não é applicavel aos emolumentos pagos directamente ao estado.

4.º, etc. Porque se presume que o preço é pago de prompto ou fiado a curto praso. Para ser applicavel a prescripção d'este numero ás di-



vidas dos mercadores a retalho é indispensavel, que ellas sejam provenientes de vendas feitas a pessoas, que não sejam mercadores, isto é, que sejam feitas para consumo, porque se o destino dos objectos for para revenda, é n'esse caso a prescripção regulada pela lei commercial.

5.º, etc. (Vid. nota ao n.º 3.º do artigo 538.º)

6.º, etc. A reparação devida por injurias verbaes ou escriptas acha-se regulada nos artigos 2389.º e 2390.º Como os delictos de injuria são delictos correccionaes, e nos termos do artigo 543.º n.º 3.º a obrigação de reparar os prejuizos resultantes de delictos correccionaes prescreve, não por um, mas por cinco annos, para evitar a antinomia que existe entre o n.º 6.º do artigo 539.º e o n.º 3.º do artigo 543.º, deve ser considerado este como regra, e aquelle como excepção.

Assim formulâmos o pensamento, contido nos dois numeros, nos seguintes termos: «Prescreve por cinco annos a obrigação de pagar quaesquer multas judiciaes, e de reparar os prejuizos resultantes de delictos correccionaes, salvo se esses delictos consistirem em injuria verbal ou escripta, ou em damno feito por animal, ou por pessoa, por quem o devedor seja responsavel, [porque então prescrevem por um anno».

As retribuições annuaes pela prestação de quaesquer outros serviços, que não sejam as comprehendidas em o n.º 1.º do artigo 539.º e que não estejam sujeitas a prescripção especial, prescrevem por tres annos, artigo 541.º, como os ordenados que pagam as grandes casas aos seus administradores, etc.

Pelos mesmos tres annos prescrevem as retribuições dos mestres e professores de qualquer arte ou sciencia, mas só quando ensinam por ajuste annual.

Com relação aos n.ºs 2.º, 3.º e 5.º do artigo 539.º, fixou o codigo, nos §§ 1.º a 3.º, a data desde a qual começa a correr a prescripção, guardando porém completo silencio quanto aos outros casos.

Conseguintemente havemos de seguir nas hypotheses dos n.ºs 1.º e 4.º a disposição geral do artigo 536.º; isto é, a prescripção da retribuição dos professores e mestres particulares, que ensinam por mez, começa a correr desde o fim de cada mez, e a prescripção das dividas dos mercadores de retalho pelos objectos vendidos a pessoas, que não são mercadores, começa a correr desde o acto da venda.

Art. 540.º Prescrevem pelo lapso de dois annos as retribuições dos advogados, os salarios dos procuradores judiciaes, e os adiantamentos feitos por estes.

§ unico. Esta prescripção começa a correr, contra os advogados e procuradores, desde o dia em que cessa a procuração.

O codigo, nos adiantamentos ás partes, refere-se aos adiantamentos feitos tanto pelos advogados como pelos procuradores, para as despezas da demanda, como são as de registo, preparos nos processos, etc.

Estes adiantamentos costumam ser feitos, em regra, pelos procuradores e não pelos advogados; no entretanto nos auditorios do continente, fóra de Lisboa e Porto, não é raro o serem feitos estes adiantamentos tambem pelos advogados. A disposição do § unico, resultado de uma proposta do sr. Simas, apresentada em sessão da commissão revisora de 1 de fevereiro de 1861, alem de ser muito racional, evita as complicações do disposto no projecto primitivo, no codigo civil francez e n'outros. O projecto primitivo dispunha que esta prescripção

começaria a correr contra os advogados desde o seu ultimo acto escripto ou assignado; e contra os procuradores desde a sentença final, ou desde o dia em que cessasse a procuração; e que durante a pendencia da causa não poderiam exigir-se honorarios ou adiantamentos, que datassem de mais de cinco annos.

A nossa ordenação, livro I, titulo LXXIX, § 18.º, titulo LXXXIV, § 30.º, e titulo XCII, § 18.º, tambem mandava contar a prescripção *desde a sentença final.*

O facto porém da cessação da procuração, como ponto de partida para a contagem do tempo da prescripção, é mais simples; e está na mão de qualquer das partes o fazer cessar a procuração: — na mão do constituinte revogando a procuração, e — na mão do procurador ou advogado, renunciando ao mandato.

Se o mesmo advogado ou procurador tratar de diversas causas do mesmo constituinte, a prescripção é especial para cada uma das causas, e corre desde que cessa a procuração em cada um dos processos.

E a procuração cessa pelo facto de passar em julgado a sentença definitiva, e de se declarar findo o processo? Evidentemente expira o mandato pela *conclusão do negocio,* artigo 1363.º n.º 5.º

A disposição do artigo é unicamente restricta aos serviços judiciaes. As dividas aos advogados e procuradores pelos serviços extrajudiciaes, salvo as consultas, estão sujeitas não á prescripção especial do artigo, mas ás regras geraes da prescripção.

Art. 541.º Prescrevem pelo lapso de tres annos:

1.º As retribuições dos mestres e professores particulares, de qualquer arte ou sciencia, que ensinem por ajuste annual;

2.º Os ordenados ou outras retribuições annuaes, pela prestação de quaesquer serviços, salvo os casos em que houver prescripção especial.

(Vid. nota ao artigo 539.º)

Art. 542.º Aquelle a quem for opposta alguma das prescripções mencionadas n'estes artigos poderá requerer que a pessoa que a oppõe, declare, sob juramento, se a divida foi ou não paga, e n'este caso se julgue conforme o juramento, sem que este possa ser referido.

Em regra não ha meio nenhum de prova, que possa invalidar a excepção de prescripção. Com relação porém ás prescripções de brevissimo praso, mencionadas nos artigos 538.º a 541.º, permitte o codigo que, ainda depois de ter decorrido o praso marcado nos referidos artigos, e mais o terço fixado no artigo 544.º, possa o credor oppor ao devedor o juramento d'este.

A rasão d'esta especialidade é porque tão curtas prescripções não significam a pena da negligencia, mas assentam unica e exclusivamente sobre a presumpção de pagamento. Ora a presumpção deve ceder á verdade, e nenhum aggravo se faz ao pretendido devedor, limitando a prova ao seu simples juramento.

Por isso o devedor que oppozer ao credor estas prescripções tão curtas, fica sujeito á obrigação de affirmar sob juramento, se o credor o requerer, o facto do não pagamento.



O juramento só póde ser deferido ao proprio devedor, e não a seus herdeiros. É expresso o artigo 2520.º, em que o juramento, como meio de prova, não póde recair sobre factos, que não toquem *pessoalmente* á parte a quem é deferido; e esta era já a disposição da ordenação, livro III, titulo LIX, §§ 7.º e 8.º, que permittia ao herdeiro ou testamenteiro, que demandavam alguma pessoa por divida ao auctor da herança, e que não tinham prova de escriptura nem de testemunhas, o deixar a prova no juramento do réu, e acrescentava a ordenação: «e não poderá n'este caso referir o juramento ao auctor, poisque elle réu tem rasão de saber a verdade da cousa, e o auctor não, por o negocio não ser com elle tratado».

Os representantes dos menores e interdictos tambem não são competentes para declararem sob juramento, se foi ou não paga uma divida, para a qual se invoca a prescripção nos termos d'este artigo, porque não podem transigir sem auctorisação do conselho de familia, artigo 224.º n.º 17.º, e o codigo, no artigo 2353.º não permitte juramento decisorio sobre questões, acerca das quaes as partes não possam transigir.

Se o legislador portuguez seguisse outra opinião, não teria omittido n'este artigo a segunda parte do artigo 2275.º do codigo francez, sua fonte, que se exprime assim: «*Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due*».

Finalmente, a relação de Lisboa julgou, em accordão de 29 de janeiro de 1870, publicado no jornal *O Direito,* n.º 19, 2.º anno, que os tutores dos menores não podem confessar as dividas d'estes, proprias, e menos as herdadas, sem a competente auctorisação previa dos respectivos juizes, com audiencia dos mesmos tutores e dos respectivos curadores geraes, como é expresso no § 2.º do artigo 27.º da lei de 16 de junho de 1855.

As palavras «*n'estes artigos*» referem-se unicamente aos artigos 538.º, 539.º, 540.º e 541.º, não só porque, excluindo evidentemente a estabelecida no artigo 543.º, não podiam abranger a prescripção marcada no artigo 535.º, mas em vista das citadas fontes do artigo; comquanto o projecto do codigo hespanhol applique esta doutrina tambem ás prescripções, que o nosso codigo estabelece no artigo 543.º, o que é sem rasão, porque as prescripções comprehendidas n'este artigo, não se fundam principalmente, como vamos ver, na presumpção de pagamento.

Mas o que tira todas as duvidas, se ainda as houvesse, é a acta da sessão da commissão revisora em que foi apresentada e approvada uma proposta do sr. Seabra, que continha este artigo, narrando a acta a apresentação da proposta nos seguintes termos: «O sr. Seabra propoz que no fim das *pequenas* prescripções depois *dos artigos 628.º a 631.º* se acrescente o seguinte artigo».

Ora os artigos 628.º a 634.º do projecto primitivo correspondem aos artigos 539.º a 541.º do codigo. Se o sr. Seabra quizesse que a doutrina d'este artigo abrangesse tambem as prescripções a que se refere o artigo 543.º, proporia que ella fosse consignada em seguida ao artigo 633.º do projecto, que era o correspondente ao artigo 543.º do codigo.

Art. 543.º Prescrevem pelo lapso de cinco annos:

1.º As pensões emphyteuticas, sub-emphyteuticas ou censiticas, rendas, alugueres, juros e quaesquer prestações ven-

cidas, que se costumam pagar em certos e determinados tempos;

2.º As pensões alimenticias vencidas;

3.º A obrigação de reparar os prejuizos resultantes de delictos correccionaes, ou de pagar quaesquer multas judiciaes.

Art. 544.º Contra as prescripções, mencionadas nos artigos 538.º e seguintes, não póde ser opposta a má fé, tendo decorrido os prasos marcados n'esses artigos, e mais um terço dos mesmos prasos.

(Vid. artigos 1642.º, 1684.º e 1695.º)

1.º e 2.º, etc. Os commentadores do codigo civil francez nas notas ao artigo 2277.º, e os do projecto do codigo civil hespanhol nas notas ao artigo 1971.º, fontes dos dois numeros primeiros do artigo, dão, como rasão principal das suas disposições, a presumpção de pagamento, o não deixar conservar na mão do devedor atrazados, que, pagos depois por junto, podiam trazer a sua completa ruina, e tambem o punir a negligencia do credor, que deveria ter exigido o pagamento d'estes interesses, dando-lhes destino reproductivo.

A disposição do artigo é applicavel a tudo quanto se paga por anno, ou em certos e determinados periodos. Se o devedor solidario pagar integralmente a renda ou interesse, o seu direito contra os comdevedores não fica sujeito a esta prescripção, porque é de outra natureza, e tem outro fundamento; não tem solidariedade pelo seu credito com relação ás quotas dos comdevedores, artigo 754.º

Não descobrimos a rasão por que é equiparada aos encargos prescriptos em os n.os 1.º e 2.º, que se vencem periodicamente, a obrigação determinada em o n.º 3.º, que não está n'esse caso. (Vid. a este respeito a nota ao n.º 6.º do artigo 539.º)

Só prescrevem as pensões anteriores aos cinco annos, mas não as posteriores.

As disposições dos n.os 1.º e 2.º do artigo carecem de ser combinadas com a de outros que com elle têem immediata relação, e especialmente com os artigos 1642.º e 1684.º Quem ler isoladamente os artigos 1642.º e 1684.º convence-se de que nem o credor nem o senhorio directo podem exigir os juros ou as prestações emphyteuticas de mais de cinco annos, e de que o juiz deverá julgar improcedente a acção, com relação a esse pedido, como contraria a direito, opponha ou não o devedor a prescripção.

Não é o mesmo preceituar que não são exigiveis os interesses vencidos, nem as prestações atrazadas de mais de cinco annos, artigos 1642.º e 1684.º, ou dizer que os interesses vencidos e prestações atrazadas prescrevem por cinco annos, artigo 543.º n.º 1.º

Regulando-se o julgador pelo disposto nos artigos 1642.º e 1684.º, ha de desattender a acção em que se pedem juros ou fóros de mais de cinco annos, ainda que o réu não conteste, e deixe correr á revelia o processo, visto que o pedido é contra direito expresso.

Se porém o julgador tiver em conta o disposto no artigo 543.º n.º 1.º, não póde desattender a acção, ainda que o pedido de juros seja de mais de trinta ou de quarenta annos, sem que o réu deduza a excepção de prescripção, visto o preceito expresso e positivo do artigo 515.º, que era já o nosso antigo direito.

Todavia os artigos 1642.º e 1684.º devem subordinar-se ao disposto no artigo 543.º n.º 1.º, que, referindo-se ás prestações vencidas, que



costumam ser pagas em certos e determinados periodos, especifica os *juros* e as *pensões* emphyteuticas e sub-emphyteuticas.

Deve prevalecer a disposição do artigo 543.º n.º 1.º sobre a dos artigos 1642.º e 1684.º, não só como mais favoravel aos sujeitos do direito, mas ainda porque a sua doutrina está mais de accordo com o pensamento das ultimas emendas feitas no projecto de codigo.

A commissão de legislação da camara dos deputados, introduzindo de novo no artigo 544.º as palavras, que constituem a sua segunda parte, e alongando assim mais um terço o praso para poder ser opposta a prescripção, teve de certo em vista favorecer a posição do credor.

A este pensamento ali manifestado, como expressão da ultima vontade do legislador, devem subordinar-se as disposições de todos os outros artigos, que a commissão revisora deixou de harmonisar com o votado a respeito dos artigos 543.º e 544.º

A doutrina do artigo 543.º e correspondentes é applicavel a todas as prestações periodicas sem distincção de credor, ou este seja um particular, ou um estabelecimento publico por mais privilegiado que seja, porque a propria fazenda nacional, quanto ao exercicio e goso dos direitos civis, é inteiramente equiparada aos particulares, artigos 3.º, 38.º, 382.º e 516.º

O codigo, que em geral se contenta com o reconhecimento expresso ou tacito do devedor para interromper a prescripção, artigo 552.º n.º 4.º, para a interrupção da prescripção, quanto aos fóros atrazados, exige o reconhecimento expresso, e este feito com certas solemnidades. A prescripção n'este caso só se interrompe pela constituição de uma obrigação de divida, assignada pelo foreiro com duas testemunhas, ou toda escripta do seu punho, ou reconhecida em auto publico, artigo 1684.º, constituindo assim nova divida.

Outra difficuldade suscita a interpretação dos artigos 543.º n.º 1.º, 1642.º e 1684.º, especialmente comparada a sua redacção com a do artigo 1695.º, e vem a ser, se aquelles artigos são applicaveis ás prestações vencidas antes da promulgação do codigo.

A nossa opinião é que o codigo legisla para as obrigações resultantes de actos praticados depois de elle estar em vigor, e não para os actos anteriores, salvos os casos em que a estes faz expressa referencia.

A prescripção das prestações vencidas antes da promulgação do codigo ha de regular-se pelo disposto nos artigos 564.º e 566.º Como por direito anterior a acção para pedir estas prestações prescrevia por trinta annos, e o codigo marcou um praso menor, se a prescripção, para se completar nos termos do direito antigo, exigir menos de cinco annos, completar-se-ha logoque haja decorrido o tempo que lhe faltava nos termos da lei velha: se porém, para se completar a prescripção nos termos do direito antigo, deverem decorrer mais de cinco annos, realisa-se a prescripção quando tenham decorrido os cinco annos depois da promulgação do codigo.

A estas mesmas disposições está sujeita a fazenda nacional e os celleiros communs, os quaes, quanto á cobrança dos seus mutuos e respectivos juros, gosam dos mesmos privilegios que a fazenda.

A lei de 1 de julho de 1867 revogou toda a legislação, tanto geral como especial, que recaisse nas materias comprehendidas no codigo; e o estado, com relação aos direitos civis, é equiparado aos particulares, artigos 3.º, 38.º e 516.º

O artigo 1695.º porém determina providencia especial, com relação aos fóros. O codigo carecia de tomar, com relação aos fóros, a providencia consignada n'este artigo, visto ter declarado no artigo 1694.º

que era tambem applicavel aos emprasamentos de preterito o disposto no artigo 1684.º, que se referia aos emprasamentos de futuro.

A disposição dos artigos 1694.º e 1695.º é especial para os fóros. A prescripção de quaesquer outras prestações atrazadas ha de ser regulada pelo preceituado nos artigos 564.º e 566.º, e conseguintemente as vencidas de mais de cinco annos ao tempo da promulgação do codigo prescrevem só depois de decorridos cinco annos, contados desde a mesma promulgação, salvo se para o seu complemento, nos termos da lei velha, se exigir praso menor, porque então completa-se a prescripção em harmonia com a lei anterior.

A disposição do artigo 1695.º é tambem applicavel aos fóros da serenissima casa de Bragança, cujo vinculo é regido por lei especial, leis de 30 de julho de 1860 e de 19 de maio de 1863, mas unicamente com relação á inalienabilidade e á successão, ficando em tudo o mais sujeito á lei geral.

O praso marcado no artigo 1695.º com relação á exigencia dos fóros estava ultimamente ampliado até 31 de agosto de 1871 pelo decreto dictatorial de 14 de fevereiro de 1871.

O praso marcado no artigo 1695.º foi primeiramente prorogado até 22 de março de 1870 pelo decreto dictatorial de 4 de março de 1869; depois foi de novo prorogado até 22 de março de 1871 pelo decreto dictatorial de 3 de março de 1870; e a final prorogado até 31 de agosto de 1871 pelo decreto dictatorial de 14 de fevereiro de 1871. Hoje acha-se prorogado até 22 de março de 1873, porque a proposta do governo, com data de 9 de maio de 1871, apresentada para esse fim ás côrtes, está já convertida em lei com a data de 15 de junho de 1871.

Já na imprensa periodica se discutiu se era applicavel tambem aos rendimentos em divida das legitimas a disposição especial do artigo 543.º Todavia esta divida não se comprehende nas disposições do artigo 543.º, porque não é uma prestação que se vença em certo e determinado tempo, salvo se por convenção se lhe der esse caracter.

Na falta pois de accordo, que dê aos rendimentos das legitimas o caracter de prestações periodicas, a disposição applicavel á prescripção d'estas dividas é a do artigo 535.º

O codigo civil, artigo 1642.º, prohibe, como prohibe o codigo commercial, os juros de juros, permittindo apenas a capitalisação dos vencidos por um contrato especial e distincto do primeiro.

3.º, etc. (Vid. nota ao n.º 6.º do artigo 539.º)

Art. 545.º Nas obrigações com juro ou renda, o tempo da prescripção do capital começa a correr desde o dia do ultimo pagamento.

A rasão é porque, emquanto se vae pagando o juro ou a renda, ha o reconhecimento da parte do devedor, e não póde imputar-se negligencia ao credor. Pedro empresta a Paulo 100$000 réis a juros. Se deixa passar cinco annos, ou este tempo e mais um terço, segundo ha ou não boa fé da parte do devedor, sem lhe pedir o capital, nem os juros, perde o direito a haver os juros vencidos antes do começo d'este periodo, e passados vinte ou trinta annos, segundo ha ou não boa fé da parte do devedor, perde o direito ao capital, artigo 535.º

Art. 546.º A prescripção da obrigação de dar contas começa a correr desde o dia em que os obrigados cessam a sua gerencia; e a prescripção do resultado liquido d'essas contas desde o dia da liquidação, por consenso ou por sentença passada em julgado.

Sem cessar o respectivo cargo de gerencia não ha contas definitivas; e sem se fazer o apuro das contas não ha saldo liquido que o credor possa pedir, para começar a correr o tempo contra a sua negligencia.



Art. 547.º O disposto n'esta secção deve entender-se sem prejuizo de quaesquer outras prescripções especiaes estabelecidas por lei.

(Vid. artigos 635.º, 688.º a 690.º, 1045.º, n.º 2.º do artigo 1201.º, 1480.º, 1490.º, 1503.º, 1522.º, 1566.º, 1884.º e 1967.º) As regras de prescripção sobre outros objectos, que não são os mencionados n'este titulo, vem expostas nos respectivos capitulos, onde se trata da materia a que ellas respeitam. Serão applicaveis a essas prescripções todas as condições prescriptas n'este capitulo? Exigir-se-ha em quaesquer outras prescripções a boa fé, por exemplo? Não.

Quando a lei não exigir alguma condição especial, attende-se unicamente ao *praso decorrido*, e a nenhuma outra circumstancia.

É curto o praso das prescripções a que se refere o artigo 547.º e os outros que com elle conjunctamente analysâmos, porque ao interesse publico não convem o deixar por muito tempo incerta a sorte das convenções, e dos actos juridicos a que essas prescripções respeitam.

As prescripções especiaes determinadas no codigo são:

1.º As dos artigos 107.º, 109.º, 112.º, 127.º, 353.º, 390.º § 3.º, 433.º, 449.º § unico e 487.º, que já analysámos no logar competente;

2.º Na hypothese do artigo 632.º n.º 2.º prescreve por um anno a acção de nullidade, que póde intentar o que obteve carta de privilegio contra aquelle a quem foi concedida posteriormente sobre o mesmo objecto, se deixou correr o anno sem fazer opposição.

Nos outros casos de nullidade de privilegio, especificados no artigo 632.º, dura a acção de nullidade emquanto, nos termos do artigo 613.º, subsiste o exclusivo da invenção, como tudo se mostra do artigo 635.º

3.º Na acção de rescisão, que prescreve por cinco annos, se tem por fundamento a incapacidade, artigo 688.º, e por um, se tem por fundamento o erro ou a coacção. Esta prescripção não é applicavel aos contratos nullos, por contrarios á lei ou aos bons costumes, como á venda de herança de pessoa viva, etc.; mas sim ás convenções que têem existencia valida aos olhos da lei, e que não podem ser rescindidas senão no interesse das partes prejudicadas, conservando a existencia legal até á sentença que decreta a rescisão.

Ora o praso marcado n'estes artigos para a prescripção não corre: no caso de coacção, senão desde o dia em que ella cessou; no caso de erro, ou sobre a causa, ou sobre o objecto, ou sobre a pessoa, ou o erro seja de direito ou de facto, senão desde o dia em que foi descoberto; e no caso de incapacidade, senão desde o dia em que a incapacidade cessou.

4.º A acção de rescisão de actos de alienação em prejuizo do credor, e d'onde resulte a insolvencia do devedor, a qual prescreve dentro de um anno, a contar do dia em que a insolvencia tenha sido judicialmente verificada, artigo 1045.º

5.º A acção de nullidade dos actos praticados pela mulher sem auctorisação do marido, que prescreve passado um anno depois da dis-

solução do matrimonio, artigo 1201.º n.º 2.º, pela presumpção de que o marido approvou esse acto, deixando correr tanto tempo sem o impugnar.

6.º As acções de nullidade das doações feitas por homem casado á sua concubina que prescrevem, não sendo intentadas dentro de dois annos depois de dissolvido o matrimonio, artigo 1480.º

7.º A acção de revogar a doação por ingratidão, que prescreve por um anno desde o facto que lhe deu causa, ou desde a noticia d'elle, artigo 1490.º A lei presume que o doador, pelo seu silencio durante um anno, perdoou a injuria, e renunciou tacitamente ao seu direito. Se o conhecimento do facto não coincidiu com o da sua existencia, conta-se o anno desde a *noticia* do facto, porque não se presume que o que ignora a injuria a perdoe nem expressa nem tacitamente, e o fundamento d'esta prescripção é a presumpção do perdão.

8.º A acção de revogar a doação por inofficiosidade, que prescreve passados dois annos, a contar da aceitação da herança, artigo 1503.º

9.º A acção do commodante contra o commodatario por perdas e damnos, e a do commodatario contra o commodante pelas despezas extraordinarias feitas com a cousa, que prescreve passado um mez desde a entrega da cousa, artigo 1522.º

10.º O direito do comproprietario a haver o quinhão de cousa indivisivel, que se vendeu sem se lhe dar conhecimento da venda, que prescreve por seis mezes, artigo 1566.º

11.º A acção do desherdado para impugnar a desherdação, que prescreve por dois annos, contados desde a abertura do testamento, artigo 1884.º, se é cerrado, ou desde o obito do testador, se é aberto.

12.º A acção de nullidade do testamento por defeito de formalidades externas, que prescreve por tres annos, contados desde que o testamento foi registado ou começado a executar, artigo 1967.º, mas não o defeito por incapacidade do testador ou do herdeiro, ou por violação de lei, quanto á quota disponivel, cuja prescripção está sujeita ás regras geraes.

O artigo 1967.º, que não vinha no projecto primitivo, foi adoptado pela commissão revisora sob proposta do sr. Seabra em sessão de 19 de novembro de 1862. O certo é que poz termo ás grandes controversias e duvidas que havia sobre a acção de nullidade do testamento, desde que começava de ser executado sem opposição dos interessados.

## SECÇÃO IV

### DISPOSIÇÕES RELATIVAS A AMBAS AS PRESCRIPÇÕES

### SUB-SECÇÃO I

#### DA SUSPENSÃO DA PRESCRIPÇÃO

Art. 548.º A prescripção póde começar, e correr, contra toda e qualquer pessoa, salvas as seguintes restricções.

Art. 549.º A prescripção não póde começar, nem correr, contra os menores ou dementes, emquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens.

Art. 550.º A prescripção só corre contra os menores nos termos seguintes:



§ 1.º A prescripção positiva não se completa antes de passar um anno depois de findo o impedimento da menoridade.

§ 2.º A prescripção negativa não se completa, excepto nos casos dos artigos 538.º, 539.º, 540.º, 541.º e 543.º, antes de passar um anno depois de findo o impedimento da menoridade.

§ 3.º O disposto nos §§ antecedentes é applicavel aos dementes, com a differença de que se haverá por terminado o impedimento, para o effeito da prescripção, passados tres annos, depois de decorrido o praso ordinario d'ella, se o impedimento não tiver cessado antes.

(Vid. artigo 559.º) A differença entre a *interrupção* e a *suspensão* da prescripção consiste em que a interrupção inutilisa completamente a posse anterior, que é considerada como não existente, artigo 559.º, emquanto que a suspensão só impede de correr a prescripção durante certo periodo; mas póde ajuntar-se n'este caso a posse anterior á posse subsequente.

Alguns codigos distinguem, para este effeito, entre bens immoveis e creditos pessoaes. Não ha porém rasão que justifique similhante distincção.

Alem da suspensão e da interrupção da prescripção ha tambem o *impedimento*, que evita, ou que a prescripção comece, como nas hypotheses dos artigos 549.º e 551.º, ou que ella corra, como nas hypotheses dos artigos 551.º e 2281.º

Distingue-se o impedimento da suspensão e da interrupção, em que o *impedimento* não deixa começar ou concluir a prescripção, quando a *suspensão* apenas demora a prescripção por algum tempo, e a *interrupção*, comquanto inutilise o tempo anteriormente decorrido, não obsta a que a prescripção comece de novo.

A interrupção divide-se ainda em *natural* e *civil*, e a ambas respeita a doutrina do artigo 552.º, tendo aquella logar quando uma causa physica e material interrompe a detenção, ou o facto seja praticado pelo proprietario, ou por terceiro, comtantoque a privação da posse dure um anno.

A interrupção natural não póde verificar-se na prescripção negativa, artigos 535.º e seguintes, visto consistir na tomada da posse material, que não póde dar-se em relação ás obrigações.

A interrupção civil porém, que tira só da lei a sua força, é applicavel a todas as especies de prescripções.

A regra geral é que a prescripção póde começar e correr contra toda e qualquer pessoa; mas por excepção ha pessoas contra as quaes póde começar, mas não póde correr, e outras contra as quaes não póde começar nem correr.

O fundamento da suspensão da prescripção é o principio de que o direito favorece os *impedidos;* e por isso a prescripção não corre contra as pessoas, que por qualquer causa estão impossibilitadas de administrar seus bens, e de fazer valer os seus direitos. Por isso não começa, nem corre, se está começada, contra os menores e dementes, emquanto não ha tutor nomeado, e no exercicio das suas funcções. Não é raro serem os menores e dementes, quando inteiramente desprovidos de bens de fortuna, muito descurados pela jurisdição orpha-

nologica, que nem á nomeação de tutor provê. Logoque o tutor entre na administração dos bens póde a prescripção começar e correr.

Deve porém notar-se que os menores são ouvidos e citados conjunctamente com os seus tutores logoque chegam á idade da puberdade, ordenação, livro III, titulo XLI, § 8.º, reforma judicial, artigo 201.º § 2.º, e accordão do supremo tribunal de justiça de 18 de fevereiro de 1870, publicado a pag. 52 da jurisprudencia civil da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*.

Porém quanto ao complemento do praso para a prescripção ha differença entre menores e dementes. A prescripção, que corre contra os menores, como o impedimento é temporario, nunca se completa durante elle, mas só passado um anno depois de finda a menoridade. A prescripção contra os dementes, como este impedimento póde durar toda a vida do impedido, completa-se durante a existencia do impedimento como contra as pessoas que não estão impedidas, com a unica differença de ser preciso um periodo mais longo, isto é, de mais tres annos. O codigo refere-se só aos dementes, julgados taes por sentença.

Se no decurso dos tres annos o demente recuperou o juizo, e foi rehabilitado, concede-se-lhe para interromper a prescripção um anno, nos termos do § 2.º do artigo 550.º, comtantoque este praso não exceda o periodo dos tres annos, necessario para se completar a prescripção no caso de continuar a demencia.

As prescripções estabelecidas nos artigos 538.º a 541.º e 543.º, com quanto não possam começar nem correr emquanto não ha tutor, completam-se, sem embargo do impedimento das pessoas contra quem correm, no mesmo periodo, que se corressem contra pessoas, que por si se regessem, e administrassem seus bens.

A rasão é porque estas prescripções se fundam na presumpção de pagamento, e n'outras considerações, que a qualidade das pessoas, contra quem correm, não destroe.

Nas prescripções ordinarias, alem dos recursos que se permittem aos impedidos contra o tutor pela sua negligencia, ainda se concede ao menor o praso de um anno depois de finda a menoridade, para poder elle mesmo interromper a prescripção, e ao demente mais o praso de tres annos, alem do praso ordinario para se verificar a prescripção, se o impedimento não cessou; ou o praso de um anno a contar da cessação do impedimento nos termos do artigo.

Nas prescripções mais curtas não têem os administrados outro meio de indemnisação, senão o recurso contra os tutores ou administradores pela sua negligencia.

No projecto primitivo, bem como nas tres edições da commissão revisora, restringiam-se alguma cousa os favores, que o artigo 550.º concede aos menores e dementes quanto á prescripção.

No projecto da commissão revisora, que acompanhava a proposta de lei, que o governo apresentou ás côrtes, concluia o § 1.º pela seguinte restricção: «salvo se aquelle que d'ella quer aproveitar-se já tinha posse de um anno quando aquelle impedimento começou»; e o § 2.º concluia assim: «salvo se a obrigação se tivesse tornado exigivel em relação ao antecessor do menor por tempo de dois annos, pelo menos»; doutrina esta que vinha consignada no projecto do sr. Seabra.

Porém a commissão de legislação da camara dos deputados supprimia aquellas excepções.

É de notar que o favor, concedido aos menores e dementes, não se estende aos prodigos, nem aos surdos-mudos que não são dementes, nem aos ausentes, porque estão em circumstancias totalmente diversas, e podem por si interromper a prescripção.



Art. 551.º A prescripção não póde começar nem correr:

1.º Entre casados;

2.º Entre tutelados e administrados, e seus tutores e administradores, emquanto a tutela e a administração duram; nem subsistindo o patrio poder, nos casos em que a acção do menor reverte contra seus paes;

3.º Entre terceiro e mulher casada: 1.º, relativamente aos bens dotaes, se a prescripção não tiver começado a correr antes do matrimonio; 2.º, emquanto aos bens immoveis do casal, alienados pelo marido sem consentimento da mulher, mas só na parte que tocar a esta nos ditos bens; 3.º, nos casos em que a acção da mulher contra terceiro reverter contra o marido;

4.º Contra aquelles que se acham ausentes do reino em serviço da nação;

5.º Contra os militares em serviço activo no tempo de guerra, tanto fóra como dentro do reino, excepto nos casos mencionados nos artigos 538.º, 539.º, 540.º, 541.º e 543.º;

6.º Entre a herança e o herdeiro a beneficio de inventario, que se acha na posse effectiva da mesma herança, emquanto o dito inventario não se concluir.

1.º, etc. Seria n'este caso a interrupção da prescripção motivo de perturbação e desordem entre os conjuges, e com relação á mulher acresce de mais a circumstancia da obediencia marital. Por isso não prescreve durante o matrimonio a acção de revogar por ingratidão as vantagens nupciaes, que reciprocamente se tivessem feito o marido e a mulher, etc.

2.º, etc. Como os tutores e administradores tem que velar pelos seus interesses, e pelos dos seus tutelados e administrados, e não seria natural que elles pospozessem os seus interesses aos d'aquelles, cujos bens administravam, promovendo a interrupção da prescripção, que lhes aproveitava, não permitte a lei que a prescripção comece nem corra entre estas pessoas, emquanto dura a tutela ou a administração.

Emquanto dura o patrio poder tambem não começa nem corre a prescripção entre paes e filhos, nem entre estes e terceiro, quando a acção contra o terceiro possa reverter contra os paes. Se os paes, por exemplo, alienarem illegalmente bens dos filhos em condições, que o adquirente tenha contra o vendedor a acção de garantia no caso de lhe serem reclamados os bens pelos filhos; e se se nomear tutor a estes para os reclamarem, nem por isso prescreve a acção se o tutor não promover essa reclamação, porque dura o patrio poder.

O pensamento do legislador foi evitar, sem prejuizo dos filhos, questões entre estes e os paes, que poderiam originar graves perturbações e desordens no seio da familia.

3.º, etc. (Vid. artigo 1152.º) Não corre a prescripção contra os bens dotaes immoveis, artigo 1152.º, salvo se começar antes do matrimonio, porque a prescripção é uma especie de alienação. Por isso a imprescriptibilidade n'este caso é uma consequencia da inalienabilidade.

Se porém começou a correr antes do matrimonio, e se completou durante o matrimonio, tem effeito retroactivo até ao dia em que principiou, porque os bens antes do casamento eram prescriptiveis.

Tem a mulher apenas acção de indemnisação contra o marido pela negligencia d'este, que, deixando completar a prescripção, incorreu assim em responsabilidade nos termos do artigo 1157.º

Os moveis dotaes podem ser prescriptos, citado artigo 1152.º, mas responde por elles o marido, citados artigos 1157.º e 1161.º

Os moveis, sem grande prejuizo para a circulação dos valores mobiliarios, não podiam ser exceptuados da prescripção.

Torna-se pois indispensavel combinar o n.º 3.º d'este artigo com o artigo 1152.º, para se concluir que, se os bens immobiliarios dotaes não podem ser prescriptos, o podem ser os mobiliarios de natureza dotal. A analyse do n.º 3.º do artigo 551.º isolada do artigo 1152.º, levava-nos á conclusão de que nenhuns bens dotaes, nem immobiliarios, nem mobiliarios, podiam ser prescriptos. E a contradicção, que se nota na redacção dos dois artigos, era já do projecto primitivo, cuja redacção foi assim conservada.

Tambem não corre a prescripção quanto aos immoveis do casal alienados pelo marido, sem consentimento da mulher, na parte que a esta pertence. Mas bem corre a prescripção a favor de terceiro, se elle se metter de posse dos bens sem ser em consequencia de acto da alienação, que lhe tenha feito o marido. N'este caso não tem a mulher outro recurso senão contra o marido.

Tambem não corre a prescripção contra a mulher se o marido vender bens proprios d'ella, sem a sua outorga, de modo que, reclamando-os ella do comprador, este podesse vir com a acção de garantia contra o marido, e em quaesquer outros casos em que a acção da mulher venha reflectir contra elle.

A rasão é porque, auctorisada a prescripção, vendo-se a mulher na necessidade de reivindicar os seus bens teria feito nascer contra o marido uma acção de garantia, que viria perturbar as boas relações entre os conjuges.

Ha demais uma rasão geral e commum ás tres hypotheses, mencionadas n'este n.º 3.º, que vem a ser a presumpção de que a mulher em rasão da obediencia marital não se atreveria a propor a acção competente para interromper a prescripção.

Todavia apesar do beneficio, que o codigo faz á mulher, de não deixar correr contra ella a prescripção n'estes casos, não a inhibe por isso de reivindicar os bens mesmo na constancia do matrimonio, se assim lhe aprouver, ainda que exponha seu marido a uma acção de garantia, e levante a desordem no seio da familia.

A lei obsta ao nascimento e curso da prescripção durante o matrimonio para não collocar a mulher na dura collisão ou de perder o que é seu, ou de incorrer no desagrado do marido.

Mas se ella quizer arrostar com esta ultima difficuldade, não deveria a lei sujeita-la a perder toda ou parte da cousa, inhibindo-a de reclamar durante o matrimonio, e collocando-a no risco de ver mais tarde insoluvel o possuidor.

O disposto em o n.º 3.º do artigo é applicavel tambem ao caso de separação judicial de pessoas e bens, e mesmo á hypothese de simples separação de bens?

Na simples separação de bens, conservam os dotaes a mesma natureza, artigo 1224.º, e não estão por isso sujeitos á prescripção; mas devem esta-lo todos os outros bens, visto que esta simples separação já tem o effeito de entregar á mulher a administração dos seus bens, artigo 1223.º

Rogron, nas notas ao artigo 2256.º do codigo civil francez, cita decisões dos tribunaes francezes, julgando que a prescripção das acções



da mulher é suspensa durante o matrimonio, ainda dada a separação de bens, em todos os casos em que a acção da mulher fosse reflectir contra o marido, porque a separação dos bens deixava subsistir o vinculo matrimonial, sem ferir a união dos esposos, nem a sua cohabitação, e porque a acção da mulher, reflectindo-se contra seu marido, podia levar a investigações contra este em sua vida, que trouxessem a perturbação e a desordem entre os conjuges, o que a lei quiz precisamente prevenir, deixando á mulher o direito de exercer as suas acções durante o matrimonio, sem incorrer no perigo de prescripção, quando ellas fossem reflectir contra seu marido.

Na separação judicial de pessoas e bens, parece que ficam todos os bens sujeitos á prescripção, porque esta separação tem a muitos respeitos os effeitos de casamento dissolvido, artigo 1211.º

4.º e 5.º, etc. É um favor aos que se acham inteiramente dedicados ao serviço do estado. As prescripções mencionadas nos artigos 538.º a 541.º e 543.º, correm tambem contra os que se acham ausentes no serviço da nação, os quaes não tem direito a maior protecção das leis, do que os militares em campanha, e do que os menores e dementes, artigo 550.º

6.º, etc. (Vid. artigo 800.º) A prescripção só não tem logar n'este caso, quando o herdeiro beneficiario se acha na *posse effectiva* da herança.

O herdeiro beneficiario conserva os seus direitos separados dos da herança, ou se ache ou não na posse d'ella, artigo 800.º, porque emquanto se não conclue o inventario, ainda mesmo que esteja na posse da herança, é um mero administrador dos bens, que compõem a successão.

Um dos effeitos da aceitação da herança a beneficio de inventario é não confundir o herdeiro os seus bens com os da successão, e conservar contra ella o direito de reclamar o pagamento dos seus creditos.

Não póde pois operar-se a confusão entre a massa dos bens hereditarios, e os do herdeiro a beneficio de inventario. Assim, se o auctor da herança tiver vendido bens do herdeiro beneficiario, póde este reivindica-los da mão dos possuidores, sem que estes possam oppor-lhe a qualidade de herdeiro, e sem terem outro direito alem do de reclamar a competente indemnisação da successão beneficiaria.

Do mesmo modo, se o auctor da herança devia alguma somma ao herdeiro beneficiario, póde este concorrer com os outros credores para haver o seu credito. Se o herdeiro a não aceita a beneficio de inventario, confunde-se immediatamente a qualidade de credor e de devedor, que tinha sobre a successão, que vem misturar-se com o seu patrimonio; e por isso não ha que tratar de prescripção entre o herdeiro não beneficiario e a herança, vista a confusão dos dois patrimonios, ou se ache ou não na posse effectiva d'ella.

Mas o herdeiro beneficiario, que pelo facto da aceitação a beneficio de inventario revela a sua pretensão de não querer confundido, com o seu patrimonio anterior a successão, o que agora lhe advem, não póde ser sujeito á prescripção, achando-se na posse effectiva d'ella, como lhe póde acontecer, artigo 2052.º, porque a representa judicial e extra-judicialmente.

Assim um dos effeitos juridicos da aceitação da herança a beneficio de inventario é evitar a confusão de direitos e obrigações no herdeiro, mantendo na sua pessoa a distincção de credor e de devedor; e, achando-se elle na posse effectiva da herança, suspender o começo ou o curso da prescripção, emquanto o inventario se não conclue.

Conseguintemente a simples aceitação a beneficio de inventario evita já a confusão dos dois patrimonios, mas não suspende o curso da prescripção, se o herdeiro se não acha de posse da herança, porque, não estando na posse da herança, bem póde intentar as acções precisas para suspender o curso da prescripção.

O codigo nas palavras *posse effectiva*, que já empregava o projecto primitivo no artigo correspondente (640.º), designa não a posse meramente juridica, que passa logo aos herdeiros, artigos 483.º e 2011.º, mas a posse real e de facto.

## SUB-SECÇÃO II

### DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIPÇÃO

**Art. 552.º** A prescripção interrompe-se:

**1.º** Se o possuidor for privado, por espaço de um anno, da posse da cousa ou do direito;

**2.º** Por citação judicial feita ao possuidor ou devedor, salvo se o auctor desistir da acção intentada, ou se o réu for absolvido da instancia, ou se a instancia estiver perempta;

**3.º** Por arersto, citação para conciliação, ou protesto judicial, contando-se desde o dia em que occorrerem, se dentro de um mez, contado desde o auto ou termo respectivo, o auctor propozer a acção no juizo contencioso;

**4.º** Pelo reconhecimento expresso, quer seja de palavra, quer por escripto, do direito da pessoa a quem a prescripção póde prejudicar, ou por factos de que se deduza necessariamente tal reconhecimento.

**Art. 553.º** Se a citação, mencionada no artigo precedente, for annullada por incompetencia do juizo ou por vicio de fórma, não deixará de produzir o seu effeito, se a nullidade for sanada competentemente dentro de um mez, contado desde o dia em que o defeito for legalmente reconhecido.

**1.º**, etc. Em os numeros seguintes trata-se da interrupção *civil*, e n'este da *natural*. Sobre a interrupção natural, vide notas ao artigo **482.º** Apenas acrescentaremos que a interrupção civil não é absoluta, como a natural, porque depende da condição de vencer o demandante, e dos outros requisitos marcados n'estes dois artigos.

**2.º**, etc. As palavras «*citação judicial*» não significam qualquer intimação isolada, que se requeira contra o possuidor, mas a citação, como *preliminar* ou *começo* de acção, *verbi gratia*, a citação para ver offerecer o libello de reivindicação. É o que se infere das palavras d'este numero «*acção intentada*, etc.», e é o que diz Rogron nas notas ao artigo **2244.º** do codigo civil francez.

A citação judicial, chamando o possuidor a defender-se perante a justiça, colloca-o logo em má fé pelas duvidas que levanta sobre a legitimidade da sua posse. E pouco importa que esta citação seja feita na demanda principal ou em reconvenção.

Se o auctor *desiste* da acção, é elle mesmo que consente em considerar de nenhum effeito todo o processo existente; e voltam as cousas ao estado primitivo.



A citação judicial é uma especie de turbação de posse, um começo de interrupção, que não se completa senão pela sentença definitiva, que julga procedente e provada a acção, de que é começo a citação judicial.

Tambem não importa interrupção da prescripção a desistencia com o fundamento da incompetencia do juizo, e com o protesto de propor de novo a acção em juizo competente.

Contra esta opinião, é verdade, decidiu um tribunal francez, cuja decisão Rogron aponta nas notas ao artigo **2247.º** do codigo civil de Napoleão; e as palavras usadas no nosso codigo, n'esta parte, são a traducção fiel das que se lêem no citado artigo **2247.º** do codigo francez.

No entretanto não seguimos esta jurisprudencia, não só pela generalidade, com que se exprime tanto o nosso codigo, como o francez, mas ainda porque, pelo artigo 553.º, só produz o effeito de interromper a prescripção o processo perante o juiz incompetente, sendo a citação *annullada* por esse motivo, e não *pelo facto da desistencia*. E finalmente porque assim se infere do disposto no n.º 2.º do artigo **552.º**, em virtude do qual a desistencia da acção intentada não interrompe a prescripção; e as rasões de decidir não são as mesmas na incompetencia acompanhada da desistencia, e na incompetencia sem desistencia.

Se o réu é absolvido da instancia, tornando-se necessario começar outra acção de novo, acabam por sua natureza os effeitos da citação, como na desistencia da acção.

As palavras «*ou se a instancia estiver perempta*» foram acrescentadas pela commissão revisora, e dão logar ás maiores duvidas.

Em primeiro logar um dos modos de perimir a instancia é a absolvição da instancia, e portanto acrescentando a commissão as ultimas palavras, devia ter eliminado as outras «*ou se o réu for absolvido da instancia*».

O codigo francez no artigo **2247.º**, e o projecto de codigo hespanhol no artigo **1985**, em logar de dizerem «*se estiver perempta a instancia*» dizem «*se o auctor deixar perimir a instancia*». Deve portanto entender-se que é só quando a instancia acaba, mas não quando se suspende nos termos do artigo **255.º** da reforma, que a citação não produz os effeitos de interromper a prescripção. A palavra «*perempta*» refere-se unicamente ao acabamento, e não á suspensão da instancia.

× E se o réu, em logar de ser absolvido da instancia, for absolvido da acção, teve a citação judicial o effeito de interromper a prescripção? Nem o illustrado auctor do projecto, nem a commissão revisora preveniram esta hypothese, aliás a mais ordinaria, e que está expressamente prevenida nos citados artigos do codigo civil francez, e do projecto de codigo hespanhol, fontes d'este.

Deve porém adoptar-se a racional jurisprudencia ali estabelecida da não interrupção da prescripção no caso de o réu ser absolvido da acção.

Se a absolvição da instancia, em que o juiz não conheceu do fundo da causa, inutilisa completamente todo o processado anterior, por maioria de rasão a absolvição da acção, ou por se julgar injusta a demanda, ou por se verificar a hypothese do § unico do artigo **256.º** da reforma judicial, não póde prejudicar aquelle, cujo direito foi julgado bom, ou não foi julgado mau pelos tribunaes; e em ultimo caso temos um argumento de analogia no artigo **491.º**, que convence completamente da verdade da nossa opinião.

Supponhamos que foi annullado o processo, por não se provar, por exemplo, a legitimidade de pessoa, ou por ser declarada inepta a petição, etc.: deixou n'este caso a citação judicial de interromper a prescripção?

Só interrompe a prescripção a annullação, nos termos restrictos que se acham marcados no artigo 552.º e 553.º Só a citação nulla por incompetencia do juizo, tanto da conciliação, como do contencioso, ou a incompetencia se refira á natureza das attribuições do juiz, ou ao julgado em fôro diverso d'aquelle, onde a causa devia ser proposta, e a citação nulla, por lhe faltarem as formalidades essenciaes prescriptas nos artigos 194.º e seguintes da reforma judicial, é que podem produzir o effeito de interromper a prescripção; porque não deixam por isso de advertir o possuidor da illegitimidade do seu direito, constituindo-o assim em má fé.

Conseguintemente, em regra, a citação annullada não produz a interrupção da prescripção. Por excepção a citação annullada nos precisos casos do artigo 553.º produz essa interrupção. Mas, como a annullação do processo por ineptidão da petição, ou por illegitimidade da pessoa, importa a absolvição de instancia, é claro que a citação assim annullada não interrompe a prescripção.

Os vicios de fórma da citação podem ser todos sanados pelo comparecimento do citado nos termos do artigo 208.º da reforma judicial.

Não é porém ao modo de sanação pelo comparecimento do citado que o artigo 553.º do codigo se refere, o que bem se mostra das palavras, que mandam contar o tempo para a sanação desde que o defeito foi legalmente reconhecido.

O preceito do artigo significa que a prescripção não deixa de se interromper pelo facto de ser nulla a citação, ou de ser posta a acção perante juiz incompetente, comtantoque dentro de um mez, a contar do transito em julgado da decisão, que julgou incompetente o juizo, ou nulla por vicio de fórma a citação, se proponha nova acção perante juizo competente, ou se faça nova citação com as formalidades legaes.

O codigo estabelece doutrina muito aceitavel no artigo 553.º, porque a falta de tal provisão dava logar a graves duvidas. Se o processo for annullado por motivos differentes dos comprehendidos no artigo 553.º, como por ineptidão da petição, etc., em cuja annullação é comprehendida a citação, deixou esta de interromper a prescripção, como já dissemos, porque no caso de ineptidão do libello, como no caso de se não provar a legitimidade das partes, é absolvido o réu da instancia, e esta absolvição obsta, nos termos do codigo, á interrupção da prescripção.

A doutrina de interromper a prescripção só pela interpellação judicial achava-se já reconhecida no codigo commercial, artigo 896.º, que não permitte a interrupção da prescripção pela interpellação extrajudicial, como permittia o nosso antigo direito, logoque se provasse que essa interpellação havia constituido o devedor em má fé.

3.º, etc. O *arresto*, tambem denominado embargo, é a apprehensão judicial da cousa sobre que se litiga ou pretende litigar, com o receio de que o possuidor a suma ou os rendimentos. O arresto póde requerer-se antes mesmo da proposição da acção em juizo.

Rogron define a *saisie*, de que se usa no artigo 2244.º do codigo civil francez, como meio de interromper a prescripção, o modo de execução pelo qual um credor põe os bens do devedor nas mãos da justiça para os fazer vender e pagar-se pelo preço. Comprehende assim não só o que no nosso direito se chama *penhora*, em execução de sentença, e precedida da citação inicial da execução, mas tambem o *embargo, arresto*, ou *sequestro*, de que se falla em o n.º 3.º do artigo 552.º, feito, independentemente de notificação ao devedor, para segurança dos direitos de quem o requer.

Diz porém Goyena nas notas ao artigo 1984.º do projecto de codigo civil hespanhol, que as rasões de Rogron não satisfazem, porque, pelo facto de se embargar uma cousa para se vender, não perde o devedor a sua posse até que a cousa se venda. Se o devedor paga antes da venda, e a rehavê, continua na sua prescripção anterior; e, se chega a vender-se, póde o comprador ajuntar á sua posse para prescrever o tempo da posse do devedor, porque é em nome d'este que o juiz a vende.



Todavia as observações de Goyena não são inteiramente procedentes, porque este acto judicial interrompe a prescripção *da divida*, para cuja garantia é feito, bem como a prescripção *da cousa*, quando a revindicação d'esta é que o arresto se dirige, comquanto, se o arresto ficar sem effeito, possa o arrestado ajuntar á sua posse anterior a posterior para completar a prescripção.

No mesmo caso está a citação para a conciliação, tanto nas causas em que esta é obrigatoria, nos termos da reforma judicial, artigo 210.º, e lei de 16 de junho de 1855, artigo 1.º, como nas isentas de conciliação. Como na petição para a citação deve declarar se o *objecto* da conciliação, nos termos do artigo 212.º da reforma judicial, o possuidor logo vê pela contra-fé da citação as duvidas, que ha sobre a sua posse, ficando assim constituido em má fé.

O simples *protesto* não revela ainda ao possuidor as duvidas, emquanto lhe não é *intimado*. Sem a intimação não póde presumir-se que este conheça as rasões de duvidar da sua posse.

No entretanto é expresso o artigo em determinar que a prescripção se interrompe, não desde a intimação, mas desde o dia em que o protesto teve logar. Provavelmente quiz a lei, por meio do protesto, dar ao sujeito do direito o remedio para interromper a prescripção e salvar o seu direito, quando estivesse a expirar o praso necessario para ella se completar, e houvesse difficuldade na citação do possuidor.

O que é indispensavel é que o protesto seja feito em juizo, não bastando o simples protesto nas notas do tabellião, e que seja julgado por sentença; e é da data da sentença que se conta a interrupção da prescripção.

Porém, como nenhum dos actos mencionados n'este numero é *começo* de acção em juizo contencioso, é preciso que esta seja proposta dentro do praso de trinta dias.

A obrigação de propor a acção no juizo contencioso dentro de um mez, para os factos mencionados n'este numero produzirem o effeito de interromperem a prescripção, é porque estes actos significam mera prevenção ou garantia, sem mais força ou importancia do que a primeira citação, a que respeita o n.º 2.º

Porém a doutrina absoluta do n.º 3.º deve ter uma excepção com relação á citação para a conciliação, que é o caso de se accordarem as partes no juizo conciliatorio, porque então ha o reconhecimento, expresso nos termos do n.º 4.º, que interrompe a prescripção.

No caso pois de citação para a conciliação, o auctor só é obrigado a propor dentro de um mez a acção em juizo contencioso, quando não se tiver conciliado com o réu. O auto de conciliação tem a força de sentença e execução apparelhada, novissima reforma judicial, artigo 219.º; e o codigo dá á citação para a conciliação, n.º 3.º, como á citação para o juizo contencioso, n.º 2.º, o effeito de interromper a prescripção.

Hoje não ha outros meios de interromper a prescripção, senão os taxativamente marcados n'estes dois artigos, devendo subordinar-se á doutrina do codigo o preceito do artigo 301.º da novissima reforma judicial, que falla de reclamações, protestos, denunciações, sejam ou não comminatorias, e de todos os mais actos, que servem para impedir

a prescripção e conservar o direito das partes, e manda seguir n'estes actos a fórma do processo anterior ao decreto n.º 24.º de 16 de maio de 1832.

Quanto ao processo a observar na execução dos meios determinados pelo codigo para interromper a prescripção, hão de continuar a seguir-se as disposições da reforma judicial e mais legislação respectiva; mas outros meios, ou meios differentes dos estatuidos no codigo, é que não podem empregar-se para a interrupção da prescripção.

4.º, etc. Desde que o possuidor reconheceu os direitos de outrem sobre a cousa, ou por uma declaração expressa feita, tanto por escripto, como por palavra, ou tacitamente, como pagando-lhe renda do predio, etc., deixa de possuir em *nome proprio*, faltando-lhe assim a primeira condição para prescrever.

Art. 554.º As causas, que interrompem a prescripção em relação a um dos devedores solidarios, interrompem-na a respeito dos outros co-devedores.

§ unico. Mas se o credor, consentindo na divisão da divida com relação a um dos devedores solidarios, exigir d'elle só a parte que lhe toca, não se haverá a prescripção por interrompida em relação aos outros co-devedores.

(Vid. nota ao artigo 513.º)

Art. 555.º O disposto no artigo antecedente é applicavel aos herdeiros do devedor, quer elle fosse solidario, quer não.

(Vid. artigos 557.º, 757.º e 2115.º) A intelligencia do artigo offerece difficuldades, como a do artigo 757.º, isoladamente considerados, sendo preciso combina-los ambos á luz da sua historia, para se tirar uma conclusão segura.

O artigo (845.º) do projecto primitivo, correspondente ao artigo 757.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Os herdeiros de um dos devedores solidarios só respondem na proporção das suas quotas hereditarias, salvo no caso mencionado no artigo 822.º n.º 2.º» (731.º n.º 2.º do codigo).

Logo nos trabalhos da primeira revisão, segundo se mostra da nota ao artigo correspondente (829.º) da primeira edição do projecto da commissão revisora, esta decidiu: «1.º, que apparecendo o credor antes da partilha, toda a herança seja solidariamente obrigada á divida; 2.º, que apparecendo o credor depois da partilha, os herdeiros só sejam responsaveis na proporção das suas quotas hereditarias, salvo o caso que no artigo fica reservado».

Em harmonia com esta decisão apparece no projecto de 1864 o artigo correspondente ao artigo 757.º do codigo com uma redacção exactamente igual á d'este.

Interpretada pois a provisão do artigo 757.º pelas resoluções que lhe deram origem, significa que antes da partilha é a herança solidariamente obrigada á divida, porque a successão é um todo indivisivel, e que depois da partilha cada herdeiro responde só na proporção da sua quota. Entendido porém assim o artigo, é perfeitamente inutil, não contém especialidade alguma a respeito da responsabilidade dos herdeiros do devedor solidario, não faz mais do que repetir o principio geral consignado no artigo 2115.º, de que a herança responde solidariamente pelo pagamento das dividas *do auctor d'ella* (e não ao auctor d'ella, como erradamente se lê no referido artigo), mas que depois de feitas as partilhas os coherdeiros só respondem em proporção da parte que lhes coube na herança.



No entretanto é outro o pensamento do artigo 757.º

Ou se attenda á redacção que tinha o artigo no projecto primitivo, ou á historia das modificações feitas pela commissão revisora, é certo que os herdeiros do devedor solidario respondem pela totalidade da divida, como o auctor da herança, mas não com solidariedade entre si. Ainda que sejam muitos os devedores solidarios, pelo fallecimento de um ficam os herdeiros d'este obrigados ao pagamento da totalidade da divida, mas não com solidariedade entre si, como havia entre o devedor fallecido e os condevedores, isto é, não ha solidariedade de solidariedade.

Os herdeiros pois do devedor solidario respondem pela totalidade da divida, porque á divida por inteiro era obrigado o auctor da herança. Não responde porém cada um pela totalidade da divida, mas sim cada um na proporção da sua quota hereditaria, salvo apparecendo o credor emquanto a successão forma uma entidade indivisa, e n'este caso não se dirige a acção contra os herdeiros, mas contra a successão, ou sendo demandados depois collectivamente.

Supponhamos, por exemplo, que a divida era de cem, e que cinco eram os devedores solidarios, e que morria um deixando quatro herdeiros, estes são todos collectivamente obrigados ao pagamento total da divida, antes e depois de feita a partilha da successão. Mas, depois de feita a partilha, cada um responde só pela quarta parte da divida se não são demandados collectivamente, porque depois d'aquelle acto cada um fica representando só a quarta parte da herança do devedor.

Sou devedor solidario com Paulo, a cada um de nós póde ser pedida a divida por inteiro. Morre Paulo deixando tres filhos, podem ser demandados *conjunctamente* pelo total da divida, mas não *individualmente*, salvo pela sua quota parte.

Como elles representam *conjunctamente* Paulo, podem ser demandados todos pelo integral da divida, mas como *individualmente* não representam todos os direitos e obrigações de Paulo, só são obrigados a responder, como individuos, pela sua quota parte.

Conseguintemente, os herdeiros de devedor solidario ou não solidario podem ser demandados collectivamente antes de partilhada a a successão. Depois de feita a partilha o herdeiro do devedor não solidario, ou seja demandado conjuncta ou individualmente, só responde pela sua quota parte, emquanto que o herdeiro do devedor solidario, sendo demandado conjunctamente com os seus coherdeiros, responde pela sua quota, e pela d'elles, se estes estiverem insolventes.

Em virtude d'estes principios e do disposto no artigo 513.º, a significação do artigo 555.º não póde ir tão longe como a sua redacção comporta.

Não aproveitando a prescripção adquirida por um devedor solidario aos condevedores, em que se não deram iguaes requisitos, artigo 513.º, e não respondendo mesmo os herdeiros do devedor solidario senão na proporção das suas quotas hereditarias, sendo demandados individualmente, não póde a citação feita a um dos herdeiros do devedor commum interromper a prescripção com relação aos outros herdeiros, senão emquanto está *pro indiviso* a successão.

A doutrina pois do artigo é inteiramente exacta, applicada aos herdeiros do devedor solidario ou não solidario antes de feitas as partilhas, porque, emquanto a successão está *pro indiviso*, os herdeiros,

por muitos que sejam, representam uma só pessoa, aquella de quem são herdeiros, e como podem n'esta qualidade ser demandados, tambem podem oppor a excepção de prescripção, que, interrompida com relação a um, interrompida fica com relação a todos, porque todos formam uma só pessoa juridica indivisivel.

Essa é a conclusão a que nos leva o artigo, mandando applicar aos *herdeiros*, até do devedor commum, a doutrina applicavel aos *proprios* devedores solidarios, quanto ás causas que interrompem a prescripção.

Cremos pois que a disposição do artigo 555.º só póde ser applicavel aos herdeiros do devedor antes de feitas as partilhas, emquanto a herança está *pro indiviso*. O contrario destoaria de todos os principios, e seria contradictorio com as disposições dos artigos 513.º e 757.º

Da nossa opinião é ainda prova o disposto no artigo 557.º Pois se a causa, que interrompe a prescripção com relação a um dos devedores não solidarios, a não interrompe com relação aos outros, a respeito dos quaes se não déem as mesmas circumstancias, como é que a causa, que interrompe a prescripção com relação a um dos herdeiros d'esse devedor, ha de interrompe-la com relação aos outros herdeiros do devedor, depois de partilhada a successão?

Sem grande absurdo não póde dar-se ao artigo 555.º interpretação differente da que deixâmos exposta.

Tem-se discutido na imprensa e no fôro, se ainda subsiste depois da publicação do codigo o privilegio fiscal da responsabilidade solidaria dos herdeiros do devedor á fazenda; e pela affirmativa decidiu a relação do Porto, em accordão de 4 de fevereiro de 1870, publicado no jornal o *Direito* n.º 21, segundo anno.

Não nos conformâmos porém com esta decisão. Acabou aquelle privilegio da fazenda, como acabaram muitos outros que ella tinha, sobretudo em materia hypothecaria.

Esta disposição é de direito civil propriamente dito, e por isso ficou revogada pelo codigo civil, como dissemos em a nota ao artigo 3.º, interpretando o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867.

Art. 556.º A interrupção da prescripção contra o devedor principal tem iguaes effeitos contra o seu fiador.

(Vid. nota ao artigo 513.º)

Art. 557.º Para que a prescripção de qualquer obrigação se interrompa, em relação a todos os devedores não solidarios, é necessario o reconhecimento ou citação de todos elles.

(Vid. nota ao artigo 555.º)

Art. 558.º A interrupção da prescripção, em favor de algum dos credores solidarios, aproveita igualmente a todos.

(Vid. nota ao artigo 513.º)

Art. 559.º O effeito da interrupção é inutilisar para a prescripção todo o tempo decorrido anteriormente.

(Vid. nota ao artigo 548.º)



## SUB-SECÇÃO III

### DA CONTAGEM DO TEMPO PARA O EFFEITO DA PRESCRIPÇÃO

Art. 560.º O tempo da prescripção conta-se por annos, mezes e dias, e não de momento a momento, excepto nos casos em que a lei expressamente o determinar.

§ 1.º O anno regula-se pelo calendario gregoriano.

§ 2.º O mez é sempre computado em trinta dias.

Art. 561.º Quando a prescripção se conta por dias, entende-se que estes são de vinte e quatro horas, começando-se a contar da primeira hora depois da meia noite.

Art. 562.º O dia em que começa a correr a prescripção conta-se por inteiro, ainda que não seja completo, mas o dia em que a prescripção finda deve ser completo.

No interesse do proprietario e do credor não se conta a prescripção de momento a momento, nem de hora a hora. Conta-se sempre por inteiro o ultimo dia — *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus* —. Assim, se a prescripção começar n'um dia ao meio dia, não acaba no ultimo dia á mesma hora, mas no ultimo dia á meia noite. O codigo estabelece esta regra geral para todas as prescripções, qualquer que seja o periodo necessario para se completarem, ou a natureza dos direitos sobre que versem.

O ultimo dia deve ser completo, porque, envolvendo a prescripção sempre a idéa de castigo, deve restringir-se. O primeiro dia conta-se por inteiro, porque não se sabe a hora em que começa a correr a prescripção; e nem nos instrumentos dos actos juridicos costuma fazer-se menção da hora, mas só do mez, dia e anno, artigo 2495.º n.º 3.º

D'aqui se infere que o dia do acto juridico se conta ja para a prescripção. Assim, comprei no 1.º de janeiro de 1860 a quem não era proprietario um predio, cujo titulo de acquisição não registei, e que possui sempre em boa fé, nos termos do artigo 528.º adquiri-o por prescripção á meia noite do ultimo de dezembro de 1874. O ultimo dia do anno é a vespera do dia igual áquelle em que a prescripção começou.

Rogron, na nota ao artigo 2261.º do codigo civil francez, cita a decisão de um tribunal, que comprehendeu no termo o dia *ad quem*, isto é, aquelle em que o termo expira, mas não o dia *a quo*, isto é, aquelle em que o termo começa. Por esta jurisprudencia, no exemplo acima posto, os quinze annos teriam terminado no dia primeiro de janeiro de 1875, e não no ultimo de dezembro de 1874.

Porém a doutrina do artigo 562.º, mandando contar *por inteiro* o primeiro dia, mostra que o primeiro dia se comprehende no termo, e é tambem a explicação de Goyena nas notas ao artigo 1945.º do projecto de codigo civil hespanhol, de que o artigo 562.º do nosso codigo é traducção litteral.

Assim conta-se na prescripção tanto o dia em que ella começa, como o dia em que ella acaba, com a differença de que aquelle conta-se por inteiro, qualquer que fosse a hora do começo da prescripção, e de que este deve ser completo.

Nas prescripções de annos conta-se o anno pelo calendario gregoriano, isto é, por trezentos e sessenta e cinco ou trezentos e sessenta e

seis dias, segundo o anno é ou não bissexto. Não se contam porém os mezes pelo calendario, segundo o qual são uns de trinta, outros de trinta e um, e o de fevereiro de vinte e nove ou de vinte e oito dias, segundo o anno é ou não bissexto. Assim se a prescripção for de seis mezes, está completa, decorrido o periodo de cento e oitenta dias, quando contado o praso segundo o calendario gregoriano, se começasse, por exemplo, no 1.º de julho, acabava em 31 de dezembro, isto é, seria de cento oitenta e quatro dias n'este caso. Para evitar a complicação resultante da diversidade de numero de dias de que se compõem os mezes, é que o codigo manda contar o mez por trinta dias, assim como na materia de filiação, artigo 101.º e seguintes, manda contar os prasos por dias e não por mezes, pela mesma rasão.

Deve notar-se que as vinte e quatro horas, que constituem o dia, começam a contar-se da primeira hora depois da meia noite *inclusivamente*, como com mais clareza se exprimia o projecto primitivo, e os dois primeiros projectos da commissão revisora, que nos artigos correspondentes ao artigo 561.º do codigo consignavam a palavra «*inclusivamente*» em seguida ás palavras «*da primeira hora*» collocadas no artigo 561.º

O codigo commercial regula a contagem do tempo de modo um pouco differente. Computa os dias em vinte e quatro horas; manda contar o anno pelo decurso de trezentos e sessenta e cinco dias, o mez pelo calendario gregoriano, e quanto ás horas manda computar segundo o uso do paiz.

**Art. 563.º** Sendo feriado o ultimo dia da prescripção, esta só se considera finda no primeiro dia seguinte não feriado.

Se o dia ultimo da prescripção for no dia 1 de setembro, por exemplo, só se completa a prescripção no primeiro dia util de outubro. Devem dar-se ao proprietario antes dias a mais do praso, do que tirar-lhe um só: *Faborabilia amplianda, odiosa restringenda.*

A lei de 16 de junho de 1855 artigo 30.º, suscitando a observancia da ordenação, livro III, titulo XIII, estabelece a mesma regra para os prasos judiciaes.

Ainda assim não ficaria prejudicado o credor com a falta da disposição, consignada n'este artigo, ou mesmo com a disposição contraria, porque para interromper a prescripção, como para evitar damno irreparavel, podem fazer-se as citações até em dia consagrado ao culto divino, como é expresso no artigo 204.º § unico da reforma judicial.

## SUB-SECÇÃO IV

### DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS

**Art. 564.º** As prescripções, que tiverem começado a correr antes da promulgação d'este codigo, serão reguladas pelas leis anteriores com as seguintes modificações.

(Vid. artigo 566.º) As prescripções começadas ao tempo da promulgação do codigo, bem podiam ser regidas pela nova lei sem offensa do principio da não retroactividade. A faculdade da prescripção, como já vimos, artigo 8.º, não é um direito adquirido, mas uma simples esperança, cuja realisação depende de muitas eventualidades, e que a lei nova portanto póde modificar e alterar.



Todavia, como é impossivel na pratica admittir em toda a sua extensão o rigor dos principios, estão de accordo os codigos em que as prescripções já começadas se rejam pelas leis antigas, á sombra das quaes tiveram a sua origem e principio.

Devia porém o codigo providenciar sobre as prescripções já começadas, em que o praso para o seu complemento dependesse de mais tempo, do que o total n'elle marcado para começar e acabar a prescripção, a fim de evitar que prescripções começadas depois da promulgação do codigo se concluissem mais cedo do que outras começadas antes da sua promulgação.

Exemplifiquemos. Pela lei anterior, segundo era entendida ultimamente nos tribunaes, prescreviam em regra por trinta annos, ordenação, livro IV, titulo LXXIX, os immoveis que pelo codigo prescrevem por quinze annos, artigo 528.º N'este caso seguindo-se á risca o principio de que as prescripções começadas se regessem *exclusivamente* pela lei antiga, podia dar-se o absurdo de que o que começou a prescrever na vespera da promulgação do codigo, teria que esperar vinte e nove annos, onze mezes e vinte e nove dias, para completar a sua prescripção, emquanto que o que começou a prescrever no mesmo dia da promulgação do codigo só tinha que esperar quinze annos.

Ora se a lei nova julgava sufficiente o praso de quinze annos para as prescripções ainda não começadas, por analogia ou antes por maioria de rasão não devia exigir mais tempo para *acabarem* as já começadas.

Por isso diz o artigo 566.º que se o tempo, *que faltar* para concluir as prescripções começadas antes da promulgação do codigo, for mais longo do que o exigido pelo codigo para *a duração completa* da prescripção, o *complemento* d'essa prescripção começada não se regula pela lei vigente ao tempo em que ella começou, mas pelo disposto no codigo, isto é, não será preciso ao prescribente, para *completar* a sua prescripção mais tempo, do que é preciso pelo codigo para principiar e completar essa prescripção.

Assim o individuo, cuja posse para a prescripção de um immovel começára cinco annos antes da promulgação do codigo, longe de esperar mais vinte e cinco annos para conseguir a prescripção, como era necessario pelo direito anterior, só tem que esperar quinze annos, que é o praso marcado no codigo.

Compara-se pois o praso, *que falta* para concluir a prescripção nos termos da lei antiga, com o praso *total* que se exige pela lei nova para começar e acabar a prescripção, e, se este é mais curto, fica a lei nova regendo a prescripção começada *emquanto ao seu complemento*; poisque seria absurdo exigir, para *completar* uma prescripção começada, mais tempo do que o preciso para realisar uma prescripção ainda não começada.

Desde que se verifica, pela contagem do tempo decorrido, que o praso para completar a prescripção é maior do que o assignado no codigo, deixa-se de ter em conta o tempo decorrido para os effeitos das leis anteriores, porque estas nada têem já com as prescripções, que hão de ser reguladas pela lei nova.

As prescripções começadas no tempo da lei anterior não cáem debaixo da acção da lei nova, *senão emquanto ao tempo que lhes faltar para se completarem.*

Esta questão é importante, porque casos ha em que o tempo decorrido poderia ser contado, sendo-lhe applicavel o codigo, e o não póde ser, sendo-lhe applicada a lei anterior.

Assim, nos termos do codigo o periodo de trinta annos completa a prescripção de tal modo que, ainda que durante todo esse periodo hou-

vesse má fé, esta não lhe póde ser opposta. Pelo contrario, nos termos da ordenação, livro IV, titulo LXXIX *pr.*, não se conta o tempo da má fé. Os devedores de má fé em tempo nenhum podem prescrever. Eis um exemplo frisante da differença que resulta de não serem applicaveis as disposições do codigo á contagem e condições do tempo decorrido para a prescripção, mas sim as provisões da lei anterior.

Esta doutrina, que nos parecia clara e evidente em face do artigo 566.º, como claras nos parecem todas as suas disposições, tem sido objecto de longa e variada polemica nas folhas da imprensa juridica, manifestando-se a desharmonia das opiniões entre os diversos correspondentes, entre estes e as redacções, e entre as proprias redacções das differentes folhas juridicas.

Assim nós, que tinhamos resolvido tocar perfunctoriamente a doutrina do artigo 566.º, vemo-nos na necessidade de entrar em mais longo desenvolvimento para esclarecer duvidas, que com fundamento mais ou menos plausivel se têem levantado sobre a intelligencia do artigo.

Tem-se dito que o artigo 566.º manda comparar o praso, *que falta* para completar as prescripções começadas, não com o praso *total* exigido pela lei nova para começar e acabar a prescripção, mas com o praso, que nos termos da lei nova seria necessario para concluir a prescripção, levando-se em conta o tempo já decorrido. Por esta fórma, no exemplo acima posto, tendo decorrido cinco annos antes da promulgação do codigo para a prescripção de um immovel, havia a esperar, para se completar a prescripção, não o periodo total de quinze annos, exigido na lei nova, mas o praso de dez annos, que era o que faltava para a completar, nos termos da mesma lei.

Acrescentam ainda que, aceite a opinião contraria, as prescripções começadas se tornam de maior ou menor duração, e sem rasão plausivel. Assim quem tem uma posse de quinze annos ao tempo da promulgação do codigo, ha de esperar outros quinze annos, vistoque o praso para completar a prescripção é igual ao praso total do codigo, e quem tem uma posse de um dia, espera outros quinze annos, vindo assim a pequena differença de um dia a dar em resultado uma differença de quinze annos na espera para completar a prescripção.

Aquella opinião porém é abertamente contra os artigos do codigo, e contra a sua fonte. O codigo dizendo — se o *praso para se completarem* as prescripções anteriores for maior do *que o assignado* no codigo, não para se completarem as prescripções, mas para começarem e acabarem, porque a disposição da lei não é limitativa n'esta parte, manda comparar o praso, *que faltava* para se concluirem as prescripções começadas, com o total assignado no codigo para principiarem e acabarem.

Demais se o codigo tem que regular as prescripções começadas, não só quanto ao seu complemento, mas tambem quanto ao praso já decorrido, a que fica então reduzida a disposição do artigo 564.º? Adoptada similhante opinião viriam a ser reguladas pela lei nova todas as prescripções começadas e não começadas ao tempo da promulgação do codigo, o que é contra o disposto no referido artigo.

As prescripções começadas antes da publicação do codigo só cáem no dominio da lei nova, quanto ao seu *complemento*.

Mas vejamos as fontes do artigo 566.º, que são o artigo 1980.º do projecto de codigo civil hespanhol, e o artigo 2281.º do codigo civil francez.

Diz o artigo 1980.º do projecto de codigo civil hespanhol: «Las prescripciones que hubieren comenzado á correr antes de la publicacion de este código, se regiran por las leyes anteriores; *pero si desde que este fuere puesto en observancia transcurriesse todo el tiempo en él requerido para las prescripciones*, surtirán estas su effecto, *aunque por las reglas anteriores se requiera el tapso de mas tiempo.*»



O artigo 2281.º do codigo civil francez, diz assim: «Les prescriptions commencées á l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles *il fraudrait encore*, suivant les anciennes lois, *plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans*».

Em presença das fontes do artigo, que deixâmos transcriptas, deve ficar em todos a convicção, de que o praso substituido da lei antiga é o periodo *total* exigido pelo codigo para o começo e conclusão da prescripção, e não apenas o praso que seria preciso para completar a prescripção, levando-se em conta o periodo já decorrido antes da promulgação do codigo.

Examinemos agora o § unico do artigo 566.º, que não vinha no projecto primitivo, que não foi imitado de legislação alguma, e que foi introduzido pela commissão revisora. Este § foi introduzido pela commissão como emenda, que não melhorou o artigo, que d'ella não precisava, e que veiu confundir disposições que, para serem claras e insusceptiveis de controversia, só careciam de não terem a emenda, e de ficarem como estavam no trabalho originario.

Acresce ainda a circumstancia notavel de que encontrâmos a historia d'esta disposição feita pelo seu proprio auctor, e nem assim temos meio de conhecer com certeza o seu pensamento; porque qualquer elemento, de que nos sirvamos para a sua interpretação, dá um resultado inteiramente incompativel com o systema do projecto sobre esta materia.

Vejamos os motivos da inserção d'este § no codigo, expostos pelo proprio auctor do projecto e da emenda. Diz o sr. Seabra na apostilla n.º 2 á censura do sr. Moraes Carvalho:

«A prescripção é uma faculdade de adquirir ou de livrar de uma obrigação, e não ha nem póde haver direito adquirido antes que as condições d'essa faculdade se verifiquem, se completem. Antes não ha mais que uma simples expectativa. «Assim a lei nova deve regular todas as prescripções não consummadas, sómente nos casos em que a lei nova estabelece um praso mais curto que a antiga, será indispensavel prevenir o sujeito do direito, o credor, ou o proprietario com tempo, a fim de que possa usar do seu direito adquirido de acção; se o desprezar, a si deve imputar o prejuizo que soffrer. É para satisfazer a este principio de justiça que temos de propor um additamento ao nosso artigo 657.º (566.º do codigo), que será concebido n'estes termos: «*Se as prescripções começadas demandarem menos tempo, nunca poderão realisar-se sem que decorra, pelo menos, o praso de tres mezes, a contar da publicação da nova lei*».

Ora esta provisão, estudada na apostilla, onde foi primitivamente escripta, e ahi examinada em presença dos antecedentes e dos consequentes, e em ligação com os motivos que a dictaram, tem uma interpretação. Analysada porém no logar, em que se acha no codigo, e em ligação com o respectivo artigo a que está subordinada, e que é elemento mais legal de interpretação do que a apostilla, tem outra significação muito differente.

Os mesmos periodos, as mesmas phrases, e as mesmas palavras, collocadas em logares differentes, e com diversa subordinação e regencia, servem para significar idéas muito differentes. É o que acon-

tece na presente hypothese. O § unico do artigo 566.°, collocado no logar onde primitivamente foi escripto na apostilla, significa que se o praso marcado pela nova lei para a prescripção for mais curto do que o praso que faltava para ella se completar segundo a lei anterior, não poderá concluir-se sem terem decorrido, pelo menos tres mezes, a contar da promulgação do codigo. Por exemplo. Faltava um anno para se completar em harmonia com a antiga lei a prescripção, para que o codigo marcava um mez, era preciso que decorressem tres mezes depois da promulgação do codigo para ella se concluir.

Assim na hypothese do artigo 1584.° do projecto primitivo, que passou com a mesma redacção para o artigo 1522.° do codigo, em que se determina que prescreve por um mez, a contar da entrega da cousa, a acção por perdas e damnos, ou por despezas feitas com a cousa emprestada, a qual segundo o direito anterior só prescrevia decorridos trinta annos, se ao tempo da promulgação do codigo eram decorridos já vinte e nove annos para a acção prescrever, não prescreve passado um mez, mas sim passados tres mezes depois de se achar em vigor a nova lei.

Verdade seja que d'aqui resulta o absurdo de prescripções, começadas antes da promulgação do codigo, se concluirem mais tarde do que outras principiadas já depois d'elle promulgado, o que contraria abertamente o pensamento do artigo 566.° Porém o absurdo provém de se intercalar no projecto uma emenda, que destroe o seu mechanismo primitivo, que estava bem organisado.

Demais, note-se que o pensamento do legislador no artigo 566.° foi obstar a que houvesse prescripções começadas antes da promulgação do codigo, que se completassem mais tarde que as começadas depois d'essa publicação.

Se o legislador queria manter inflexivelmente o principio de que prescripções começadas antes da promulgação do codigo em caso nenhum acabassem mais tarde do que outras principiadas depois d'essa promulgação, contentasse-se, como o codigo civil francez e o projecto do codigo civil hespanhol, com o disposto no artigo 566.°, sem acrescentar o que hoje se lê no § unico do mesmo artigo.

Se se tivesse mantido absolutamente o preceito de que as prescripções começadas, para cujo complemento a antiga lei exigia praso mais longo do que a lei moderna requer para a sua inteira constituição, seriam reguladas pelas disposições do codigo, sem se fazer modificação ou acrescentamento áquella provisão, todas as difficuldades estavam removidas, e não havia margem para controversias.

O illustrado auctor do projecto na sua importante polemica com o sr. Moraes Carvalho, preoccupou-se de certo mais n'esta hypothese com a idéa de desfazer as objecções do seu adversario, do que de manter intemerato o systema do projecto. Se ao eminente jurisconsulto, encarregado de formular o projecto do codigo, occorresse na occasião em que redigia aquella resposta, o pensamento de que no seu proprio trabalho reconhecia prescripções de tempo inferior a tres mezes, teria sido mais cauteloso em se comprometter a apresentar a emenda, que hoje se acha consignada no codigo, no § unico do artigo 566.°

Mas por outro lado é certo que a emenda não teria rasão de ser, se o codigo não estabelecesse prescripções de praso inferior a tres mezes. A doutrina do § unico é unicamente applicavel ás prescripções que o codigo reconhece de praso inferior a tres mezes, e que pela legislação anterior careciam de um periodo mais longo para se completarem.



Portanto qualquer que seja o lado por onde se encare a disposição do § unico, qualquer que seja a significação que se ligue áquelle preceito, resulta sempre a incoherencia de se consummarem mais tarde prescripções começadas ao tempo da promulgação do codigo, do que iguaes prescripções principiadas já depois da sua publicação, ou de se alongar o tempo marcado para a prescripção pela lei velha.

O que é indubitavel é que o sr. Seabra julgou conveniente prevenir o sujeito do direito quanto ás prescripções começadas, para cujo complemento eram precisos mais de tres mezes pela lei anterior, e menos do que este tempo pela lei nova, sem que reputasse necessaria igual prevenção quanto ás prescripções principiadas logo em seguida á promulgação do codigo.

Não ha rasão que justifique aquella prevenção excepcional. Se todos os cidadãos tinham obrigação de saber o tempo que o codigo dava para se intentar qualquer acção, nascida depois da sua promulgação, igual obrigação tinham de saber o tempo que era necessario para completar a prescripção começada nos termos da lei antiga, e que devia ser completada nos termos da lei nova, por esta exigir menos tempo para a sua inteira constituição, do que por aquella era necessario para o seu complemento.

Na acção por perdas e damnos, ou por despezas feitas com a cousa emprestada, que prescreve por um mez conforme o disposto no artigo 1522.° do codigo, e prescrevia por trinta annos no tempo da velha ordenação, não era maior o trabalho e o sacrificio do sujeito do direito, que quizesse examinar por si ou por outrem, se a prescripção começada antes do codigo acabava trinta dias depois da publicação d'este, do que a do sujeito do direito que quizesse verificar se igual acção nascida já depois da promulgação do codigo prescrevia passado um mez.

Não ha rasão que justifique a necessidade de prevenir aquelle, e a desnecessidade de prevenir este. O mesmo cuidado que deve ter o sujeito do direito de qualquer acção, nascida depois da promulgação do codigo, de verificar o praso da prescripção segundo a nova lei, deve te-lo o sujeito do direito de qualquer acção, que começou a prescrever antes da promulgação do codigo, verificando o tempo que falta para se completar a prescripção, em harmonia com o disposto na lei nova.

No entretanto desde que se acrescentou ao artigo 566.° o § unico, que hoje faz parte integrante do codigo, é preciso examinar o pensamento do legislador, o qual nos cumpre acatar. Depois de averiguada a significação que tem as palavras do § unico do artigo 566.°, lidas na apostilla n.° 2 do sr. Seabra, á censura do sr. Moraes Carvalho, onde foram primitivamente escritas, vejamos agora a significação que ellas têem collocadas no codigo como parte do artigo 566.°

No artigo determina-se que, se as prescripções começadas exigirem pelo codigo menos tempo para a sua perfeita constituição, do que pela lei anterior se exigia para o seu complemento, completar-se-hão segundo o disposto no codigo; isto é, concluir-se-hão logoque seja decorrido o tempo marcado no codigo, sem esperarem porque decorra todo o tempo que pela lei velha era ainda preciso para se concluirem.

Portanto o pensamento do § unico é o seguinte: « Se as prescripções começadas exigirem menos tempo para se completarem pela lei anterior, do que o assignado no codigo para a sua inteira constituição, nunca poderão concluir-se, sem que pelo menos decorra o praso de tres mezes, contados desde a promulgação do codigo.» Por exemplo faltava, ao tempo da promulgação do codigo, um dia para

se completar a prescripção da acção de perdas e damnos e de despezas com a cousa emprestada, que para se constituir pela lei nova carecia de um mez, completa-se não decorrido o dia, mas passados tres mezes depois da promulgação do codigo.

O pensamento que resulta d'aquellas palavras assim interpretadas, tambem não resiste á critica mais superficial. Não se descobre rasão para que a prescripção começada se alongue pelo facto de se promulgar alguma lei nova no seu decurso; e muito menos para que esta disposição se consigne em seguida a outras, que tendem pelo contrario a encurtar o praso para o complemento da prescripção começada, quando este praso é maior do que o assignado no codigo para a sua inteira constituição.

Segue-se pois de todo o exposto que as palavras do § unico do artigo 566.º, estudadas na apostilla onde primeiro foram escriptas, significam ali exactamente o contrario do que significam examinadas no codigo, no logar para onde foram transplantadas pela commissão revisora sob proposta do illustrado auctor do projecto.

Na apostilla referem-se aquellas palavras ás prescripções, que pelo codigo téem para a sua inteira constituição praso mais curto do que tinham pela lei anterior para o seu complemento. No codigo referem-se ás prescripções que pela lei nova téem praso mais longo para se constituirem do que o necessario pela lei anterior para se completarem. Quem ler desprevenidamente o artigo 566.º e o seu § unico, e se regular pela redacção do preceito, ha de tirar a conclusão de que o § unico se refere ás prescripções, que pelo codigo tem praso mais longo para a sua constituição do que pela lei anterior é requerido para o seu complemento.

Custa realmente a determinar a opinião, simplesmente pelas rasões grammaticaes, perdendo inteiramente de vista o elemento historico, que é n'este caso um valiosissimo subsidio; nem póde ser indifferente a consideração das circumstancias, que precederam e acompanharam a inserção da doutrina do § unico do artigo 566.º no codigo civil; nem deveria esquecer completamente o pensamento do auctor da emenda, que hoje se acha transformada no § unico do artigo 566.º, tendo elle declarado de uma maneira tão positiva e tão clara, que a propunha para prevenir o sujeito do direito sómente nos casos em que a lei nova estabelecesse um praso mais curto que a antiga.

Tambem não deveria deixar-se de ter em conta que o § unico não fazia parte do projecto primitivo, nem fôra composto conjunctamente com o artigo 566.º, mas introduzido posteriormente para satisfazer ao principio de justiça, como diz a apostilla, de prevenir o sujeito do direito nos casos sómente em que a lei nova estabelecesse praso mais curto, que a antiga, a fim de que qualquer podesse usar do seu direito adquirido de acção. E nós já escrevemos na *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação* sobre esta materia, interpretando o § unico do artigo 566.º, em harmonia com as explicações dadas pelo sr. Seabra na sua apostilla.

No entretanto reflectindo que no meio de todos os elementos principaes e subsidiarios de interpretação, o que deve prevalecer a final é o indicado pela grammatica e pela logica, e advertindo que a disposição contida no § unico do artigo 566.º, desde que foi transplantada da apostilla, onde primitivamente havia sido escripta, para o codigo, ha de ser aqui interpretada segundo as relações logicas que a prenderem aos antecedentes e consequentes, adoptâmos a interpretação mais natural, e traduzimos o referido § unico nos seguintes termos: «Se as prescripções começadas antes da promulgação do codigo, exigirem *para se completarem* praso menor, do que o total assignado no codigo para a sua perfeita constituição, não poderão concluir-se, sem que decorram pelo menos tres mezes, depois d'essa promulgação».



Conseguintemente o *complemento* das prescripções começadas cáe no dominio da lei nova: 1.º, quando o praso para se concluirem é *maior* do que o assignado no codigo; 2.º, quando o praso para o complemento é menor, mas inferior a tres mezes.

Por exclusão de partes, as prescripções começadas que, para se completarem, exigirem menos tempo que o assignado no codigo, e mais do que tres mezes, são reguladas pelas leis anteriores.

Não concluiremos porém sem passar em revista outras interpretações, que se tem dado ao § unico do artigo 566.º, que nós julgâmos inteiramente destituidas de fundamento.

Alguns explicam a doutrina do § do modo seguinte: «Se tiver corrido um lapso de tempo maior do que o codigo exige para se completar qualquer prescripção, conclue-se logo, que tenham passado tres mezes depois da promulgação do codigo, embora pelo antigo direito fosse exigido mais tempo para se ultimar a prescripção.»

Ora se se admittisse esta interpretação, alem do sacrificio da grammatica e da logica, não tinha rasão de ser o artigo, porque se o § se refere ás prescripções começadas, que exigem mais tempo pelas leis anteriores do que pelo codigo, isso é o objecto do artigo, que ficaria assim revogado pelo § unico.

Demais, se o codigo tomasse em conta para complemento das prescripções o tempo decorrido antes da sua promulgação, e se contentasse com mais tres mezes para a sua conclusão, viria a derogar todas as leis anteriores sobre prescripções, ficando assim sem rasão de ser o artigo 564.º

Entendem outros que o § unico do artigo 566.º se refere ás prescripções começadas antes do codigo, e que pela lei anterior tinham um praso mais curto do que o assignado no codigo, não para se completarem, mas para o total da prescripção, como a prescripção das soldadas dos creados, que servem por mez, para a qual o direito antigo exigia tres mezes, e o codigo seis: a dos emolumentos dos funccionarios publicos, para a qual o direito antigo exigia tres mezes, e o codigo um anno; e a das retribuições dos advogados e procuradores judiciaes, para a qual o direito antigo exigia tres mezes, e o codigo dois annos.

Não descobrimos porém rasão que justifique similhante interpretação. Se o disposto no § unico viesse isolado, ainda seria susceptivel d'esta intelligencia. Mas ligado com o artigo, onde se trata do *complemento* das prescripções começadas, e de comparar o tempo exigido pelas leis anteriores, não para o total da prescripção, mas para o complemento d'esta, com o praso exigido no codigo, não tem rasão de ser similhante interpretação.

Outros finalmente entendem o § unico nos seguintes termos: « Se estas prescripções exigirem para o seu complemento menos tempo do que *tres mezes*, nunca poderão concluir-se sem que decorra pelo menos esse praso, contado desde a promulgação do dito codigo, de modo que o *menos tempo* não se refere ás prescripções, segundo o codigo, mas sim aos tres mezes de que falla adiante no final do § unico.»

Esta interpretação não tem defeza possivel. O *menos* tempo ha de referir-se a alguma idéa anterior, e não á posterior dos tres mezes. Repugna á grammatica e á logica que a idéa comparada preceda a idéa de comparação.

Art. 565.º Não se dá prescripção quando o direito começado a prescrever se declarou imprescriptivel.

(Vid. nota ao artigo 368.º)

Art. 566.º Se, para se completarem, as prescripções anteriores á promulgação d'este codigo exigirem respectivamente praso maior do que o assignado n'elle, completar-se-hão em conformidade das suas disposições.

§ unico. Se as prescripções começadas exigirem menos tempo, nunca poderão concluir-se sem que pelo menos decorra o praso de tres mezes, contados desde a promulgação do mesmo codigo.

(Vid. nota ao artigo 564.º)

# TITULO V

## DO TRABALHO

## CAPITULO I

### DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 567.º É licito a todos applicar o seu trabalho e industria á producção, á transformação, e ao commercio de quaesquer objectos.

§ unico. Este direito só póde ser limitado por lei expressa, ou pelos regulamentos administrativos auctorisados por lei.

Art. 568.º Mas se qualquer, no exercicio do seu direito de trabalho e industria, lesar os direitos de outrem, será responsavel, na conformidade das leis, pelos damnos que causar.

Art. 569.º O producto ou o valor do trabalho e industria licitos de qualquer pessoa é propriedade sua, e rege-se pelas leis relativas á propriedade em geral, não havendo excepção expressa em contrario.

O codigo, dando a maior importancia ao trabalho, como fonte de riqueza e de producção, estabelece providencias especiaes para regular a applicação das faculdades intellectuaes nas suas variadas manifestações, ou se trate de obras litterarias, dramaticas e artisticas, ou se trate de inventos industriaes.

N'outra parte trata o codigo das disposições que regem a applicação do trabalho material. N'este titulo expõe as regras applicaveis ao trabalho intelligente, á propriedade e garantias d'esse trabalho.

Em dois capitulos se divide este titulo, tratando-se n'um do trabalho litterario e artistico, e n'outro do trabalho applicado aos inventos.

Abre o codigo secções especiaes para tratar dos direitos dos auctores dramaticos, da propriedade artistica e dos inventos. Das obras litterarias propriamente dictas occupa-se nas secções I, IV e V do capitulo I, de envolta com as outras especies de propriedade litteraria em geral: contém porém n'essas secções os preceitos necessarios para determinar os direitos do auctor de propriedade litteraria propriamente dita.



No capitulo 1.º d'este titulo inscrevem-se quatro principios, que são, para assim dizer, a introducção e a base de todas as disposições consignadas no resto do titulo. Esses principios são os seguintes: 1.º, a todos e a cada um de per si é licito applicar as suas faculdades á producção, transformação e ao commercio de quaesquer objectos; 2.º, o producto d'este trabalho licito é propriedade do seu auctor nos termos da lei, que rege a propriedade em geral, salvo excepção expressa em contrario; 3.º, este direito ao trabalho não tem outros limites, senão os que lhe forem traçados por lei expressa ou pelos regulamentos auctorisados por lei; 4.º, quem no exercicio do direito ao trabalho lesar os outros é responsavel civil e criminalmente pelos damnos que causar.

O codigo, permittindo que a limitação do direito ao trabalho possa provir de regulamento auctorisado por lei, previne a hypothese de ser auctorisado o poder executivo pelo poder legislativo a providenciar sobre a execução d'estas differentes especies de trabalho, execução que exige muitas e variadas disposições, que nem sempre é possivel inserir nas leis, e que se delegam ao prudente arbitrio do poder executivo.

O que o codigo não permitte são limitações ao direito do trabalho por simples auctoridade do poder administrativo, sem que este seja para isso expressamente auctorisado pelo poder legislativo.

## CAPITULO II

### DO TRABALHO LITTERARIO E ARTISTICO

### SECÇÃO I

#### DO TRABALHO LITTERARIO EM GERAL

Art. 570.º É licito a todos publicar pela imprensa, lithographia, arte scenica ou outra arte similhante, qualquer trabalho litterario seu, independentemente de censura prévia, de caução ou de alguma restricção mais, que directa ou indirectamente embarace o livre exercicio d'este direito, sem prejuizo da responsabilidade a que ficam sujeitos em conformidade da lei.

§ unico. O disposto n'este artigo é applicavel ao direito de traducção.

(Vid. artigo 1187.º) A doutrina d'esta secção desde o artigo 570.º até ao artigo 640.º é em quasi toda a parte objecto de leis especiaes. O nosso codigo porém não quiz limitar-se a reconhecer o direito de propriedade sobre os productos do talento e da industria; e entrou n'alguns desenvolvimentos que teriam effectivamente melhor cabimento em legislação especial.

Dois pontos muito importantes regula esta secção. A primeira parte é destinada a definir o exercicio da liberdade de imprensa, e a segunda a estatuir sobre a propriedade litteraria.

Este artigo é consagrado exclusivamente ao primeiro ponto.

Quanto á publicação pela imprensa tão favorecidos são os auctores portuguezes como os estrangeiros. Em Portugal todos tem o mesmo direito sobre este objecto sem distincção de nacionalidade.

Quanto á propriedade litteraria são mais favorecidos os auctores portuguezes do que os estrangeiros, e ainda se reconhece no codigo o deploravel principio da reciprocidade sobre propriedade litteraria. Mas na manifestação e publicação do pensamento a liberdade é a mesma para todos. Esta doutrina do codigo, que era já a do projecto primitivo, é eminentemente liberal — liberdade de publicação, — responsabilidade pelos abusos. É a lei de 17 de maio de 1866, a reguladora da liberdade de imprensa, que acabou com todas as cauções e restricções estabelecidas para a imprensa periodica pela legislação anterior, e que estabeleceu apenas as condições indispensaveis para se verificar a responsabilidade por quaesquer abusos da mesma liberdade.

Esta lei não alterou o processo estabelecido pela legislação anterior, que ficou sendo o mesmo.

O artigo 570.º contém exactamente a mesma doutrina da lei de 17 de maio de 1866, isentando qualquer publicação ou traducção de censura previa, caução ou restricção. Em vista do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 o codigo revogou toda a legislação anterior sobre liberdade de imprensa, tanto geral como especial, salvas as leis sobre processo e sobre penas, de que o codigo não se occupou.

Assim, ainda hoje subsiste o principio das nossas leis de liberdade de imprensa que, para haver publicidade, exige a distribuição ou exposição á venda de certo numero de exemplares da obra, etc.

Nesta materia fez a commissão revisora importantes alterações, approvando as seguintes conclusões, que se encontram nas actas das suas sessões de 8 e de 11 de março de 1861, e nas notas ao artigo 652.º do projecto de 1863:

«1.º Que o direito do auctor nacional ou estrangeiro á reproducção da sua obra envolve o de traducção; mas o direito dos estrangeiros á traducção das suas obras não se estende em Portugal alem de dez annos, e para isso é necessario que o tenham exercido antes de findar o terceiro anno da publicação; 2.º, que o traductor, a quem o auctor da obra tiver cedido o direito de traducção tem sobre ella o mesmo direito que o auctor, salva convenção em contrario; 3.º, que o traductor nacional ou estrangeiro de obra, que tenha caido no dominio publico, gosa do direito exclusivo de reproducção da sua traducção por trinta annos, salvo a outro qualquer o direito para a traduzir; 4.º, que aos estrangeiros que publicarem qualquer obra em Portugal ou no estrangeiro é reconhecido o mesmo direito, que é reconhecido aos nacionaes, se no seu paiz se reconhecer o mesmo principio com relação aos portuguezes. (Votaram contra a clausula de reciprocidade os srs. Levy e Soure; e declarou-se que não se fallava em especial do direito dos estrangeiros sobre as obras publicadas em Portugal, por estarem comprehendidos na mesma regra que os auctores portuguezes); 5.º, que a propriedade da obra, que tiver por auctor mais de um individuo que n'ella tenha collaborado, com o mesmo titulo e em seu nome pessoal, permanecerá na pessoa de todos elles, e se estenderá quanto ao primeiro periodo da sua duração até á morte do ultimo, que sobreviver; mas que, se em vez de tomarem parte na obra a titulo igual de co-auctores, muitos escriptores forem empregados na collaboração de uma obra collectiva, emprehendida e redigida por uma só pessoa, terminará com a morte d'essa pessoa esse primeiro periodo; 6.º, que as disposições que regem as obras publicadas com o nome do auctor, são applicaveis ás anonymas ou pseudonymas, uma vez provada a existencia do auctor ou de seus herdeiros e representantes; 7.º, que a obra manuscripta é propriedade de quem a compoz, e não póde ser publicada sem o seu consentimento; 8.º, que no caso de estar esgotada a edição da obra já publicada, mas ainda não caida no dominio publico, e do seu proprietario não querer fazer nova edição, deve admittir-se a expropriação; 9.º, que no caso de expropriação deve haver indemnisação; 10.º, que o direito de expropriação sómente póde ser exercido pelo estado; 11.º, que as regras para esta expropriação e indemnisação sejam comprehendidas nas regras da expropriação em geral».



Com relação á mulher casada, auctora de quaesquer escriptos, tambem a commissão revisora inseriu uma disposição nova, que se encontra no artigo 1187.º

Este artigo não vinha no projecto primitivo, mas sob proposta do sr. Seabra é que foi introduzido pela commissão revisora, e approvado depois de viva impugnação; porque apresentado em sessão de 16 de janeiro de 1862, foi adiado para depois da votação de outro artigo; posto de novo á votação em sessão de 20 do mesmo mez não houve vencimento, e foi approvado a final em sessão de 23, declarando o sr. Marreca que votava contra.

Não se deprehende porém das actas das respectivas sessões se a impugnação tinha por fundamento o negar completamente á mulher o direito de publicar os seus escriptos sem consentimento do marido, impedindo-a de recorrer ao poder judicial; ou se tinha por fim conceder á mulher o direito de fazer quaesquer publicações, independentemente da auctoridade do marido.

A especie de censura previa que se commette ao marido; e, no caso de recusa d'este, ao poder judicial, pouco se compadece com os principios liberaes.

Se a mulher para a alienação dos bens mobiliarios proprios não carece de licença do marido, artigo 1128.º, por maioria de rasão não deveria ser necessario o consentimento do marido para a publicação de quaesquer escriptos, visto que nada ha mais *proprio* do que o producto do trabalho intellectual, e o marido póde ser inteiramente destituido de competencia para apreciar o valor dos escriptos da mulher.

**Art. 571.º É permittido a todos publicar as leis e regulamentos, e quaesquer outros actos publicos officiaes, conformando-se pontualmente com a edição authentica, se esses actos já tiverem sido publicados pelo governo.**

O codigo nas palavras *«quaesquer outros actos publicos officiaes»* que substituem as palavras *«quaesquer actos judiciaes ou governativos»* do projecto primitivo, comprehende os julgados dos tribunaes civis, criminaes, commerciaes, fiscaes, militares, ecclesiasticos, administrativos, etc.

Não é propriedade exclusiva do estado a publicação das leis e mais peças officiaes. O direito de publicar estes actos officiaes é amplissimo. É igual o direito de os publicar, ou isoladamente ou em collecção, o que não acontece com os discursos proferidos officialmente, que não podem ser publicados em collecção, senão pelo auctor, ou com licença d'elle.

A unica condição que se impõe ao direito, que têem os particulares de publicar estes actos officiaes, é a de se conformarem com a edição do governo, se este os tiver mandado já publicar.

Se os particulares anteciparem a sua publicação á publicação official, incorrem na responsabilidade legal, se não reproduzirem fielmente o acto publico. É porém a sua liberdade de publicação completa, ainda que o governo não tenha feito a publicação official.

Effectivamente os jornaes de jurisprudencia estão publicando todos os dias sentenças da primeira e da segunda instancia, que não tiveram nem costumam ter publicação official, e bem assim portarias e ordens ineditas do governo.

Art. 572.º São comprehendidos na disposição do artigo antecedente os discursos feitos nas camaras legislativas, ou quaesquer outros proferidos officialmente. A collecção porém dos discursos ou de uma porção de discursos de certo e determinado orador, só póde ser feita por elle, ou com licença sua.

Art. 573.º As prelecções dos mestres e professores publicos, e os sermões, não podem ser reproduzidos por outrem, que não seja o seu auctor, senão em fórma de extractos, nunca integralmente, salvo com permissão sua.

Os discursos proferidos nas camaras legislativas, nas juntas geraes de districto, ou de outro qualquer modo official, são do dominio publico, e podem ser publicados isoladamente.

Podem tambem ser publicados em collecção, se se referem a mais de um orador, como se infere *a contrario sensu* do disposto na segunda parte do artigo. E mesmo os discursos de um certo e determinado orador podem ser publicados em collecção sem licença d'elle, se forem publicados em extracto, por argumento do artigo 573.º, onde se permitte a reproducção em extracto de alguns discursos, em cuja publicação não ha tanta liberdade, como na publicação dos discursos proferidos officialmente.

Assim conciliam-se, quanto possivel, os direitos de propriedade sobre os productos da intelligencia com os direitos da nação, a quem pertence tudo quanto se diz na reunião dos seus representantes, ou de quaesquer delegados da sua soberania.

A redacção do artigo 572.º, sujeitando a publicação dos discursos officiaes ás disposições do artigo precedente sem restricção alguma, prova que a mente do legislador foi obrigar os que fizessem publicação dos discursos a conformarem-se com o discurso publicado na folha official.

É pois amplissimo o direito de publicar os discursos officiaes isoladamente, conformando-se porém quem os publicar com os que vierem na folha official, se ahi estiverem já publicados.

Já não é tão amplo o direito de publicar os sermões e prelecções dos professores publicos, que só em *extracto*, e não textualmente podem ser publicados por terceiro, que todavia não é inhibido de publicar esses extractos *em collecção*.

Sustentam alguns que as restricções impostas á publicação nos termos do artigo 573.º, se fundam, quanto ao sermão, no perigo de se propagarem, por erro ou por dolo, doutrinas contrarias ao dogma e á moral, e quanto aos professores publicos, no perigo de se lhes attribuirem doutrinas e principios contrarios ás suas opiniões e á sã philosophia, com prejuizo da sciencia ou da arte, e da sua propria reputação.



Estas restricções porém são injustificaveis. Quem falla do alto da tribuna sagrada ou profana, falla para todos; a todos deve ser licito aproveitar e reproduzir as suas doutrinas; e contra a reproducção infiel tem o auctor sempre aberto o direito de reclamar.

Desde que se permitte a publicação em *extracto*, onde é muito mais difficil reproduzir com fidelidade o pensamento do auctor, não é logico prohibir a reproducção na integra.

Art. 574.º A obra manuscripta é propriedade de seu auctor, e não póde em nenhum caso ser publicada sem consentimento d'este.

Art. 575.º As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão de seus auctores, ou de quem os represente, excepto se for para ajuntar a algum processo.

(Vid. artigo 610.º) O artigo 574.º foi introduzido todo de novo pela commissão revisora. A este respeito nada providenciava o projecto primitivo.

Desde este artigo até ao artigo 586.º declaram-se os direitos, a que dá logar a propriedade litteraria. É pena que o codigo não podesse emancipar-se das tradições de antigas escolas, proclamando para a propriedade immaterial, a mesma extensão e effeitos que a lei concede á material. Reconhecendo o codigo a propriedade litteraria, mau foi que a não reconhecesse de uma maneira completa.

Para os effeitos juridicos distingue-se o producto da intelligencia, antes de publicado, do producto da intelligencia depois de publicado. O não publicado é propriedade exclusiva do auctor, não póde vir a lume sem o seu consentimento em vida, ou sem o consentimento dos herdeiros depois da sua morte.

Os herdeiros podem dar á luz essas obras, apesar do silencio do artigo, não só em vista dos principios geraes de direito, mas pelo que se infere do disposto nos artigos 583.º a 585.º

É de tal maneira garantida a propriedade da obra manuscripta, que nem para ajuntar a processo póde ser publicada sem licença do auctor, como indicam as palavras «*em nenhum caso*», e claramente se infere do disposto no artigo 610.º

Quanto ás cartas o projecto primitivo estabelecia doutrina differente da que se encontra no codigo. Declarava as cartas missivas propriedade das pessoas a quem se dirigiam; e só com relação ás confidenciaes é que não permittia a publicação sem licença dos auctores.

A commissão revisora porém decidiu, que nenhuma carta, fosse ou não confidencial, poderia ser publicada sem permissão dos auctores, salvo para ajuntar a algum processo judicial, como meio de prova, e n'este caso até para as confidenciaes se dispensa o consentimento dos auctores.

O sr. Ferreira Lima propoz em sessão da commissão revisora de 2 de novembro de 1864, que a excepção consignada no artigo 575.º se limitasse ao caso de intervir no processo o auctor ou quem o representasse; mas não foi approvada a proposta.

A transgressão dos preceitos contidos n'estes artigos não sujeita á responsabilidade criminal.

O projecto primitivo no artigo 695.º, correspondente ao artigo 610.º do codigo, impunha aos que publicassem, sem permissão do auctor, missivas confidenciaes (unicas cuja publicação era prohibida sem li-

cença do auctor) as penas comminadas aos que violam o segredo das cartas, alem da responsabilidade por perdas e damnos.

A commissão revisora porém apenas impõe responsabilidade por perdas e damnos, artigo 610.º, aos que transgredirem os preceitos dos artigos 574.º e 575.º, sem que esta transgressão possa sujeitar os seus auctores a procedimento algum criminal.

No entretanto aquella mesma responsabilidade difficilmente se tornará effectiva pela quasi impossibilidade de liquidar as perdas e damnos, a que póde dar logar a publicação de um manuscripto, ou de uma missiva, sem permissão do auctor.

Em vista do artigo 574.º se for requerida a juncção a algum processo de manuscripto sem licença do auctor, não deve o juiz deferir ao requerimento; e, se o requerimento for deferido, não devem os juizes ter em attenção o documento para a apreciação das provas.

A juncção do documento n'estas condições é nulla, vista a disposição do artigo 10.º

Art. 576.º O auctor portuguez de um escripto publicado pela imprensa, lithographia, ou por qualquer outro modo similhante em territorio portuguez, gosa durante a sua vida da propriedade, e do direito exclusivo de reproduzir e negociar a sua obra.

§ 1.º Os auctores de quaesquer escriptos têem todavia o direito de citar-se reciprocamente, e de copiar os artigos, ou passagens, que fizerem a bem do seu proposito, comtantoque indiquem o auctor, o livro ou o periodo a que as citações ou os artigos pertencem.

§ 2.º Os artigos inseridos primitivamente nos periodicos, ou como parte de alguma obra ou collecção, podem ser impressos por seus auctores, não havendo estipulação em contrario.

(Vid. artigos 578.º, 579.º, 582.º, 583.º e 584.º) O auctor portuguez de um escripto publicado em territorio portuguez, tem a propriedade d'elle durante a sua vida, e gosam d'ella os seus herdeiros ou representantes durante o periodo de cincoenta annos depois da sua morte, artigo 579.º Pela legislação anterior á promulgação do codigo a propriedade durava tambem toda a vida do auctor, mas depois só se conservava em poder dos seus representantes durante trinta annos. O codigo porém torna este augmento de vinte annos immediatamente effectivo, mesmo com relação aos herdeiros, que tivessem já vendido a sua obra, artigo 584.º, de modo que estes podem pedir ao comprador a importancia do preço correspondente a esta melhoria na duração da propriedade.

A propriedade litteraria devia ter a mesma duração, e ser transmissivel de geração em geração, como a material. A propriedade não muda de natureza por ser distincta a materia e a origem dos productos, a que se applica.

Com rasão diz um distincto escriptor: «A propriedade mais nobre é de todas a menos protegida. O mais ignaro artista póde transmittir de geração em geração o producto do seu trabalho o mais facil e singelo, e o maior sabio do mundo ou os seus descendentes não gosarão exclusivamente dos fructos da sua intelligencia senão por um breve praso. Se o sentimento da propriedade é o estimulo do trabalho, e se o direito hereditario alimenta este sentimento, avalie-se quanta protecção falta á intelligencia por não ser declarada perpetua a propriedade dos seus productos.»



É verdadeira esta doutrina, e acceitavel praticamente sob todos os aspectos. A propriedade litteraria que, como tantos outros direitos, começou a apparecer sob a fórma de privilegio, e que hoje não tem garantias juridicas senão com grandes restricções, ha de acabar a sua progressão historica e racional, collocando-se nas mesmas condições juridicas da propriedade material.

É para notar que o codigo exija, e cumulativamente, os dois seguintes requisitos para garantir a propriedade litteraria: 1.º, que o auctor seja portuguez; 2.º, que a publicação se faça em territorio portuguez.

O projecto primitivo exigia só esta ultima condição, a qual nós já condemnavamos. Pois não se ha de garantir a propriedade litteraria pelos principios de direito, independentemente de convenção internacional, ao portuguez que mandar imprimir, ou pela barateza do preço, ou por outra qualquer circumstancia, n'uma imprensa estrangeira? Não descobrimos rasão plausivel para esta restricção, especialmente tendo-se estabelecido o principio, de que os moveis estão sujeitos ás leis, que regem o domicilio do proprietario.

A commissão revisora porém aggravou a restricção posta no projecto primitivo, não garantindo a propriedade litteraria ao estrangeiro que publicar qualquer obra em Portugal ou no estrangeiro, salvo se no seu paiz os portuguezes gosarem do mesmo direito, artigo 578.º

Julgâmos abaixo de toda a critica a disposição do artigo 578.º, e os principios ou motivos em que assenta. Contra esta clausula restrictiva votaram, como já vimos, os srs. Soure e Levy em sessão da commissão revisora de 8 de março de 1861.

O projecto primitivo era n'esta parte incomparavelmente mais liberal, porque tratava com maior favor os auctores estrangeiros, sem fazer depender estas vantagens do principio da reciprocidade.

Provavelmente a commissão revisora persuadiu-se de que a disposição do artigo 578.º seria um meio de levar ás convenções litterarias algumas nações, com quem mais nos convem faze-las, e que a isso se recusam.

Esta doutrina restrictiva é alem d'isso contraria ao justo principio, consignado no artigo 26.º, em virtude do qual os direitos dos estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, na falta de tratados, são precisamente os mesmos dos cidadãos portuguezes.

Aindaque no paiz estrangeiro as vantagens da propriedade litteraria sejam muito menores do que as reconhecidas pela lei portugueza, o simples facto de n'esse paiz serem tão considerados os portuguezes como os nacionaes, garante a estes o direito de gosarem em Portugal dos mesmos favores que os portuguezes. É a doutrina que resulta do disposto no artigo 578.º, e que mais se conforma com as resoluções da commissão revisora, que deixâmos transcriptas em a nota ao artigo 567.º

No § 2.º d'este artigo 576.º estabelece o codigo o principio de que os artigos, mandados para os jornaes, ou sejam avulsos ou para fazer parte de alguma collecção, pertencem em propriedade, não ao dono do periodico, mas ao seu auctor.

A doutrina d'este e dos cinco artigos seguintes é applicavel tanto aos auctores, como aos editores, para quem os autores passaram as obras, artigo 582.º, e que os representam nos seus direitos e obrigações.

O periodo dos cincoenta annos, porém, conta-se sempre desde a morte do auctor, e não da do editor, e com rasão, porque tudo poderá transmittir-se, menos a duração da vida; e é a contar da morte do auctor que se contam os cincoenta annos, que ainda deve durar a propriedade litteraria.

É igualmente applicavel esta doutrina tanto ás obras publicadas com o nome do auctor, como ás anonymas, ou pseudonymas, logoque se reconheça a existencia do auctor ou dos seus representantes, artigo 583.º, porque a obra anonyma com auctor reconhecido equivale a obra publicada com o nome do auctor.

As obras *anonymas* distinguem-se porém das *pseudonymas*, em que aquellas são como se não tivessem pae, e, estas tem um supposto auctor, mas é muitas vezes conhecido o nome do verdadeiro auctor: assim ninguem ignora que *Filinto Elysio* é Francisco Manuel do Nascimento.

Art. 577.º Nos direitos de auctor, a que se refere o artigo antecedente, comprehende-se tambem o direito de traducção. Mas, se o auctor for estrangeiro, não gosará em Portugal d'este direito alem de dez annos, contados desde a publicação da sua obra, e uma vez que o uso d'elle comece antes de findo o terceiro anno da dita publicação.

§ 1.º No caso de cessão, todos os direitos do auctor se transmittem ao traductor, salva estipulação em contrario.

§ 2.º O traductor, quer seja portuguez, quer estrangeiro, de obra que tenha caído no dominio publico, gosa durante trinta annos do direito exclusivo de reproduzir a sua traducção, salva a qualquer outro individuo a faculdade de traduzir de novo a mesma obra.

No artigo regula-se o direito de traducção da *propria* obra, e nos §§ o direito de traducção de obra que não é propria. Nos direitos, que tem o auctor de reproduzir a sua obra, comprehende-se o de a traduzir. Nem aqui faltou expressar a clausula mesquinha de restringir o direito do estrangeiro á traducção de suas obras até o praso de dez annos, e ainda assim com a condição de começar a traducção antes de findo o terceiro anno a contar da publicação.

Esta disposição restrictiva, porém, é subordinada ao disposto no artigo 578.º Se no paiz do auctor estrangeiro os portuguezes forem equiparados aos naturaes, gosará aquelle em Portugal, quanto á traducção da obra, dos mesmos direitos que o portuguez.

O auctor portuguez pois, que publica uma obra em territorio portuguez, póde traduzi-la em qualquer tempo, e ficar com a propriedade da traducção. O estrangeiro a quem é permittida tanto a publicação, como a traducção, não póde fazer esta senão dentro de dez annos, começando os trabalhos dentro de tres annos, tudo a contar da publicação!

Quem analysar grammaticalmente e comparar a disposição do artigo 577.º com a do artigo 576.º, tira em conclusão a doutrina absurda, de que o estrangeiro não gosa em Portugal da propriedade da obra que publica, mas que, se a traduzir depois, gosa da propriedade da traducção durante dez annos! Não póde gosar de propriedade sobre o original, mas gosa d'ella sobre a traducção!



Verdade seja que a doutrina do artigo 576.º deveria ser applicavel a todos os que publicassem qualquer obra em territorio portuguez, ou fossem portuguezes ou estrangeiros: 1.º, porque era essa a doutrina do projecto primitivo (ainda que n'esta parte a commissão revisora lhe fez bastantes alterações, todas em sentido anti-liberal); 2.º, porque entre as resoluções da commissão revisora, de que démos noticia, ha uma em que se declara que o direito do auctor nacional ou *estrangeiro* á reproducção da sua obra, envolve o da traducção, e outra em que se decide não fallar em especial do direito dos estrangeiros sobre as obras publicadas em Portugal, *por estarem comprehendidos na mesma regra* que os auctores portuguezes; 3.º, porque fallando o artigo 577.º dos direitos do auctor á traducção da sua obra, falla dos direitos do auctor a *que se refere o artigo antecedente*.

No entretanto as boas regras de interpretação juridica levam-nos á conclusão, que pozemos; porquanto no projecto de 1864, a que serviram de base as resoluções tomadas, e que precede immediatamente o projecto de 1865, que foi presente ás côrtes, e convertido em lei com ligeiras e insignificantes alterações, o artigo correspondente ao artigo 577.º do codigo tinha outra collocação, achando-se escripto em seguida ao artigo correspondente ao artigo 570.º do codigo, e porque o artigo correspondente ao artigo 578.º do codigo era redigido nos seguintes termos: «O auctor não portuguez que publicar qualquer obra no reino ou em paiz estrangeiro, é em tudo equiparado aos auctores nacionaes, uma vez que no paiz do primeiro se concedam aos escriptores portuguezes vantagens iguaes ás que a elle se concedem em Portugal.»

Portanto parece-nos evidente em vista do codigo, que o estrangeiro, comquanto tenha a liberdade plena da publicação em Portugal, e o direito de traducção nos termos d'este artigo, não gosa da propriedade litteraria, salvo sobre a traducção.

O projecto de 1864 no artigo correspondente ao artigo 576.º do codigo, fallava de auctor em geral, e não de auctor *portuguez*, mas logo no artigo immediato, correspondente ao artigo 578.º do codigo, se exprimia nos termos que deixâmos expostos, e que mostram até á evidencia que o codigo negou a propriedade litteraria aos estrangeiros, salvo o caso de reciprocidade.

Mas o codigo dando outra redacção ao artigo 578.º, assentou no artigo 576.º claramente o principio de que o direito de propriedade litteraria era garantido ao auctor portuguez, e deixou de mencionar o auctor estrangeiro.

Para em tudo ser singular o codigo, que no artigo tanto restringe ao estrangeiro o direito sobre a traducção da obra que publica, dá-lhe todavia, § 2.º, o direito exclusivo de reproduzir durante trinta annos a traducção de obra alheia, que se tenha tornado do dominio publico, e conseguintemente o direito de propriedade durante trinta annos sobre esta traducção!

As palavras «*no dominio publico*» significam que já decorreu depois da publicação da obra o tempo preciso para o auctor e seus herdeiros terem perdido a propriedade d'ella, que já não pertence exclusivamente a ninguem, mas a todos, como cousa publica.

Conseguintemente é claro que o auctor estrangeiro não gosa do direito de propriedade sobre o original da sua obra em Portugal; gosa porém do direito de traducção sobre a obra traduzida que não é sua, vista a disposição do artigo e § 2.º

Se a traducção não for de obra propria, mas se o auctor tiver cedido esse direito, fica o traductor com os mesmos direitos que o auctor,

isto é, com os fixados no artigo antecedente e n'este, segundo o auctor é portuguez ou estrangeiro.

Se porém a traducção não for de obra propria, nem tiver sido cedido o direito de traduzir pelo auctor, mas for de obra estranha que tenha caido no dominio publico, o direito do traductor dura só trinta annos, e não obsta a que outro individuo faça nova traducção sua, que não seja copia d'aquella.

Art. 578.º É equiparado aos auctores portuguezes o escriptor estrangeiro, em cujo paiz o auctor portuguez for equiparado aos nacionaes.

Art. 579.º Depois da morte de qualquer auctor conservam os seus herdeiros, cessionarios ou representantes o direito de propriedade, de que trata o artigo 576.º, por espaço de cincoenta annos.

(Vid. nota ao artigo 576.º)

Art. 580.º O estado, ou quaesquer estabelecimentos publicos, que fizerem publicar por sua conta alguma obra litteraria, gosarão do sobredito direito por espaço de cincoenta annos, contados desde a publicação do volume ou fasciculo que completar a obra.

§ unico. Se esta consistir em collecção de escriptos ou memorias sobre diversos assumptos, os cincoenta annos serão contados desde a publicação de cada volume.

Como o direito da propriedade immaterial é limitado, marca o codigo o periodo de cincoenta annos para gosarem d'este direito os estabelecimentos publicos, vistoque a duração d'estes é perpetua ou indeterminada. N'este ponto são tratadas as pessoas moraes com maior favor do que em materia de usufructo, que tanto a estes, como a quaesquer sociedades particulares, é concedido apenas por trinta annos, artigo 2244.º

Quanto á contagem do tempo para o começo dos cincoenta annos deve attender-se á natureza do escripto. Se é trabalho sobre um assumpto determinado, conta-se aquelle periodo desde a publicação do ultimo volume ou partição que completar a obra. Se a obra consiste em collecção de escriptos ou memorias sobre varios assumptos, reputa-se cada collecção uma obra separada, e conta-se o tempo com relação a cada uma desde a sua publicação.

Art. 581.º Quando uma obra tiver mais de um auctor, e cada um d'estes collaborar n'ella sob as mesmas condições, e em seu proprio nome, permanecerá a propriedade da obra nas pessoas de todos os seus co-auctores, e o primeiro periodo da duração d'esta propriedade se estenderá até á morte do ultimo collaborador que sobreviver aos outros, quinhoando porém este os proventos da dita propriedade com os herdeiros dos collaboradores fallecidos, e o segundo periodo começará quando fallecer aquelle ultimo collaborador.



§ unico. Se a obra collectiva, em cuja composição estiver empenhado mais de um escriptor, for emprehendida, redigida e publicada por uma unica pessoa e em nome d'esta, só por morte d'ella começará a contar-se o segundo periodo, a que este artigo se refere.

Este artigo, que não vinha no projecto primitivo, é resultado de uma das resoluções tomadas pela commissão revisora, em sessão de 8 de março de 1861, de que démos noticia em a nota ao artigo 570.º Foi bom providenciar sobre as hypotheses d'este artigo, que são muito frequentes, e d'ellas são prova pratica alguns jornaes juridicos.

Se uma obra é redigida por Pedro, Paulo e Martinho, por morte do ultimo é que começa a contar-se o periodo de cincoenta annos, que dura a propriedade da obra em poder dos herdeiros do auctor. Mas a sociedade ou communhão de propriedade, emquanto ha vivo algum collaborador, subsiste entre este e os herdeiros do fallecido.

Se diversos individuos forem empregados na collaboração de uma obra collectiva emprehendida e redigida por uma só pessoa, terminará com a morte d'essa pessoa esse primeiro periodo.

Se a obra é redigida por Paulo com a collaboração de Pedro e Martinho, que não figuram como emprezarios, os cincoenta annos só começam a contar-se desde a morte de Paulo.

Art. 582.º O que fica determinado nos artigos antecedentes, com relação aos auctores, é applicavel aos editores para quem aquelles houverem transferido a propriedade das suas obras, em harmonia com os respectivos contratos.

§ unico. N'este caso porém o periodo a que se refere o artigo 579.º contar-se-ha desde a morte do auctor.

Art. 583.º As disposições, que regem as obras publicadas com o nome do auctor, são applicaveis tanto ás obras anonymas, como ás pseudonymas, logoque se reconheça e prove a existencia do auctor, ou a dos seus herdeiros e representantes.

Art. 584.º O augmento dado pelo artigo 579.º á duração da propriedade litteraria depois da morte do auctor, duração que era menor na legislação anterior ao presente codigo, reverte em beneficio dos herdeiros do mesmo auctor, embora tenha sido transferida para outrem, em todo ou em parte, a propriedade litteraria dos seus escriptos.

(Vid. nota ao artigo 576.º)

Art. 585.º O editor de obra posthuma de auctor certo gosa dos direitos de auctor, por tempo de cincoenta annos, contados desde a publicação da obra.

Art. 586.º O editor de qualquer obra inedita, cujo proprietario não é já conhecido, nem venha a reconhecer-se legalmente, gosa dos direitos de auctor por espaço de trinta annos, contados desde a completa publicação da obra.

O artigo 586.º é a reproducção fiel do artigo 670.º do projecto primitivo, e o artigo 585.º foi introduzido de novo pela commissão revisora, e talvez por isso não tem grande homogeneidade, nem quanto á redacção nem quanto ao pensamento. Ao passo que o artigo 585.º manda contar o praso da duração da propriedade *desde a publicação da obra*, manda-o contar o artigo 586.º *desde a completa publicação da obra*.

Em nosso entender, esta diversidade de redacção não importa diversidade de idéa. N'um e n'outro caso o periodo da duração da propriedade deve contar-se desde a completa publicação da obra, nos termos do artigo 580.º e § unico.

Se o auctor da obra posthuma é certo, gosa o editor do direito de propriedade por cincoenta annos, como se fôra herdeiro ou representante. Se o auctor da obra posthuma não é conhecido, gosa o editor do direito de propriedade só por trinta annos, que era o praso que o projecto primitivo concedia aos representantes ou cessionarios do auctor no artigo 668.º, correspondente ao artigo 579.º do codigo, doutrina que o codigo conservou com relação ao editor de obra inedita de auctor, que não é conhecido, por tomar do projecto primitivo o preceito do artigo 586.º tal qual ali se achava, sem o accommodar ao novo systema.

Desde que se estabelece para os representantes ou cessionarios do auctor da obra o direito de propriedade por cincoenta annos, devia manter-se este principio invariavelmente com relação ao editor da obra posthuma, que se póde dizer verdadeiro cessionario ou representante do auctor, quer este fosse conhecido, quer não.

Em todo o caso o editor de obra posthuma de auctor conhecido não póde publica-la sem consentimento dos herdeiros d'este, se os tem, vistas as disposições dos artigos 574.º, 575.º e 610.º

Art. 587.º É permittida a expropriação de qualquer obra já publicada, cuja edição esteja esgotada, e que o auctor ou seus herdeiros não queiram reimprimir, quando a referida obra não tenha caido ainda no dominio publico.

§ unico. Só o estado póde expropriar um escripto, precedendo lei que auctorise a expropriação, indemnisando previamente o auctor, e conformando-se em tudo o mais com os principios geraes da expropriação por utilidade publica.

(Vid. artigos 618.º, 2360.º) Em principio geral ninguem póde ser privado da sua propriedade senão por vontade propria, artigo 2358.º Por excepção porém póde ser expropriado, ou em cumprimento de obrigações contrahidas, ou por motivo de utilidade publica, artigo 2360.º

O individuo que pediu uma quantia emprestada, e a não pagou no praso e condições ajustadas, sujeita-se a ver alienados os seus bens por auctoridade da justiça, e a requerimento do credor ou do seu representante, para pagamento da divida. Foi o proprietario verdadeiramente quem se collocou n'esta posição, contrahindo a obrigação, de modo que a expropriação n'este caso não póde dizer-se verdadeiramente forçada, mas uma consequencia da acceitação do proprietario.

Ha tambem a expropriação dos bens materiaes por motivo de utilidade publica. Para esta expropriação ter logar não é preciso verificar a *necessidade*, basta verificar a *utilidade* publica. Assim o terreno do particular póde tornar-se de conveniencia para a abertura de uma estrada, para a construcção de um edificio publico, etc.



A expropriação por utilidade publica funda-se na presumpção de que todos os que vivem na sociedade civil quizeram obrigar-se a concorrer com qualquer sacrificio pessoal para o bem geral, sacrificio que se attenua consideravelmente com a previa indemnisação que as leis garantem.

Se algumas vezes o interesse particular póde tambem determinar a expropriação forçada, como nas hypotheses dos artigos 464.º e 2328.º, é porque n'este caso o interesse particular se confunde, para assim dizer, com o interesse geral.

O codigo não regula a fórma da expropriação em nenhum dos dois casos, que é isso mais proprio da lei do processo; e por isso a commissão revisora eliminou do projecto primitivo todas as disposições que regulavam a expropriação por utilidade publica, remettendo para a legislação especial, § unico do artigo 2360.º

A legislação sobre expropriações por utilidade publica, vigente ao tempo da promulgação do codigo, e que continua ainda em vigor, vem a ser as leis de 23 de julho de 1850, 17 de dezembro de 1857, 8 de junho de 1859, 13 de julho de 1864, e decreto de 31 de dezembro de 1864, artigos 31.º e 34.º

O modo de expropriar os predios dos particulares em cumprimento de obrigações contrahidas está regulado na nossa lei de processo sobre execuções.

A propriedade immaterial, tanto a propriedade litteraria, propriamente dita, como a propriedade dos inventos, artigo 618.º, está tambem sujeita á expropriação por utilidade publica. A verdade porém é que n'este caso a propriedade immaterial gosa de muito maior favor do que a propriedade material, porque a expropriação não póde ser ordenada por simples decreto do governo, como na propriedade material. É sempre necessaria lei especial que auctorise a expropriação.

Não póde ter logar tambem esta expropriação senão quando já não houver exemplares á venda, e o auctor, os seus cessionarios ou representantes se recusem á reimpressão. N'estas circumstancias não seria justo que por um capricho dos donos da obra ficasse privado o publico das idéas n'ella contidas.

Por analogia deve ser permittida a expropriação, quando os donos da obra deixarem de a reimprimir, não por não *quererem*, mas por não *poderem*.

Desde que a obra caiu no dominio publico, por ter decorrido o praso do goso exclusivo da propriedade, que a lei concede ao auctor e seus herdeiros, escusada é já a expropriação, porque tanto ao estado como a qualquer particular é licito reimprimi-la sem offensa de ninguem.

A propriedade litteraria e a propriedade dos inventos, assim como podem ser expropriadas por utilidade publica, poderão tambem ser expropriadas em cumprimento de obrigações contrahidas? Indubitavelmente. Não ha lei que as exceptue da penhora, e o artigo 590.º sujeita a propriedade litteraria a todas as regras relativas á propriedade movel, salvas as modificações que pela sua natureza especial a lei *expressamente* lhe imponha.

Deve notar-se que da acta da sessão da commissão revisora de 11 de março de 1861 consta que os srs. Seabra e José Julio de Oliveira Pinto votaram contra a expropriação da propriedade litteraria. No entretanto não vemos inconveniente, antes vantagem, em que se applique á propriedade litteraria o principio de expropriação nos restrictos termos em que é reconhecido no artigo 587.º

A expropriação, mesmo nas condições em que é permittida, difficilmente ha de verificar-se, porque os donos de uma obra, que é estimada pela utilidade geral, nem renunciarão aos lucros que lhes possa importar a reproducção, nem deixarão de obter meios, se os não tiverem, para realisar essa reproducção. Pela nossa legislação, regulamento de 30 de junho de 1870, artigo 2.º, não são sujeitos á contribuição de registo os actos de transmissão de propriedade litteraria ou artistica.

Art. 588.º O editor de uma obra, quer inedita, quer impressa, mas ainda não caída no dominio publico, não póde alterar-lhe ou modificar-lhe o texto, durante a vida do auctor ou dos seus herdeiros; e deve conservar o titulo da obra que o auctor lhe deu, e o nome d'este, salvo estipulação em contrario.

Art. 589.º O editor, que contratou a publicação de uma obra, é obrigado, na falta de estipulação em contrario, a começar a publicação dentro de um anno, contado desde a data do contrato, e a proseguil-a regularmente, sob pena de pagar perdas e damnos á pessoa com quem contratou.

§ unico. O editor, que contratou edições successivas de uma obra, não póde interromper a publicação d'ellas, excepto quando provar que ha obstaculo insuperavel á extracção da obra.

Estes artigos, resultado de propostas apresentadas pelo sr. Marreca na sessão da commissão revisora acima referida, têem por fim dar algumas garantias aos auctores contra os editores, que, aproveitando-se da falta de meios, que têem em regra aquelles para publicarem as suas obras, lhes impõem as mais desarrasoadas condições, e faltam depois a todos os ajustes.

O codigo nas palavras «*durante a vida do auctor ou dos seus herdeiros*», empregadas no artigo 588.º, refere-se á vida do auctor e a mais cincoenta annos depois da sua morte, que é quando acaba o privilegio da propriedade litteraria.

O sr. Bruschy, distincto jurisconsulto, reputa inconveniente a disposição, que permitte ao editor alterar o texto e substituir o nome do auctor e o titulo da obra, depois da morte do auctor ou dos seus herdeiros, ou depois de ella ter caído no dominio do publico. Effectivamente a substituição ou occultação do nome e do titulo não podem servir senão para habilitar o editor a enganar o publico.

Art. 590.º A propriedade litteraria é considerada e regida como qualquer outra propriedade movel, com as modificações que, pela sua natureza especial, a lei expressamente lhe impõe.

(Vid. nota ao artigo 376.º)

Art. 591.º Nos casos de herança jacente não succede o estado na propriedade dos escriptos, e todos poderão publical-os e reimprimi-los, salvo os direitos dos credores da herança.



(Vid. artigos 2006.º, 1663.º e 1969.º n.º 6.º) A fazenda nacional, artigo 1969.º n.º 6.º, ou o estado, artigo 2006.º, é o successor de todos os bens vagos. Succede na falta de herdeiros testamentarios e legitimos, ou no caso de herança jacente, que não pertence a ninguem, e que por direito de soberania deve pertencer á sociedade, de quem o estado é representante. Este principio é universalmente recebido, e tem a vantagem de evitar perturbações e conflictos, que surgiriam de pertencerem os bens vagos ao primeiro occupante.

Com relação aos bens immoveis deve guardar-se o que estabelecer a lei da situação; e por isso deverá succeder o paiz da situação ou o da nacionalidade, segundo a lei que reger no respectivo territorio. Ha porém duas excepções ao principio geral, de que o governo succede nos bens vagos.

É a primeira relativa ás obras litterarias. Na falta de herdeiros ou representantes do auctor não succede o estado no direito de propriedade dos escriptos. N'este caso deixam de ser propriedade exclusiva de pessoa alguma, caem no dominio publico, e qualquer póde publica-los e reimprimi-los, salvo o direito dos credores que, até se pagarem, podem exigir todos os interesses e todo o producto da venda da obra.

A outra excepção é relativa á successão dos prazos.

Por direito antigo era muito questionado, se, morrendo o foreiro sem herdeiros testamentarios ou legitimos, havia de devolver-se o prazo fateosim ao senhorio, que aliás teria direito á devolução, se o prazo fosse de vidas, ou havia de devolver-se ao estado, como successor em todos os bens vagos.

Nós sustentámos sempre, em face do direito velho, que o prazo fateosim, na falta de herdeiros do foreiro, devia pertencer ao estado, visto não haver disposição especial de lei, que o inhibisse de succeder n'este caso. O codigo porém cortou por uma vez a questão, determinando no artigo 1663.º que, na falta de herdeiros testamentarios ou legitimos do foreiro, se devolvesse o prazo ao senhorio.

Dá-se n'este caso a especialidade de ter o auctor da herança dois successores differentes, o senhorio que succede nos bens foreiros, e o estado que succede em todos os outros bens hereditarios.

Porém ainda n'este caso o *legitimo* herdeiro é o estado, é elle quem succede *in universum jus*, e quem representa o auctor da herança em todos os direitos e obrigações, que não recáiam sobre os bens foreiros.

O senhorio apparece n'este caso como successor singular, emquanto á natureza do direito hereditario, mas os bens foreiros hão de responder proporcionalmente pelos encargos da herança, que não podem recair todos sobre o estado.

O codigo dá apenas ao senhorio o direito de succeder n'aquelles bens, mas sem nenhum privilegio ou qualidade, que o dispense de contribuir para as despezas da herança *pro rata* do valor dos mesmos bens

Art. 592.º A propriedade litteraria é imprescriptivel.

(Vid. nota ao artigo 368.º)

Art. 593.º Não é reconhecida a propriedade dos escriptos prohibidos por lei, e que por sentença forem mandados tirar da circulação.

(Vid. nota ao artigo 372.º)

## SECÇÃO II

### DOS DIREITOS DOS AUCTORES DRAMATICOS

Art. 594.º Os auctores dramaticos gosam, alem da propriedade litteraria de seus escriptos, conforme o que fica disposto na secção precedente, dos seguintes direitos.

Art. 595.º Nenhuma obra dramatica póde ser representada em theatro publico, em que se pague entrada, sem consentimento, por escripto, do auctor ou dos seus herdeiros, cessionarios ou representantes, na fórma seguinte:

§ 1.º Se a obra está impressa, este consentimento só é necessario, sendo o auctor fallecido, durante o tempo em que os seus herdeiros, cessionarios ou representantes tiverem a propriedade d'ella.

§ 2.º Se a obra é posthuma, não póde ser representada sem consentimento de qualquer herdeiro, ou outra pessoa a quem pertença a propriedade do manuscripto.

§ 3.º A auctorisação para representar uma obra dramatica póde ser illimitada ou restricta a certo praso, a certa terra ou terras, ou a certo numero de theatros.

Art. 596.º Quando, sendo restricta a auctorisação, a obra dramatica for levada á scena em theatro não auctorisado, reverterá em beneficio d'aquelle ou d'aquelles, cuja licença é para isso necessaria, o producto liquido da recita ou recitas.

(Vid. artigo 602.º) O codigo abriu secção especial para as obras de auctores dramaticos, vista a importancia commercial que vão ganhando todos os dias as representações theatraes, e visto serem tão particulares as condições d'este genero de litteratura, e a fórma de publicação das producções litterarias destinadas á scena. O que caracterisa a litteratura dramatica é o modo especial da sua publicidade pela exhibição scenica.

Os auctores de obras dramaticas e artisticas, alem do direito de as publicarem, como os auctores de escriptos de outro qualquer genero, têem o exclusivo de auctorisar a sua representação em theatros publicos, em que se pague entrada. Se o auctor é vivo, é necessario o consentimento d'elle; se é fallecido, o dos seus herdeiros ou representantes, emquanto tiverem a propriedade, nos termos do artigo 576.º

O § 1.º do artigo tinha no projecto primitivo a seguinte redacção: «Se a obra tiver sido publicada, este consentimento sómente será necessario sendo o auctor vivo, ou tendo deixado filhos ou mulher, durante o tempo em que tiverem a propriedade».

A nova redacção não quiz de certo negar ao auctor o direito que concede aos seus representantes. O projecto primitivo só exigia o consentimento para a representação de obra dramatica em theatro publico, em que se pagasse entrada, quando o auctor fosse vivo, ou tivesse deixado mulher ou filhos. Ora não é natural que a commissão revisora quizesse negar ao auctor o que concede aos seus representantes, quaesquer que elles sejam, e que desse a estes mais direitos do que áquelle de quem elles os receberam.



A redacção, que era clara no projecto, ficou equivoca com as emendas da commissão revisora; mas a logica e o espirito da lei convencem de que a commissão revisora não quizera negar ao auctor o que aos seus representantes concedêra.

A commissão revisora no seu ultimo projecto eliminou, de certo, por desnecessario, o seguinte artigo do projecto primitivo, que ainda conservára nas duas primeiras edições do seu trabalho: «Os direitos e interesses dos auctores dramaticos serão regulados livremente entre os mesmos auctores, ou seus representantes, e os emprezarios que pretenderem representar a sua obra».

A pena dos que representarem em theatro publico a obra sem consentimento do auctor ou de seus representantes é a perda a favor d'estes do producto das recitas, depois de deduzidas as despezas feitas com a representação.

O codigo n'esta parte fez uma modificação radical na nossa legislação vigente, isentando de censura previa a representação de obras dramaticas, vista a disposição ampla e terminante do artigo 570.º, censura que não póde restabelecer-se senão por lei, em face do disposto no artigo 567.º O sr. Herculano, em sessão da commissão revisora de 13 de março de 1861, declarou votar contra todos os artigos relativos á propriedade litteraria e artistica.

Art. 597.º A parte, que pertence aos auctores no producto das recitas, não póde ser penhorada pelos credores de qualquer empreza de theatro.

É justa a disposição do artigo. Os crédores da empreza não podem penhorar a parte do producto da récita pertencente ao auctor, porque não podem penhorar-se bens, que não pertençam ao devedor ou responsavel, e os auctores nada têem com as dividas da empreza.

Art. 598.º O auctor dramatico, que contratou a representação da sua obra, gosa dos seguintes direitos, se os não tiver renunciado expressamente:

1.º De fazer na sua obra as alterações e emendas que entender serem necessarias, comtanto que, sem consentimento do emprezario, não altere alguma parte essencial d'ella;

2.º De exigir que a obra, sendo manuscripta, não seja communicada a pessoas estranhas ao theatro.

O projecto primitivo concedia ao auctor dramatico, independentemente de convenção, alem dos direitos n'este artigo mencionados, os de designar e distribuir os papeis, de assistir e dirigir os ensaios, de introduzir as pessoas que lhe parecesse, e de fazer as observações e advertencias que julgasse convenientes, de entrada livre no theatro todas as vezes que a sua obra fosse posta em scena, e de redigir os cartazes na parte relativa ao annuncio da sua obra.

A commissão revisora, porém, com rasão se limitou a garantir os direitos, que respeitam á propriedade litteraria, eliminando tudo o que era relativo á execução da peça.

Resolveu mais a referida commissão em sessão de 11 de março de 1861 que, alem d'estes direitos mencionados no artigo, lhe pertencessem em geral todos os que resultassem de convenção ou de regulamento de theatro; resolução que foi consignada nos projectos de

1863 e 1864, e depois eliminada, de certo, por desnecessaria. Aquella disposição ha de respeitar-se, apesar de não vir expressa no codigo.

Art. 599.º O auctor, que contratar com qualquer empreza a representação da sua obra, não póde na mesma localidade cede-la, nem alguma imitação d'ella, a outra empreza, emquanto durar o contrato.

Art. 600.º Se a peça não for representada no tempo ajustado, ou, não havendo sobre isso expresso accordo, dentro de um anno, póde o auctor retirar livremente a sua obra.

N'estes artigos estabelecem-se garantias tanto a favor da empreza, como a favor do auctor, para não serem lezados nos seus interesses, nem prejudicados com a sophismação do contrato.

As palavras «*na mesma localidade*» podem dar logar a duvidas. Estas palavras significarão a mesma povoação, ou a mesma freguezia, ou o mesmo concelho?

Seguimos a este respeito a opinião do distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, que sustenta que por localidade deve entender-se o concelho, porque a circumscripção territorial administrativa é que regula, quanto aos theatros, a competencia da auctoridade.

Conseguintemente, em rasão do disposto no artigo 599.º, não póde o auctor dramatico, que contratar com qualquer empreza a representação da sua obra, cede-la no mesmo concelho, nem a imitação d'ella a outra empreza, emquanto durar o contrato.

Art. 601.º Todas as questões, que se suscitarem entre os auctores e os emprezarios, serão resolvidas no fôro civil.

O codigo estabelece a competencia dos tribunaes civis para resolver as questões entre os auctores e os emprezarios, poisque, no silencio da lei, poderia entrar em duvida se estas questões eram da competencia do fôro civil ou do fôro commercial; e grandes duvidas se levantaram nos nossos tribunaes a esse respeito.

Deixou o codigo de resolver, como podia e lhe cumpria, a competencia do tribunal para conhecer das questões entre os emprezarios e os actores. Estas, não só pelos principios que regem e discriminam a jurisprudencia commercial da civil, senão ainda por analogia do disposto n'este artigo, são tambem da competencia do fôro civil.

Em 20 de julho de 1870, segundo se lê a paginas 259.º e seguintes do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, deu a associação dos advogados de Lisboa parecer sobre uma sentença (cuja data se não indica) proferida no juizo commercial sobre questão levantada entre um actor e uma empreza theatral, em que aquella respeitavel corporação declara estas questões da competencia do fôro civil, visto não terem legislação no codigo de commercio, nem se acharem comprehendidas no artigo 206.º, sendo portanto excluidas da competencia commercial pelo artigo 1029.º do mesmo codigo, e pelas leis de 21 de abril de 1847, e 27 de julho de 1850.

Quanto á parte penal dispõe o artigo 458.º do codigo penal: «Todo o emprezario ou director de espectaculo, ou associação de artistas, que fizer representar no seu theatro alguma obra dramatica, ou executar composição musical com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores, será punido com a multa de 10$000 réis a 100$000 réis, e com a perda do producto da recita».



## SECÇÃO III

### DA PROPRIEDADE ARTISTICA

Art. 602.º O auctor de qualquer obra de musica, desenho, pintura, esculptura ou gravura tem o direito exclusivo de fazer reproduzir a sua obra pela gravura, lithographia, moldagem, ou por qualquer outro modo, em conformidade do que fica estabelecido para a propriedade litteraria.

§ unico. As disposições a favor dos auctores dramaticos, contidas na secção antecedente, são inteiramente applicaveis aos auctores de obras musicas, pelo que respeita á sua execução nos theatros, ou em outros quaesquer logares, onde o publico seja admittido por dinheiro.

(Vid. nota ao artigo 594.º)

## SECÇÃO IV

### DE ALGUMAS OBRIGAÇÕES COMMUNS AOS AUCTORES DE OBRAS LITTERARIAS, DRAMATICAS E ARTISTICAS

Art. 603.º Para haver de gosar do beneficio concedido n'este capitulo, o auctor ou o proprietario de qualquer obra reproduzida pela typographia, lithographia, gravura, moldagem, ou por qualquer outro modo, é obrigado a conformar-se com as disposições seguintes.

Art. 604.º Antes de se verificar a publicação de qualquer obra litteraria pela distribuição dos exemplares d'ella, dois d'estes serão depositados na bibliotheca publica de Lisboa, passando o bibliothecario recibo da entrega, que será averbado no livro de registo estabelecido para esse fim, sem que por isso se pague emolumento algum.

§ 1.º Se a obra for dramatica ou musica, ou se versar sobre litteratura dramatica ou sobre a arte musica, a entrega dos exemplares e o registo serão feitos no conservatorio real de Lisboa, pela fórma sobredita.

§ 2.º Se a obra for de lithographia, gravura ou moldagem, ou versar sobre alguma d'estas artes, a entrega e o registo serão feitos, pela mesma fórma, na academia de bellas artes de Lisboa. N'este caso porém o auctor poderá substituir o deposito dos dois exemplares pelo dos desenhos originaes.

Art. 605.º A bibliotheca publica de Lisboa e os outros estabelecimentos, nomeados no artigo precedente, são obrigados a publicar mensalmente na folha official os seus respectivos registos.

Art. 606.º As certidões extrahidas dos registos mencionados n'esta secção, fazem presumir a propriedade da obra com

os effeitos que d'essa propriedade derivam, salvo prova em contrario.

O codigo marca n'esta secção as formalidades, a que os auctores de quaesquer obras, litterarias, dramaticas, ou artisticas, devem satisfazer, para lhes serem assegurados os direitos de propriedade litteratura.

A lei exige um acto publico e notorio, que demonstre o goso da propriedade e a intenção de desfructa-la, que vem a ser a entrega obrigatoria de dois exemplares da obra na bibliotheca publica de Lisboa, ou no conservatorio, se é uma producção dramatica ou musical, ou na academia de bellas artes, se for de lithographia, gravura ou moldagem.

A entrega d'estes exemplares deve preceder a publicação da obra; e o acto da publicação verifica-se pela distribuição do numero de exemplares marcados na lei de liberdade de imprensa, como se mostra da comparação do artigo 604.º com o artigo (686.º) correspondente do projecto primitivo.

Pelo projecto primitivo era obrigado o auctor a entregar, em vez de dois, seis exemplares, para ficarem dois na estação onde se fizésse o registo da obra, e serem remettidos os outros quatro ao ministerio do reino, a fim de serem d'ali distribuidos, um á bibliotheca da cidade do Porto, outro á bibliotheca real, outro á bibliotheca das côrtes, e outro á bibliotheca da universidade; e permittia-se ao auctor ou proprietario da obra, cuja publicação se fizesse nas provincias do norte, o entregar directamente nos estabelecimentos do Porto ou Coimbra o exemplar respectivo, remettendo recibo com os outros á competente estação da capital.

A commissão revisora porém decidiu que não fosse obrigado o auctor a entregar mais de dois exemplares.

Não devia o codigo obrigar o auctor ou proprietario da obra, em qualquer parte que ella se publique, ainda que seja nas provincias ultramarinas, a remetter os exemplares por sua conta para Lisboa, e a solicitar o competente recibo de entrega.

Pela mesma rasão porque o proprietario é dispensado de pagar quaesquer emolumentos pelas despezas do registo dos exemplares, devia ser-lhe permittido entrega-los á respectiva auctoridade administrativa do concelho, para esta os remetter officialmente ao ministerio do reino. Assim evitava-se tambem a difficuldade que póde levantar-se sobre a classificação da obra, isto é, sobre se está comprehendida no artigo 604.º, ou em algum dos seus §§.

O auctor vale-se d'estes registos, para prova da propriedade, que só póde ser combatida, destruindo-se a presumpção juridica, que elles criam, como provando que são falsos, ou dolosamente feitos.

A acta da sessão da commissão revisora de 13 de março de 1861, em que foi approvada a doutrina d'estes artigos, dá noticia da apresentação de uma proposta do sr. Levy, para que nos casos em que a lei garantisse a propriedade dos auctores estrangeiros, essa garantia dependesse tão sómente de elles mostrarem legalmente, que cumpriram no paiz da sua origem com as formalidades ali exigidas para a garantia da sua propriedade n'esse paiz; e de que a proposta fôra rejeitada, votando por ella apenas o seu auctor.

Em vista d'esta resolução da commissão e do silencio do codigo, o auctor estrangeiro, para gosar em Portugal dos direitos de propriedade litteraria, ha de sujeitar-se ás mesmas formalidades a que é obrigado o auctor portuguez, nos termos do artigo 604.º



## SECÇÃO V

### DA RESPONSABILIDADE DOS CONTRAFACTORES OU USURPADORES DA PROPRIEDADE LITTERARIA E ARTISTICA

Art. 607.º Os que lesam os direitos reconhecidos e mantidos n'este capitulo respondem, nos termos seguintes, pelas usurpações litterarias ou artisticas que perpetrarem.

Art. 608.º Quem publicar uma obra inedita, ou reproduzir obra em via de publicação, ou já publicada, pertencente a outrem, sem sua auctorisação ou consentimento, perderá, em beneficio do auctor ou proprietario da obra, todos os exemplares da reproducção fraudulenta que lhe forem apprehendidos, e pagar-lhe-ha alem d'isso o valor de toda a edição, menos os ditos exemplares, pelo preço por que os exemplares legaes estiverem á venda, ou em que forem avaliados.

§ unico. Não sendo conhecido o numero de exemplares impressos fraudulentamente, e distribuidos, pagará o contrafactor o valor de mil exemplares alem dos apprehendidos.

Art. 609.º Quem vender ou expozer á venda qualquer obra fraudulentamente impressa, será solidariamente responsavel com o editor, nos termos declarados no artigo precedente, e se a obra for impressa fóra do reino, será o vendedor responsavel como se fôra editor.

(Vid. artigo 636.º) Proclamada a existencia da propriedade litteraria, dramatica, artistica, e dos inventos, era consequencia logica estabelecer os meios de assegurar os direitos dos auctores contra os abusos e attentados, commettidos contra essa propriedade.

Da responsabilidade dos que offendem o direito de propriedade dos auctores dramaticos occupa-se a secção II d'este capitulo, e da responsabilidade dos que offendem a propriedade dos inventos occupa-se a secção VII do capitulo seguinte.

Na secção que estamos analysando regula-se apenas a responsabilidade dos contrafactores ou usurpadores da propriedade litteraria e artistica.

Seria mais methodico ter regulado na mesma secção a responsabilidade pelas offensas da propriedade do trabalho em geral, ou se tratasse da propriedade dramatica ou da propriedade litteraria, artistica ou dos inventos, visto serem os mesmos os principios que fundamentam a responsabilidade n'aquelles differentes casos, e estabelecer o codigo disposições analogas em muitas hypotheses com relação áquellas differentes especies de trabalho.

N'esta secção occupa-se o codigo das responsabilidades meramente civis, em que incorrem os que reproduzem fraudulentamente alguma producção litteraria alheia, e deixa para a legislação penal a fixação das penas criminaes, que houverem logar contra estes delictos, artigo 612.º

O facto da contrafacção da obra litteraria e artistica manifesta-se por um de dois modos, pela *publicação* ou *reproducção*, e pela *venda* ou *exposição á venda*.

A violação do direito de invenção manifesta-se por um de quatro

modos, *occultação, reproducção, venda* ou *introducção* da obra fabricada fóra do reino, artigo 636.º

Sobre esta materia encontra-se o seguinte nos artigos 457.º e 459.º do codigo penal:

«Artigo 457.º Aquelle que commetter o crime de contrafeição, reproduzindo em todo ou em parte, fraudulentamente e com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores, alguma obra escripta, ou de musica, de desenho, de pintura, de esculptura ou qualquer outra producção, será punido com a multa de 30$000 réis a 300$000 réis, e perda dos exemplares da obra contrafeita, e de todos os objectos que serviram para execução da contrafeição.

«§ 1.º A mesma multa, com a perda dos exemplares da obra será applicada ao que introduzir em territorio portuguez uma obra produzida em Portugal, que tiver sido contrafeita em paiz estrangeiro.

«§ 2.º O que vender ou expozer á venda, a obra assim contrafeita, será condemnado em multa de 10$000 réis a 100$000 réis, e na perda dos exemplares da obra contrafeita.

«Artigo 459.º Toda a defraudação dos direitos dos proprietarios dos novos inventos, com violação das leis e regulamentos que lhes respeitam, será punida com a multa de 30$000 réis a 300$000 réis, e perda dos objectos que serviram para a execução do crime».

É para notar que o codigo não considera, como modos de offensa da propriedade litteraria e artistica, a occultação e a introducção da obra, quando em materia de inventos reputa estes factos tão offensivos do direito de propriedade, como a reproducção e a venda; e quando o codigo penal, para os effeitos criminaes em que se exige maior rigor do que para a responsabilidade civil, considera violação da propriedade litteraria e artistica a introducção da obra no reino.

Em nosso entender, e apesar da redacção do artigo 608.º, a propriedade litteraria e artistica offende-se pelos mesmos modos por que se offende a propriedade dos inventos. A occultação e a introducção da obra no reino são factos tão offensivos do direito de propriedade do auctor litterario ou artistico, como a publicação ou reproducção e a exposição á venda.

Exige o codigo o elemento da intencionalidade para a responsabilidade por perdas e damnos dos que offendem a propriedade dos inventos, como se mostra das palavras «*de proposito deliberado*», que se lêem no artigo 636.º, e que substituem a palavra «*scientemente*», que se lia no artigo correspondente (737.º) do projecto primitivo.

Para a imposição de penas criminaes exige o codigo, como se vê do artigo 457.º acima transcripto, que seja tambem *fraudulenta*.

Mas que significará a palavra «*fraudulenta*» ou «*fraudulentamente*» applicada á reproducção da obra litteraria ou artistica, tanto no codigo civil, como no codigo penal? Em materia penal a intenção criminosa, ou o verdadeiro conhecimento do facto criminoso, é elemento constitutivo de criminalidade.

E é elemento constitutivo de criminalidade a sciencia do facto, tanto no que respeita á contrafeição das obras litterarias, ou artisticas, ou dramaticas, como no que toca á violação dos direitos do inventor, apesar de o codigo penal não empregar, com relação a esta especie, palavra alguma que assim o indique. Mas para a responsabilidade civil dos contrafactores de obra litteraria e artistica será essencial tambem o proposito deliberado?

Assim poderia deduzir-se das palavras *fraudulenta* ou *fraudulentamente* empregadas nos artigos 608.º e 609.º

No entretanto as palavras «*fraudulenta*» e «*fraudulentamente*» parecem significar mais a idéa de prejuizo dos donos das obras, do que proposito deliberado da parte dos contrafactores, especialmente comparando-se a redacção do artigo 608.º com a do artigo 636.º



As rasões por que se exige a intenção para a responsabilidade do que viola o exclusivo do invento, e não para o que contrafaz obra litteraria e artistica, fundam-se na diversa natureza das duas propriedades. Não é facil que duas pessoas differentes concebam o mesmo plano, e é quasi impossivel que os exprimam do mesmo modo. Portanto, se um manifesta do mesmo modo que o outro o seu pensamento presume-se, sem necessidade de indagar da sua intenção, que a sua obra é reproducção de outra.

Em materia de inventos, porém, o caso é inteiramente outro. É muito possivel, que o mesmo processo industrial occorra ao mesmo tempo a varias pessoas; e portanto não póde julgar-se que violou o direito de invento de outrem quem apresentou o mesmo invento, sem se averiguar se este é verdadeira reproducção d'aquelle, ou se foi producto exclusivo do trabalho do seu auctor.

O codigo penal que, para a imposição da pena no caso de reproducção da obra, exije no lesante a intenção fraudulenta, já não requer essa circumstancia quando a violação do direito de propriedade se manifesta pela exposição á venda da obra contrafeita em paiz estrangeiro.

Conseguintemente a responsabilidade civil e criminal do contrafactor de obra litteraria ou artistica não está sujeita exactamente ás mesmas regras que a violação do exclusivo do invento.

Tanto para a responsabilidade civil, como para a responsabilidade penal é indispensavel que os proprietarios das obras contrafeitas soffram effectivamente prejuizo.

A commissão revisora introduzindo de novo a disposição do artigo 574.º, e a doutrina correspondente no artigo 610.º, e esquecendo-se de a harmonisar, levanta a duvida sobre qual dos dois artigos é applicavel á reproducção da *obra inedita* ou *manuscripta*, se o artigo 608.º, se o artigo 610.º

Ha de ser preciso classificar, o que é difficil na pratica, se o escripto se considera *obra*, ou *manuscripto* que tambem é obra, citado artigo 574.º, para assim se applicar o artigo 608.º ou o artigo 610.º

Tambem em muitos casos ha de ser difficil decidir se a reproducção da obra é verdadeira contrafeição, ou uma obra nova e distincta, ainda que com algumas imitações.

O legislador parece mais rigoroso com o vendedor de obra contrafeita, quando ella foi impressa fóra do paiz, do que quando foi impressa em territorio portuguez, porque responsabilisa n'aquella hypothese o vendedor como se fôra editor.

Esta hypothese raras vezes ha de verificar-se, porque o nosso mercado é tão pequeno, que não vale a pena ir fazer taes contrafeições em paizes estrangeiros; e tambem não cremos que a posição do vendedor seja aggravada por ser considerado editor, no caso da contrafeição ter sido feita em paiz estrangeiro, porque, mesmo sendo a obra impressa no reino, o vendedor é solidario com o editor.

A primeira cousa que se concede ao verdadeiro dono, como consequencia e effeito principal da propriedade, é apoderar-se de todos os exemplares da edição, ou do seu preço; reputando-se sempre a edição, quando não for conhecido o numero de exemplares, em mil exemplares, alem dos apprehendidos.

Da combinação do artigo 608.º com o artigo 611.º deduz-se que a reparação de perdas e damnos se limita á perda dos exemplares apprehendidos, e ao valor dos restantes exemplares, que constituem a edi-

ção, e nada mais. Esta liquidação de prejuizos feita pela propria lei parece-nos racional.

Nos termos dos artigos 457.º e 460.º do codigo penal, os objectos que serviram para a execução da contrafacção são tambem adjudicados ao lesado até onde for necessario para reparação de perdas e damnos. Como o lesante em todo o caso perde esses objectos, se o valor d'elles exceder a somma necessaria para inteira reparação do lesado, reverte o excedente a favor do estado.

Art. 610.º Quem publicar qualquer manuscripto, no que se comprehendem cartas particulares, sem permissão do auctor, durante a sua vida ou a de seus herdeiros ou representantes, será responsavel por perdas e damnos.

§ unico. A disposição d'este artigo não obsta á faculdade concedida no artigo 575.º relativamente ás cartas particulares.

(Vid. nota ao artigo 574.º)

Art. 611.º O auctor ou proprietario, cuja obra for reproduzida fraudulentamente, póde, logoque tenha conhecimento do facto, requerer embargo nos exemplares reproduzidos, sem prejuizo da acção de perdas e damnos a que tenha direito, aindaque nenhuns exemplares sejam achados.

(Vid. artigo 637.º) O proprietario deve ajuntar ao requerimento para o embargo, se a obra já tiver sido publicada, a certidão de registo a que se refere o artigo 606.º, como prova da sua propriedade; e, se não estiver ainda publicada, nem registada, é preciso que o proprietario justifique a sua propriedade previamente ao embargo, pelos modos summarios usados nas leis, e assigne termo de responsabilidade por perdas e damnos.

Assim dispunha o projecto primitivo no artigo 696.º, que corresponde ao artigo 611.º do codigo, e que a commissão revisosa approvou em sessão de 13 de março de 1861, reservando esta materia para o codigo de processo.

E, segundo se lê em a nota ao artigo 688.º do projecto de 1863, a commissão revisora resolveu que, alem de ser collocado no codigo do processo, o preceito do § 2.º do citado artigo 696.º do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «Se a obra for inedita, o auctor ou proprietario lesado deverá justificar previamente a sua propriedade, e assignar termo de responsabilidade por perdas e damnos» ficasse no codigo o principio n'elle consignado, quanto á prova da propriedade.

O juiz, verificada a apprehensão ou embargo, e correndo em seguida os meios competentes, profere a sua sentença conforme a direito.

Sejam ou não encontrados alguns exemplares em poder do requerido poderá no entretanto o proprietario usar da acção de perdas e damnos contra o suspeito auctor da reproducção fraudulenta.

Permitte o codigo ao auctor da obra litteraria e artistica fazer arresto nos exemplares fraudulentamente reproduzidos, e ao proprietario do exclusivo do invento fazer arresto nos objectos contrafeitos, ou nos instrumentos que só possam servir para a sua fabricação, artigo 637.º, ou em ambas as cousas ao mesmo tempo, isto é, nos objectos contrafeitos, e nos instrumentos de contrafeição.



O arresto é independente da acção de perdas e damnos, nem póde discutir-se n'este meio summarissimo a responsabilidade por perdas e damnos. No entretanto mesmo no embargo já póde discutir-se a questão da contrafeição. O arrestado póde offerecer embargos ao arresto, allegando que a reproducção da obra não é fraudulenta, que os instrumentos dos objectos contrafeitos serviam para a fabricação de outra cousa, etc., aliás ha de discutir-se a contrafeição na acção principal.

No arresto dos objectos contrafeitos, e dos instrumentos ha duas especialidades, que o codigo não consigna no arresto das obras litterarias e artisticas.

É a primeira o exigir-se caução, provavelmente pelo maior valor dos objectos contrafeitos e dos instrumentos, e pelo maior prejuizo que soffre o contrafeitor pela privação do uso dos instrumentos.

É a segunda o ficar nullo de direito o arresto se dentro de quinze dias o arrestante não propõe em juizo a acção principal, quando o arresto nas obras litterarias e artisticas só póde ser levantado nos termos geraes de direito.

O arrestado por offensa do exclusivo de invenção póde demandar o arrestante por perdas e damnos, tanto se elle não propozer a acção principal dentro de quinze dias, como se a propozer dentro d'aquelle periodo, e for julgada improcedente. O arrestado pela reproducção das obras fraudulentas tambem póde intentar a acção de perdas e damnos contra o arrestante, no caso de ser julgada improcedente a acção proposta por este.

Art. 612.º O disposto n'esta secção, relativamente á reparação civil, não obsta ás acções criminaes competentes que o auctor ou proprietario poderá intentar contra o contrafactor ou usurpador.

(Vid. nota aos artigos 638.º a 640.º)

## CAPITULO III

### DA PROPRIEDADE DOS INVENTOS

### SECÇÃO I

#### DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 613.º Aquelle que inventa algum artefacto ou producto material commerciavel, aperfeiçoa e melhora algum producto ou artefacto conhecido da mesma natureza, ou descobre algum meio mais facil e menos dispendioso de o obter, gosa da propriedade do seu invento ou descobrimento por tempo de quinze annos, nos termos declarados n'este capitulo.

§ unico. Todo o inventor que em paiz estrangeiro obteve privilegio, não póde obte-lo no reino senão nos termos d'este codigo, e pelo tempo que n'esse paiz faltar ao invento para cair no dominio publico.

**Art. 614.º** Da propriedade do invento deriva o direito exclusivo de produzir ou de fabricar os objectos que constituem o dito invento, ou em que este se manifesta.

O artigo 613.º diz em que consiste o invento, e o artigo 614.º em que consiste o direito do inventor.

Não ha invenção, sem que a cousa inventada seja *util*, e conseguintemente objecto de transacção e de commercio. Se for inutil, se estiver comprehendida no n.º 7.º do artigo 632.º, não póde conceder-se o privilegio de invenção.

Os effeitos do trabalho intelligente do homem, pelo qual se augmenta a utilidade das cousas materiaes, póde manifestar-se pelos tres modos especificados no artigo 613.º: invenção do artefacto ou producto material; melhoramento ou aperfeiçoamento de producto conhecido; e descobrimento de meio mais facil ou menos dispendioso de o obter.

O sr. Marreca propoz na sessão da commissão revisora de 15 de março de 1861, em que se discutiu o artigo 613.º, que no projecto primitivo tinha o n.º 700.º, que a doutrina do artigo se estendesse áquelles, que descobrissem algum meio mais facil e menos dispendioso de obter qualquer resultado industrial. Entendeu porém a commissão que a idéa estava comprehendida na letra do artigo, e que por isso não era preciso accrescentar-lhe mais cousa alguma.

O direito de invenção é igualmente applicavel á composição de medicamentos, como na questão do já fallecido Porciuncula julgou o supremo tribunal de justiça, em accordão de 11 de junho de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 141 do mesmo anno, e de que foi relator o proprio auctor do projecto de codigo.

Diz o accordão:

«Attendendo a que a propriedade de quaesquer inventos e descobertas é garantida a seus auctores pela carta constitucional, artigo 145.º § 24.º, e codigo civil, artigo 613.º;

«Attendendo a que os medicamentos inventados para o curativo de quaesquer molestias não são exceptuados da regra geral;

«Attendendo a que o cuidado que merece e exige a saude publica não deve entender-se de modo que esse direito seja radicalmente destruido, devassando-se e publicando-se desnecessariamente o segredo em que consiste a importancia do invento;

«Attendendo a que, segundo o disposto no artigo 18.º do decreto de 3 de janeiro de 1837, n.º 5.º, no caso de venda de remedios de composição secreta, sem que estejam previamente auctorisados, sómente compete á respectiva auctoridade fazer inhibir essa venda;

«Attendendo a que o devassamento e analyse do remedio de que trata este processo, nem é indispensavel para que essa inhibição tenha logar, nem póde servir para a formação do corpo de delicto no facto allegado de errada applicação, aliás de impossivel verificação no estado dos autos; etc.»

O privilegio consiste menos no segredo, do que no exclusivo do fabrico. Porém quando a importancia do invento consiste no segredo, como na hypothese da decisão supra, não póde ser este devassado.

A questão, relativa á propriedade industrial, é muito mais difficil e complexa do que a relativa á propriedade litteraria. Já dissemos que, se não é facil que duas pessoas differentes concebam os mesmos pensamentos, e se é quasi impossivel que os exprimam do mesmo modo; é todavia muito possivel que um processo industrial occorra ao mesmo tempo a varias pessoas.



Por outro lado um livro de sciencia, uma obra dramatica, um quadro ou uma estatua revelam necessariamente á acção da intelligencia, emquanto que a casualidade póde determinar, e determina na maior parte das hypotheses, as invenções industriaes.

Mais. Ainda que varias pessoas tenham o mesmo pensamento, póde fazer-se a reproducção debaixo de mil fórmas, e ser cada um dono exclusivo da sua publicação. Pelo contrario nos inventos industriaes é uma a fórma, e a concessão do privilegio de propriedade impede absolutamente que outrem possa aproveitar-se d'elle, ainda que concorresse para o seu descobrimento com os seus proprios esforços.

Differençam-se pois por caracteres essencialmente salientes os dois productos do trabalho intellectual. No intuito porém de favorecer o trabalho industrial, concedeu a lei protecção e garantia ao inventor, o buscou na breve duração do privilegio a maneira de conciliar as exigencias da utilidade particular, e do interesse geral.

É para notar que o codigo só reconhece os privilegios de invenção, e não os de introducção.

Quem obtivesse privilegio no estrangeiro, não tem direito a que elle lhe seja reconhecido aqui, senão preenchendo todas as formalidades da lei portugueza, como se não tivesse carta de privilegio em parte alguma; e só póde gosa-lo pelo tempo que n'esse paiz faltasse para o invento deixar de ser exclusivo, e pertencer ao domínio de todos.

O § unico do artigo 613.º não vinha no projecto primitivo, foi introduzido pela commissão revisora em substituição do artigo 726.º do projecto primitivo, que constituia uma secção, que se inscrevia «*dos inventores estrangeiros*», e que estava collocada em seguida á secção IV d'este capitulo, que se inscreve «*da publicação dos inventos*».

Esse artigo achava-se redigido nos seguintes termos: «Os inventores estrangeiros, ou seus representantes, poderão obter no reino, assignando termo de se sujeitarem em tudo ás disposições da lei portugueza, carta de privilegio, conformando-se com o disposto n'este capitulo; mas se já tiverem obtido privilegio em outro paiz, não lhe será concedido senão pelo mesmo tempo».

A substituição feita pela commissão revisora é melhor, porque abrange todos os privilegios de invento obtidos em paiz estrangeiro, ou o inventor fosse portuguez ou estrangeiro.

Antes do codigo a legislação que regulava a concessão d'estes privilegios era o decreto de 31 de dezembro de 1852, que o decreto de 17 de março de 1868 mandou subsistir no que não fosse incompativel com as disposições do codigo. Diz este decreto:

«Considerando que o decreto com força de lei de 31 de dezembro de 1852, que até hoje tem regulado a concessão dos privilegios de invenção ou de introducção de novos inventos, se deve reputar revogado em vista das disposições do titulo V, do capitulo III, do livro I, parte II, do referido codigo;

«Considerando porém que muitas das disposições do decreto de 31 de dezembro de 1852 são puramente regulamentares:

«Hei por bem determinar que o processo administrativo para a concessão da carta ou patente do privilegio que sirva a authenticar o direito de propriedade dos inventores continue a regular-se pelas disposições do titulo II do referido decreto de 31 de dezembro de 1852, até que novos regulamentos de administração publica regulem este assumpto».

Art. 615.º Não são susceptiveis de authenticação os inventos ou descobrimentos relativos a industrias ou objectos illicitos.

(Vid. nota ao artigo 370.º)

Art. 616.º A duração da propriedade exclusiva do invento começa a contar-se desde a data da concessão do privilegio.

Art. 617.º A propriedade exclusiva é limitada ao objecto especificado, e nunca poderá tornar-se extensiva a outros com o pretexto de intima relação ou connexão.

A lei não reconhece a propriedade do invento senão desde a data do documento, que o authentica nos termos das leis e regulamentos, artigo 625.º Como a materia de privilegios é de interpretação restricta, não deve estender-se o privilegio a outro objecto, que não seja o especificado, por mais connexão que tenha com este, não podendo aqui argumentar-se por analogia ou por maioria de rasão.

Art. 618.º A expropriação dos inventos só póde ser decretada por lei, nos casos em que for exigida por utilidade publica.

(Vid. nota ao artigo 587.º)

## SECÇÃO II

### DAS ADDIÇÕES AOS INVENTOS

Art. 619.º O privilegiado ou os seus representantes podem, durante a existencia do seu privilegio, ajuntar aos seus inventos os melhoramentos e modificações que entenderem.

Art. 620.º O addicionador gosa, pelo que toca aos melhoramentos addicionaes, dos mesmos direitos que lhe confere o privilegio principal, mas só pelo tempo que este durar.

Art. 621.º O addicionador póde comtudo requerer novo privilegio pelos melhoramentos, sujeitando-se ás disposições que regulam o privilegio principal.

(Vid. artigo 625.º) No projecto primitivo havia uma secção sobre a authenticação do direito dos inventores, a qual foi eliminada pela commissão revisora em sessão de 15 de março de 1861, decidindo-se que se fizesse remissão ás leis ou regulamentos administrativos a este respeito n'um artigo especial, que é o 625.º, que não se achava no projecto primitivo.

Deve porém notar-se que, comquanto ás leis e regulamentos administrativos pertença, não só authenticar, senão tambem assegurar a propriedade exclusiva dos inventos, todas as questões de propriedade, que se levantarem depois sobre este assumpto, hão de ser decididas pelo poder judicial, como se mostra dos artigos 634.º e seguintes.

O melhoramento do invento póde ser descoberto pelo proprio privilegiado ou por terceiro. Estes tres artigos referem-se ao caso de ter sido inventado o melhoramento pelo proprio privilegiado, e os tres artigos seguintes ao caso de ter sido inventado por terceiro.



A lei no intuito de estimular o trabalho e o aperfeiçoamento industrial, dá ao privilegiado, que addiciona os seus inventos, os mesmos direitos que lhe confere o privilegio principal, com a unica differença de que os melhoramentos se consideram como accessorios, durando só emquanto dura o privilegio principal, se o addicionador não quizer sujeitar-se a todas as condições indispensaveis para obter nova concessão, como se fosse um invento distincto.

Da letra dos artigos parece deduzir-se que o privilegiado póde requerer novo privilegio para o addicionamento, ainda que este não seja de grande consideração, logoque seja *util*, artigo 613.º, sem que a auctoridade competente possa negar-se a passar a carta com o fundamento de que o melhoramento bem póde considerar-se como accessorio do privilegio principal.

Art. 622.º A concessão de privilegio de melhoramento não póde ser feita durante o primeiro anno do privilegio, concedido ao invento correlativo, senão áquelle que obteve esse privilegio.

Art. 623.º O terceiro que pretender similhante privilegio poderá, antes do fim do anno, entregar o seu requerimento, cerrado e lacrado, na repartição competente, e ahi se tomará nota da dita entrega.

§ unico. O deposito, mencionado n'este artigo, serve para conferir ao depositante preferencia contra qualquer outro que posteriormente se apresente, a não ser o privilegiado, que em todo o caso é preferido, comtantoque requeira dentro do mesmo anno.

Art. 624.º O terceiro que requer carta de melhoramento é havido, para a expedição do seu titulo, como principal inventor.

A terceiro é que não se concede privilegio de melhoramento, senão passado um anno, aliás poderia alguem com um pequeno addicionamento, só porque deixasse o objecto mais perfeito, e portanto preferivel, frustrar todos os trabalhos do inventor principal; e assim dá o codigo a este pelo menos um anno para gosar plenamente de todas as vantagens do seu invento.

O favor, que o artigo 622.º concede ao privilegiado, sendo não só de grande vantagem para este, mas tambem de utilidade social, porque estimula e incita ao trabalho, por outro lado pouco prejuizo póde causar a terceiro, vista a sua curta duração.

O inventor principal prefere a todos os que dentro do anno requererem a concessão da carta de melhoramento, ainda que elle apresente o seu requerimento mais tarde, comtantoque seja dentro do anno.

Todas estas vantagens são concedidas ao inventor, como premio de ser elle o que descobriu a cousa principal, e de ser por consequencia o que mais vantagens prestou ao publico com a invenção.

O terceiro, que obtem carta de melhoramento, é sempre considerado como inventor principal, por não ter ainda privilegio, de que o melhoramento fosse accessorio.

O artigo 720.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 624.º do codigo, concluia pelas seguintes palavras, que a commissão revi-

sora eliminou: «Mas não poderá usar d'elle em prejuizo do inventor, senão concertando-se com elle».

A commissão revisora eliminou com rasão aquellas palavras, cujo pensamento compromettia a concessão da carta de melhoramento. Desde que o terceiro não podesse usar do invento *melhorado* com prejuizo do inventor originario, inutil era a concessão do privilegio de melhoramento.

Art. 625.º Ás leis e regulamentos administrativos compete authenticar e assegurar a propriedade exclusiva dos inventos.

(Vid. nota ao artigo 619.º)

## SECÇÃO III

### DA TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DOS INVENTOS

Art. 626.º A propriedade dos inventos é regida pelas leis geraes que regulam a propriedade movel, salvas as seguintes declarações.

(Vid. nota ao artigo 376.º)

Art. 627.º A cessão do privilegio, ou seja por titulo gratuito ou por titulo oneroso, só póde ser feita por escriptura publica.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 628.º Os cessionarios de qualquer privilegio principal gosam do privilegio addicional, concedido ao auctor ou aos seus representantes e reciprocamente, nos casos em que isso possa occorrer, salvo havendo estipulação em contrario.

(Vid. artigos 2215.º e 2218.º) O cessionario, salva estipulação em contrario, fica na mesma posição do auctor ou seus herdeiros, e com os direitos que áquelles são concedidos pelos artigos 619.º a 625.º

Por isso se o privilegio do auctor é principal, gosa o cessionario do addicional, e se o privilegio do auctor é addicional, gosa o cessionario do principal, a que este andava annexo, se o auctor d'elle gosava tambem.

Se o cessionario do invento principal não gosasse tambem do addicional, poderia o vendedor, auctor do invento, inutilisar completamente a cessão, fazendo qualquer melhoramento, que tornasse o objecto mais perfeito, e privar assim o cessionario dos lucros que lhe poderia dar a acquisição do privilegio.

A addição ao invento reputa-se de tal maneira accessorio do mesmo invento, que ainda que requerida pelo usufructuario antes de vendido o usufructo, se foi obtida só depois, já pertence ao cessionario, artigo 2215.º

Do mesmo modo o proprietario do invento tem o direito de aproveitar-se da addição ao invento, obtida pelo usufructuario, com a obrigação apenas de indemnisar este ou seus herdeiros das despezas feitas para a alcançar, artigo 2218.º

A doutrina do artigo 2215.º fazia parte de uma proposta de additamento á materia de usufructo, apresentada pelo sr. Marreca, segundo se lê em a nota ao artigo 2258.º do projecto da commissão revisora de 1863.



## SECÇÃO IV

### DA PUBLICAÇÃO DOS INVENTOS

Art. 629.º As descripções, desenhos, modelos e especificações, exigidas para a concessão da carta, serão mostradas gratuitamente a todas as pessoas que o pretenderem, bem como lhes serão facilitadas quaesquer copias, pagando a sua importancia. Pertence ao governo fazer ácerca d'isso os regulamentos necessarios.

Art. 630.º Findo o segundo anno do privilegio publicar-se-hão os desenhos e descripções, integralmente ou por extracto.

Art. 631.º Incumbe ao governo declarar officialmente os inventos que têem caído no dominio publico.

O que pretende assegurar-se a propriedade exclusiva do seu invento ou da sua descoberta, carece, para obter a respectiva carta, de apresentar: a *descripção* exacta dos principios, meios e processos que constituem o invento, de modo que este seja perfeitamente comprehendido, e possa ser posto em pratica por outrem; os *desenhos* e *modelos*, que forem necessarios para intelligencia da descripção; e as amostras ou *especificações*, se as houver. Tudo isto é necessario para se avaliar se o invento tem ou não um fim util ou *commercial*, como diz o artigo 613.º; porque, se o invento for inutil, não se passa a carta de privilegio.

Estes objectos são mostrados gratuitamente a quem os quizer ver, tiram-se copias, pagando-se; e, até, passados dois annos desde a data do privilegio se publicam officialmente os desenhos e descripções. Este *conhecimento*, que se dá ao publico, não é para elle começar a fabricar segundo o invento, mas só para não ignorar o que é esse invento, e se ir preparando para usar d'elle, logoque findem os quinze annos da duração do privilegio, artigo 613.º

Como a fabricação segundo o invento póde exigir longos e demorados trabalhos preliminares, dá-se *conhecimento* d'elle ao publico com muita antecipação; mas o *uso* d'elle só é permittido, passados os quinze annos, e depois que o governo tiver declarado officialmente que o privilegio acabou, e que o invento se tornou do dominio de todos. O governo, como representante dos interesses sociaes, é quem deve dar publicidade aos inventos, declarando quaes são os que caíram no dominio publico.

Convem notar que os preceitos do artigo 629.º soffrem modificação quando a vantagem do inventor consistir exactamente no *segredo* do invento, como já dissemos.

## SECÇÃO V

### DA NULLIDADE E PERDA DO PRIVILEGIO

Art. 632.º São nullos os privilegios concedidos nos casos seguintes:

1.º Se os inventos ou descobrimentos forem conhecidos do publico, pratica ou theoricamente, por alguma descripção technica, divulgada em escriptos nacionaes ou estrangeiros, ou por outro qualquer modo;

2.º Havendo carta anteriormente concedida sobre o mesmo objecto;

3.º Se o invento ou descobrimento for julgado prejudicial á segurança ou á saude publicas, ou contrario ás leis;

4.º Se o titulo dado ao invento abranger fraudulentamente objecto differente;

5.º Se a descripção apresentada não indicar tudo o que é necessario para a execução do invento, ou os verdadeiros meios do inventor;

6.º Se o privilegio for obtido com preterição das formalidades prescriptas na lei;

7.º Se o privilegio de aperfeiçoamento ou melhoramento não consistir em cousa que facilite o trabalho e amplie a sua utilidade, mas simplesmente em mudança de fórma ou de proporções ou em meros ornatos.

O privilegio, ainda depois de concedido, póde annullar-se ou perder-se. O codigo enumera n'este artigo sete causas de nullidade, e no seguinte duas causas de perda.

A doutrina d'este e do artigo seguinte é o corollario dos principios estabelecidos a respeito do exclusivo do invento. Desde que o inventor não tiver realmente inventado, ou haja obtido a concessão do invento por alguma d'aquellas causas, que annullam os contratos, a concessão do privilegio deve ficar sem effeito, porque não existem os verdadeiros fundamentos, que o justificam.

As causas de nullidade do privilegio são:

1.º, etc. Se o chamado invento era já conhecido, não ha verdadeiramente invento.

2.º, etc. Se ha carta anterior, ainda que a invenção não fosse posterior, prefere quem primeiro obteve a carta.

N'este caso entra a regra: *Qui prior in tempore, potior in jure.*

3.º, etc. Primeiro que todas as vantagens materiaes está a saude e a segurança publica, e não póde a auctoridade, encarregada de velar pela execução das leis, conceder privilegio por um invento contrario ás mesmas leis.

Convem notar que na disposição d'este numero não se comprehende a invenção de instrumentos mortiferos para a guerra.

4.º, etc. É em castigo da fraude, porque o privilegio deve abranger unicamente o objecto *especificado.*

5.º, etc. Como o *exclusivo* por alguns annos é concedido ao inventor em compensação das vantagens, que o invento traz á sociedade, caindo depois no dominio publico; se a descripção não indica tudo quanto é preciso para o publico poder aproveitar-se d'elle opportunamente, cessa a rasão do privilegio.

No entretanto esta hypothese é motivo tanto para a annullação do privilegio, como para a não concessão da carta.

6.º, etc. Porque a concessão da carta não é valida preterindo-se as formalidades legaes, que são a garantia da justa concessão.

7.º, etc. Falta a base essencial do privilegio, que é prestar o invento alguma utilidade, artigo 613.º

Art. 633.º Quem não der á execução o seu invento dentro de dois annos, contados desde o dia da assignatura do privilegio, ou cessar de se aproveitar d'este por dois annos consecutivos, excepto justificando legitimo impedimento, perderá o dito privilegio.



Tambem se perde o privilegio, depois de concedido, pelo não uso por dois annos consecutivos. Esta interrupção prova a impossibilidade de pôr em pratica o privilegio, ou o abandono da parte do privilegiado; e a sociedade não deve estar privada das vantagens do invento, se o inventor não tem usado do privilegio por culpa sua.

O codigo, que no artigo 616.º mandára contar a duração da propriedade *desde a data da concessão*, manda n'este artigo contar o tempo para a extincção do privilegio pelo não uso, *desde o dia da assignatura*; e nos artigos 629.º, 632.º n.º 2.º, 636.º e 637.º, falla da *carta* de concessão, e dos *encartados* no privilegio.

Igual diversidade de linguagem se encontra no projecto primitivo nos artigos correspondentes (706.º, 724.º, 727.º n.º 2.º, 737.º e 738.º) No entretanto julgâmos que esta diversidade de linguagem não implica diversidade de pensamento. A concessão do privilegio não póde contar-se senão desde a data da assignatura da respectiva carta, e é a carta assignada que documenta a concessão.

O projecto primitivo no artigo correspondente (728.º) a este, marcava entre os casos, por que se perdia o privilegio, o seguinte: «O que introduzir no reino objectos similhantes aos garantidos, fabricados em paiz estrangeiro»; e terminava esta secção com o artigo seguinte: «Todo aquelle que nos seus annuncios, cartazes, prospectos ou estampilhas, usurpar a qualidade de privilegiado, pagará a multa de 10$000 réis até 100$000 réis; e, em caso de reincidencia, poderá ser condemnado no dobro».

Este artigo do projecto primitivo podia realmente ser dispensado em vista dos artigos 230.º e 231.º do codigo penal; e por isso com acerto procedeu a commissão revisora, eliminando-o.

## SECÇÃO VI

### DAS ACÇÕES DE NULLIDADE E RESCISÃO DO PRIVILEGIO

Art. 634.º Tanto o ministerio publico como as pessoas que tiverem interesse directo na rescisão do privilegio podem intentar as acções competentes. Sendo a acção proposta pelo ministerio publico, a parte interessada será admittida a intervir n'ella como assistente; ao passo que o ministerio publico deverá sempre intervir nas acções que as partes interessadas propozerem.

O privilegio é concedido pelo poder administrativo, mas a annullação não póde ser decretada senão pelo poder judicial; e é precisa a sentença do juiz tanto nos casos do artigo 632.º, como nas hypotheses do artigo 633.º

Pelo projecto primitivo só era competente o ministerio publico para requerer a annullação do privilegio nos casos dos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 632.º A commissão revisora porém em sessão de 15 de março de 1861, decidiu que o ministerio publico interviesse em todos os casos, tanto de *nullidade*, artigo 632.º, como de *rescisão*, artigo 633.º, ou como parte principal ou como parte secundaria, de modo que ainda

mesmo que não seja o ministerio publico a parte requerente, ha de intervir como parte secundaria, na qualidade de representante da sociedade, sempre interessada n'estas questões.

Se for o ministerio publico a parte requerente, tambem póde ser admittida, como *assistente*, a parte interessada, com a differença de que esta póde abandonar sem perigo para a demanda os termos da causa, e a não intervenção do ministerio publico vicia de nullidade o processo.

O ministerio publico póde, durante a instancia, promover os termos regulares do processo, e interpor os competentes recursos, não obstante a acquiescencia da parte, sempre que o julgar necessario, a bem da justiça ou do interesse publico.

A *assistencia* era já reconhecida na nossa lei de processo, sendo admittido como assistente aquelle, que mostrasse ter interesse na causa nos casos que a lei determinasse, reforma judicial, artigo 324.º

Em conformidade d'este mesmo artigo o assistente aceita a causa nos termos em que a acha.

O projecto de codigo de processo, desenvolvendo este mesmo principio, dispõe no artigo 150.º, que a intervenção dos assistentes não altera o andamento regular do processo e seus incidentes, devendo elles deduzir os seus requerimentos e articulados nas mesmas audiencias em que tem de offerecer-se os requerimentos e articulados das partes principaes, depois do que não serão admittidos: e que a intervenção dos assistentes não altera tambem os direitos das partes principaes, que podem livremente confessar ou desistir, proseguindo no entretanto a causa com os novos interventores.

Art. 635.º A acção de nullidade, no caso do n.º 2.º do artigo 632.º, prescreve pelo lapso de um anno sem opposição dos interessados; nos mais casos dura emquanto subsiste o exclusivo da invenção.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

## SECÇÃO VII

### DA RESPONSABILIDADE DOS CONTRAFACTORES

Art. 636.º Quem durante o exclusivo da invenção lesa o encartado no exercicio do seu direito, reproduzindo, sem auctorisação d'elle, o objecto da mesma invenção ou vendendo, occultando ou introduzindo, de proposito deliberado, obra d'essa especie fabricada fóra do reino, é responsavel pela reparação dos damnos causados, alem de ficar sujeito ás comminações do codigo penal.

(Vid. nota ao artigo 607.º)

Art. 637.º Os encartados ou os seus representantes podem requerer, em caso de suspeita de contrafacção, arresto nos objectos contrafeitos ou nos instrumentos, que só possam servir para a sua fabricação, prestando previamente caução.

§ unico. N'este caso porém, se o arrestante não propoz a sua acção dentro de quinze dias, fica o arresto nullo de direito, e póde o arrestado demandar o arrestante por perdas e damnos.



(Vid. nota ao artigo 611.º)

Art. 638.º Se a acção por contrafacção for julgada a final procedente, em acção, quer criminal, quer civel, serão os objectos arrestados adjudicados ao queixoso, á conta da indemnisação que lhe for devida; mas, sendo a adjudicação feita em acção criminal, só poderá o queixoso pedir por acção civel o que lhe faltar para a sua inteira indemnisação.

Art. 639.º O lesado pela contrafacção póde usar ou de acção criminal, ou simplesmente de acção civel de perdas e damnos; em qualquer dos casos será ouvido o ministerio publico.

O lesado póde a seu arbitrio recorrer á acção civil, ou á criminal. Convem-lhe porém mais, para o effeito da reparação de perdas e damnos, usar da acção civil, para não correr o risco, usando da criminal, de ter que recorrer depois á acção civil, como tem necessariamente de recorrer, se os objectos arrestados não cobrirem o valor da indemnisação, e elle quizer ser pago integralmente.

Pela acção criminal não obtem o lesado a reparação do damno senão até onde chegar o valor dos objectos arrestados.

Se o valor dos objectos arrestados exceder a importancia da indemnisação não se restitue o excesso ao lesante apesar do principio de que ninguem deve locupletar-se com a jactura alheia; entrega-se ao estado, vista a disposição do artigo 64.º do codigo penal, que diz assim: «A perda a favor do estado do objecto, ou producto do crime, e das armas com que foi commettido, ou que eram destinadas para esse fim, tem logar nos casos em que, ou o offendido ou algum terceiro, não responsavel pelo crime, não tenha direito á restituição. § unico. A perda de quaesquer outros instrumentos do crime tem logar: 1.º, quando for prohibido o seu uso ou conservação; 2.º, quando a lei expressamente o determinar».

Os instrumentos e o producto immediato do crime não devem pertencer ao delinquente; e por isso, se não são precisos para compensar o lesado do damno que soffreu, devem pertencer ao estado, como senhor dos bens vagos.

Nas disposições d'estes artigos ha especialidades, que constituem verdadeiras excepções ao nosso direito commum, e que muito convem notar.

Em primeiro logar pelo direito commum podem accumular-se o pedido da pena e o pedido das perdas e damnos, reforma judicial, artigos 1164.º e 1168.º, quando em materia de contrafacção de invento só em acção civel póde pedir-se a reparação de perdas e damnos.

Em segundo logar o ministerio publico, que podia promover, como parte principal, o processo crime n'estes delictos, nos termos do artigo 1.º do decreto de 10 de dezembro de 1852, vistoque o codigo penal não declarava a accusação por este delicto dependente da queixa ou consentimento das pessoas offendidas, em vista do preceito final do artigo 639.º só *é ouvido* no processo, e no processo crime, como no processo civel.

No processo para a nullidade ou rescisão do privilegio póde o ministerio publico intervir como parte principal, artigo 634.º, mas no

processo civel ou crime pela responsabilidade dos contrafactores, com quanto tambem intervenha sempre, só intervem como parte secundaria.

A redacção do artigo 612.º indica igualmente que nos processos criminaes contra os contrafactores de obra litteraria ou artistica tambem não intervem, como parte principal, o ministerio publico. As acções ha de intenta-las *o auctor ou proprietario;* mas por analogia do disposto no artigo 639.º, deverá ser ouvido o ministerio publico tambem n'estes processos.

O determinado no artigo 638.º é igualmente applicavel aos contrafactores ou usurpadores de obra litteraria ou artistica, visto o artigo 460.º do codigo penal, que se acha redigido nos seguintes termos: «Nos casos declarados nos artigos antecedentes (que determinam as penas contra os offensores do direito de propriedade litteraria, artistica, dramatica e de invento), serão adjudicados, a titulo de indemnisação, ao proprietario prejudicado pelo crime os objectos e receitas perdidas: e se alguma cousa faltar para a sua inteira indemnisação, o poderá haver pelos meios ordinarios».

Segue-se pois do preceito consignado n'este artigo, que o pedido da pena não póde accumular-se com o de perdas e damnos, no caso de violação da propriedade do trabalho, senão até onde chegar o valor dos objectos e das receitas perdidas.

Art. 640.º O tribunal que conhecer criminalmente da contrafacção pronunciará sobre as excepções que o réu oppozer, com o fundamento de nullidade ou da perda do direito do auctor.

A nullidade e a perda do privilegio póde allegar-se, como acção e como excepção. Portanto o demandado criminalmente pelo facto de contrafactor póde defender-se, allegando que o auctor tem o privilegio nullo nos termos do artigo 632.º, ou perdido nos termos do artigo 633.º E comquanto o julgamento d'estes factos pertença á jurisprudencia civil, póde todavia o réu allega-los como meios de defeza em processo criminal.

# LIVRO II

## DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR FACTO E VONTADE PROPRIA E DE OUTREM CONJUNCTAMENTE

## TITULO I

### DOS CONTRATOS E OBRIGAÇÕES EM GERAL

### CAPITULO I

#### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 641.º Contrato é o accordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação.



(Vid. artigos 645.º, 646.º, 702.º e 2393.º) Está concluida a materia relativa aos direitos, que se adquirem por simples facto proprio, independentemente da cooperação de outrem.

Entrâmos agora na parte mais rica e mais fecunda do direito civil, que abrange os direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente.

No nosso direito não se faz a distincção entre pacto, contrato e convenção, reconhecida no direito romano, e conservada com mais ou menos modificações em quasi todas as das legislações da Europa.

A base fundamental do contrato é o *consentimento*, cuja viciação annulla essencialmente a convenção; consentimento, que deve ser claramente manifestado, artigo 647.º, para se conhecer perfeitamente a vontade dos pactuantes, e poder crear-se validamente a obrigação juridica. A união ou o *accordo* de duas vontades, pelo menos, constitue o contrato, que só tem cabimento na lei civil, quando importa a *transferencia de um direito*, ou a *sujeição a uma obrigação*.

O simples *accordo, verbi gratia*, de dar um passeio na companhia de um amigo, não é contrato susceptivel de ser regido pela lei juridica. Só o accordo ou a promessa aceite de *transferir um direito* é que é verdadeiro contrato.

*Transfere-se o direito*, vendendo um objecto, *sujeita-se a uma obrigação*, consentindo uma servidão no predio.

No entretanto, como não ha obrigação sem direito correlativo, e vice-versa, e como não ha sujeição a obrigação, que não se traduza pela transferencia de um direito, as ultimas palavras do artigo eram escusadas.

Pela mesma rasão a inscripção do titulo podia limitar-se ás seguintes palavras: *Dos contratos em geral*, como era pelo projecto primitivo. Todavia a extensão com que o codigo trata da materia das obrigações, depois de expostos os principios geraes reguladores dos contratos, desculpa até certo ponto a alteração na epigraphe do titulo.

Em virtude dos mesmos principios o contrato faz lei entre as partes de modo que, depois de legalmente celebrado, ha de ser pontualmente cumprido, artigo 702.º

Da necessidade do consentimento, como base e essencia dos contratos, resulta como consequencia o não poderem ser feitas as convenções senão pela propria pessoa que consente, ou por outra que ella auctorise, artigo 645.º, porque ninguem é dono do consentimento alheio. Porém a ratificação posterior equivale ao mandato anterior, artigo 646.º

Tambem pela regra de que as cousas, juridicamente fallando, pelos mesmos modos por que se fazem, por esses se desfazem, os contratos depois de feitos só pelo mutuo consenso podem ser alterados ou revogados, artigo 702.º

É porém necessario attender a que muitas vezes a revogação do contrato, longe de significar a extincção d'este, representa a formação de outro contrato, com quanto revogatorio d'aquelle. N'este caso deve ser regido o acto pelas formalidades inherentes á sua natureza propria. O comprador, por exemplo, de um predio rustico, que depois de ter adquirido irrevogavelmente o dominio, accorda com o vendedor em dar sem effeito a venda, e revender-lhe o predio, longe de se limitar a invalidar e revogar o anterior contrato, forma um contrato novo.

Ha de sujeitar-se não só a todas as formalidades e requisitos indispensaveis para a validade do contrato, mas ha de rehaver o predio com todos os encargos que lhe tenham sido impostos durante a posse e dominio do novo possuidor.

A manifestação do consentimento por intermedio de terceiro dá logar á exposição dos differentes principios, que regulam o mandato, e que formam um capitulo importante do direito civil.

Quando a manifestação vem depois de feito o contrato, ou se repete, depois de feito o contrato com vicio, que o invalida, têem logar a ratificação ou revalidação.

Convem notar que se regulam pelas disposições do artigo 702.º e seguintes não só as obrigações provenientes dos contratos, mas quaesquer outras, ou sejam derivadas da lei, ou de facto meramente pessoal, em tudo o que lhes for applicavel, artigo 2393.º

**Art. 642.º** O contrato é unilateral ou gratuito, bilateral ou oneroso. É unilateral ou gratuito, quando uma parte promette e a outra aceita; é bilateral ou oneroso, quando as partes transferem mutuamente alguns direitos e mutuamente os aceitam.

O artigo correspondente (743.º) do projecto primitivo era redigido nos seguintes termos. «O contrato póde ser *unilateral* ou *bilateral*, *oneroso* ou *gratuito*. *Unilateral* é aquelle em que sómente uma das partes se obriga; *bilateral*, aquelle em que ambas as partes se obrigam reciprocamente; *oneroso*, aquelle em que se estipulam proveitos e encargos reciprocos; e *gratuito*, aquelle em que o proveito é sómente de uma das partes.»

A commissão revisora alterou esta redacção nos termos que hoje se lêem no codigo. Por isso em vista da disposição do artigo, quando só um dos pactuantes transfere o direito, e se sujeita a obrigações, sem que o outro em compensação transfira algum direito ou se sujeite a alguma obrigação, o contrato é *unilateral* ou *gratuito*, como na doação em que é o doador só a transferir vantagens, e o doado só a recebe-las. Quando os pactuantes ambos ou todos mutuamente se transferem direitos, e se sujeitam a obrigações, o contrato é *oneroso* ou *bilateral*, como na compra e venda em que o vendedor transfere o objecto vendido, e o comprador transfere o preço, e ambos se sujeitam á obrigação de tornar effectiva a entrega ou transferencia do respectivo objecto.

Esta distincção é importante; porque, segundo a natureza dos contratos, isto é, segundo elles são unilateraes ou bilateraes, assim estão sujeitos a regras especiaes differentes. Por exemplo: se houver duvida sobre os accessorios do contrato, e a intelligencia d'elle não podér fixar-se nos termos do artigo 684.º, são differentes as regras de interpretação segundo o contrato é gratuito ou oneroso, resolvendo-se no primeiro caso a duvida pela menor transmissão de direitos e de interesses, e no segundo pela maior reciprocidade de interesses, artigo 685.º

O projecto primitivo fazia differença entre contrato unilateral e bilateral, oneroso e gratuito. Bem andou porém a commissão revisora em reduzir as duas distincções a uma só, e em não introduzir nenhuma outra, porque os contratos, em geral, pela especialidade das regras a que estão sujeitos, não comportam outra distincção, alem da reconhecida no artigo.

A caracteristica do contrato *unilateral*, por exemplo, não consiste em se obrigar só uma das partes, porque ambas se obrigam, aliás não ha contrato, mas em ser só uma a transferir vantagens ou a sujeitar-se a incommodos.

A commissão revisora porém tambem não foi feliz com a nova redacção. A julgar só pela redacção parece que não ha o facto da *transferencia* ou *tradição* nos contratos unilateraes, e que não ha o facto da *promessa* nos bilateraes; quando é certo que a promessa e a aceitação são a base de todos os contratos, qualquer que seja a sua natureza, e que tanto n'uns como n'outros, ha o facto da transferencia. Ha no commodato, contrato gratuito, como na compra e venda, contrato oneroso, a transferencia do direito. A unica distincção logica entre contratos gratuitos e onerosos consiste em que n'aquelles só uma das partes aufere vantagens e só a outra tem encargos, emquanto que n'estes os interesses e incommodos são reciprocos, e, por esse motivo sómente, são sujeitos a regras especiaes, que em occasião opportuna examinaremos.



Haveria apenas a distinguir ainda entre contratos commutativos e aleatorios. Aquelles porém estão comprehendidos na disposição do artigo, em toda a sua generalidade, e as regras especiaes, relativas a estes, vem expostas nos artigos 1537.º e seguintes. Seria tambem admissivel a distincção entre contratos principaes e accessorios, e entre puros e alternativos, mas as regras especiaes relativas a estas classes de convenções ver-se-hão nos logares competentes.

A divisão de contratos, que faziam os romanos, em *reaes*, *consensuaes* e *litteraes*, é que não tem applicação alguma entre nós, no sentido em que era tomada na legislação d'aquelle povo.

**Art. 643.º** Para o contrato ser valido devem dar-se n'elle as seguintes condições:

1.º Capacidade dos contrahentes;

2.º Mutuo consenso;

3.º Objecto possivel.

## CAPITULO II

### DA CAPACIDADE DOS CONTRAHENTES

**Art. 644.º** São habeis para contratar todas as pessoas não exceptuadas pela lei.

(Vid. artigos 669.º, 670.º, 671.º n.º 4.º, 683.º, 691.º, 1433.º, 1476.º, 1477.º, 1556.º, 1558.º a 1560.º, 1597.º, 1599.º, 1664.º, 1743.º, 1763.º, 1886.º, 2023.º e 2509.º) Faltando um dos requisitos marcados no artigo 643.º, não é valido o contrato, porque os requisitos n'elle determinados são essenciaes e communs a todos os contratos.

Outras condições se exigem em casos especiaes para a validade dos contratos, como por exemplo, a escriptura publica para a alienação de bens immobiliarios de valor excedente a 50$000 réis, artigos 1459.º, 1590.º e 1594.º, etc.

O codigo porém enumera n'aquelle artigo apenas as condições geraes e communs a todos os contratos, reservando-se a exposição das condições peculiares a cada um para o logar proprio, em que d'elle se tratar.

Nos contratos ha elementos *essenciaes*, *naturaes* e *accidentaes*.

*Essenciaes* são aquelles, faltando um dos quaes, não existe o contrato. Assim os elementos essenciaes do contrato de compra e venda são cousa certa, preço certo e consentimento. Faltando um d'estes requisitos não ha contrato de compra e venda.

*Naturaes* são aquelles que se subentendem sem se convencionarem, mas que poderiam eliminar-se sem aniquilar o contrato; assim

a evicção é elemento natural da compra e venda, artigo 1581.º, mas poderia estipular-se, sem deixar de existir o contrato de compra e venda, que o vendedor não seria obrigado á evicção, artigo 1051.º n.º 1.º

*Accidentaes* são aquelles que não se reconhecem sem serem expressamente estipulados; assim na venda deve pagar-se logo o preço, mas póde estipular-se que a venda seja a prasos.

No projecto primitivo, e nos projectos da commissão revisora de 1863 e 1864, achava-se redigido o artigo 643.º nos seguintes termos: «Para que o contrato seja valido deve reunir, nos termos declarados na lei, as seguintes condições». As palavras «*nos termos declarados na lei*» foram eliminadas, de certo, por inuteis, e não porque o codigo não adopte a idéa por ellas significada.

É evidente que a capacidade dos contrahentes, o mutuo consenso, e a possibilidade do objecto, hão de ser regulados nos termos prescriptos na lei.

1.º, etc. A respeito da *capacidade* dos contrahentes a regra geral é a estabelecida no artigo 644.º, isto é, que todos são capazes de contratar, salvo os que estão feridos de incapacidade ou por disposição da lei, como os menores e até certo ponto as mulheres casadas, ou por sentença judicial, como os interdictos.

A incapacidade tambem póde ser *absoluta*, isto é, para todos e quaesquer negocios, ou *relativa*, isto é, só para certos e determinados negocios. São *absolutamente* incapazes de contratarem ou de se obrigarem os dementes. São *relativamente* incapazes, por exemplo, os testamenteiros, que não podem comprar bens da testamentaria, etc.

Tambem póde ser *permanente* a incapacidade, como a do surdo-mudo analphabeto, ou *temporaria*, como a dos que estão em delirio, embriaguez, ou n'outro estado similhante, artigo 353.º

A *capacidade* é a regra geral, a *incapacidade* a excepção.

A lei procedeu bem, tomando por base a capacidade, vistoque a capacidade é a regra e a incapacidade a excepção.

É por esta mesma rasão, que o codigo estabelece no artigo 2509.º, a regra geral de que todas as pessoas, homens e mulheres, podem ser testemunhas, exceptuando aquellas, que forem inhabeis por incapacidade natural, ou por disposição da lei.

Por disposição da lei são as mulheres inhabeis para testemunhar em actos instrumentarios, artigos 1966.º e 2492.º

Pela mesma rasão permitte o codigo testar a todos aquelles a quem a lei o não prohibe expressamente, artigo 1763.º

Tambem só os que podem contratar é que podem comprar ou vender, artigos 1559.º e 1560.º, locar e aceitar a locação, artigos 1597.º e 1599.º

Só os que podem alienar é que podem hypothecar, artigo 894.º, e emprazar seus bens, artigo 1667.º Por isso o homem casado, que não póde alienar bens immobiliarios sem outorga da mulher, os não póde tambem emprazar nem hypothecar sem essa outorga, artigo 1668.º

Tanto ao vendedor como ao comprador, tanto ao locador como ao locatario, é applicavel o principio geral consignado no artigo 1559.º, de ser inhibido de contratar ou pelo seu *estado*, ou pela *natureza da cousa*.

Assim os dementes, pelo seu *estado* pessoal, não podem vender nem comprar, nem locar, nem receber de locação. Pela *natureza* da cousa ninguem póde comprar, nem vender herança de pessoa viva, artigo 2042.º; ninguem póde locar cousa indivisa sem consentimento do comproprietario, artigo 1598.º; nem póde aceitar a locação de cousas, que estejam comprehendidas nas disposições do artigo 1599.º, ou que não estejam em commercio.



Só podem ser testamenteiros os que podem contrahir obrigações, artigo 1886.º; porque, quem aceita a execução testamentaria, contrahe todas as obrigações do mandatario, e por isso responde pela sua gerencia, e pelos damnos occasionados por sua culpa ou negligencia.

Pela mesma rasão só quem é habil para contratar, ou tem a livre administração de seus bens é que póde aceitar ou repudiar herança, artigo 2023.º, vistoque pela aceitação da herança se contrahem obrigações, e pelo repudio se alienam direitos.

O codigo não trata agora da capacidade dos contrahentes, como requisito dos contratos, porque já tratou amplamente d'este objecto no livro I, em que se occupou do *estado* das pessoas.

N'este livro occupa-se apenas dos requisitos 2.º e 3.º, isto é, do mutuo consenso, e da possibilidade do objecto.

3.º, etc. As palavras *objecto possivel*, abrangem tanto a possibilidade *physica*, como a possibilidade *legal*, artigo 669.º Só podem por isso ser objecto de emprazamento os bens immoveis alienaveis, artigo 1664.º

Tanto se annulla a convenção se a cousa impossivel for o objecto principal do contrato, como se for apenas condição, artigo 683.º Assim é igualmente nullo o contrato que tenha por *objecto* ou por *condição, verbi gratia*, esgotar a agua do mar, ou perpetrar um assassinato.

As condições absolutamente impossiveis são aquellas, a cuja execução se oppõem as leis da natureza, *obligatio impossibilium nulla est*.

Mas é preciso que a impossibilidade physica seja *absoluta*, isto é, que seja impossivel para todos, e não para o pactuante sómente. É tambem indispensavel que a cousa seja *legalmente* possivel.

Podem ser physicamente possiveis as condições, mas contrarias á lei ou aos bons costumes, e o legislador não deve permitti-las, como a condição de commetter um crime, a condição imposta á mulher casada de abandonar o domicilio do marido, que ella nos termos da lei é obrigada a seguir, etc.

Estas condições não obrigam mais do que as naturalmente impossiveis; por isso os actos contrarios á moral publica, ou ás obrigações legaes não podem ser objecto de contrato, artigo 671.º n.º 4.º

No projecto primitivo a redacção do n.º 4.º do artigo 764.º, correspondente ao artigo 671.º do codigo, era a seguinte: «Os actos illicitos ou contrarios ás obrigações impostas por lei».

Passou aquelle numero com a mesma redacção para o primeiro projecto da commissão revisora, edição de 1863, e em a nota ao artigo 749.º, correspondente d'esta edição ao artigo 671.º do codigo, se declara que a segunda parte d'este numero havia sido approvada, mas que, quanto á primeira, relativa aos actos illicitos, havia decidido a commissão que, para ser nullo o contrato, não bastava que os actos, objecto d'elle, fossem contrarios aos principios geraes e absolutos da moral, mas que era necessario que, alem de contrarios a ella, fossem tambem prohibidos e reprovados por alguma lei.

A este respeito diz a acta da sessão da commissão revisora de 17 de dezembro de 1860:

«Depois de larga discussão foi approvada a segunda parte, quanto a actos contrarios ás obrigações impostas por lei, e em relação á primeira, isto é, a actos illicitos, votou-se por quesitos, a saber:

«1.º Ha de ser nullo o contrato quando tiver por objecto actos contrarios á moral, sendo prohibidos ou reprovados por alguma lei? Decidiu-se que sim unanimemente.

«2.º Ha de ser nullo tambem quando esses actos forem contrarios aos principios geraes e absolutos da moral, ainda mesmo não prohi-

bidos nem reprovados expressamente pela lei? Decidiu-se que não por maioria, declarando o sr. Ferrão que votava pela affirmativa, e o sr. José Julio que votava pela negativa, mas votaria pela nullidade dos contratos, cujo objecto fossem actos contrarios á moral publica, e o sr. Ferreira Lima que n'este sentido entende o seu voto contra o quesito 2.º».

Esta resolução porém, não foi consignada em preceito. Pelo contrario no projecto de 1864 (artigo 683.º) apparece já o n.º 4.º com a mesma redacção que tem no artigo 671.º do codigo.

Depois adoptou-se a doutrina de prohibir nos contratos a estipulação de actos contrarios á moral publica. A significação das palavras *moral publica*, é ainda extremamente vaga, mas não ha outras com significação mais precisa para este caso; e, ao menos, aquellas são já classicas na nossa jurisprudencia, achando-se até adoptadas na carta constitucional.

Basta pois que o objecto ou a condição do contrato sejam contrarios á moral publica, ainda que não prohibidos por lei, para ser nullo o contrato. Os tribunaes apreciarão em cada hypothese especial se o contrato na sua base ou nas suas condições contém preceito, realmente contrario á moral publica.

O codigo tratando das condições impostas nos testamentos, que devem reputar-se não escriptas, menciona unicamente, como taes, as impossiveis, absoluta ou relativamente, e as contrarias á lei, sem especificar as *contrarias á moral publica*. Entendemos porém que na disposição do artigo 1743.º estão comprehendidos todos os actos a que se refere o n.º 4.º do artigo 671.º, e ainda porque nos termos do artigo 145.º § 4.º da carta constitucional, todos são obrigados a respeitar a *moral publica*.

Como a palavra *possivel* abrange tanto a possibilidade physica, como a moral, por isso o codigo não exige como essencial para a validade dos contratos um quarto requisito, que se encontra n'outros codigos, muito usado nos escriptores de direito romano, que é — causa licita na obrigação.

Nos contratos só se considera physicamente impossivel o que o é com relação ao objecto, mas não o que o é com relação á pessoa, artigo 670.º Assim é nullo o contrato, em que alguem se compromette a beber a agua de um rio, mas não é nullo o contrato em que alguem, sem entender de construcções, se compromette a por si edificar uma casa, porque responde por perdas e damnos no caso de inexecução do contrato.

As condições impossiveis physica ou legalmente, superiores ás forças do individuo, ou contrarias ás leis e aos bons costumes, ao passo que annullam os contratos, reputam-se não escriptas nos testamentos, artigo 1743.º Estas condições nas disposições de ultima vontade *vitiantur et non vitiant*, como dizem os doutores.

Qual será pois a rasão por que uma condição impossivel ha de prejudicar uma liberalidade feita em escriptura de doação, e não ha de affectar igual liberalidade, feita em disposição de ultima vontade?

Dizem alguns que o ajuste de clausulas impossiveis, physica ou moralmente, nos contratos, não significa vontade seria nos pactuantes de se obrigarem, e que o testamento é um acto serio, em que não póde admittir-se a presumpção de gracejo, devendo attribuir-se as condições impossiveis antes a inadvertencia do testador.

Esta explicação porém é inaceitavel. Tudo quanto se allega para a nullidade do contrato, por conter clausulas impossiveis, colhe igualmente para a nullidade do testamento.



A verdade é que no testamento, no qual não intervieram nem os herdeiros, nem os legatarios, não ha para elles a obrigação de cumprir condições impossiveis, ou contrarias aos bons costumes. Não ha motivo legitimo para os privar da liberalidade do testador.

Póde concluir-se da disposição, ainda que a condição desappareça, que o testador quiz que a cousa pertencesse antes ao instituido, do que aos seus herdeiros legitimos, aos quaes elle preferiu evidentemente aquelle.

Nos contratos porém, como não predomina a intenção de fazer uma liberalidade, e onde a condição póde antes considerar-se como causa unica do contrato, desapparecendo a condição, que é a base do contrato, desappareceu o motivo principal que determinava a obrigação, e é por isso necessario declara-la sem effeito.

Por outro lado deve notar-se que o legislador tratou com especial favor, como tem sido tratadas sempre, as disposições de ultima vontade.

A condição imposta ao herdeiro ou legatario de tomar o sobrenome do testador é valida, não póde reputar-se contraria á lei.

Outra differença se nota entre os contratos e as disposições de ultima vontade, quanto a condições impossiveis. Nos contratos as condições relativamente impossiveis, isto é, com relação á pessoa, são validas, artigo 670.º Nas disposições de ultima vontade tanto se reputam não escriptas as absolutamente impossiveis, como as relativamente impossiveis, artigo 1743.º

É nullo o contrato de venda ou troca de herança de pessoa viva, artigos 1556.º, 1594.º e 2042.º, por ser contrario á lei e á moral publica o objecto do contrato.

É nulla por *impossibilidade physica* a venda de cousa que já não existisse ao tempo do contrato, artigo 1558.º, como se comprei um edificio, que estava já incendiado ao tempo da venda.

N'este caso, apesar de ficar o assento ou os alicerces do predio, reputa-se perdida a cousa na totalidade, porque o resto em nada satisfaz ao fim do comprador. Falta n'esta hypothese um dos tres requisitos *essenciaes* da venda, — *cousa certa*.

Verificada esta hypothese, o vendedor restitue o preço, porque verdadeiramente não chegou a haver venda; e, no caso de dolo, isto é, se sabia que a cousa já não existia, responde tambem por perdas e damnos. Se o comprador sabia que a cousa já não existia, não póde reclamar o preço, que tem então, para assim dizer, o caracter de doação, e ainda por argumento do disposto no artigo 1051.º n.º 1.º

Se tiver perecido parte da cousa ao tempo da venda, artigo 1558.º § unico, deixa-se ao comprador a opção de rescindir o contrato, ou de aceitar a parte restante com reducção do preço, porque o objecto existente ao tempo da venda não é aquelle que elle quiz comprar. Por exemplo, comprei por 1:000$000 réis, casa, pomar e jardim. Ardeu ou foi-me evicta só a casa, que se avaliou em separado do pomar e jardim em 600$000 réis. Posso rescindir o contrato, ou posso ficar com o jardim e pomar, pagando, por exemplo, 400$000 réis, ou recebendo 600$000 réis, se já estava pago o preço.

A disposição do artigo 1558.º do codigo é analoga ao preceito do artigo 461.º do codigo commercial, que está redigido nos seguintes termos:

«A venda é nulla, perecendo a totalidade da cousa ao tempo da venda. Perecendo só parte, é da escolha do comprador, ou abandonar a venda, ou pedir a parte, dando o preço proporcional determinado por arbitradores».

Ao comprador podia não convir, senão a totalidade, e não parte da cousa comprada.

Art. 645.º Os contratos podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa devidamente auctorisada.

Art. 646.º Os contratos feitos em nome de outrem, sem a devida auctorisação, produzem o seu effeito sendo ratificados antes que a outra parte se retracte.

(Vid. nota ao artigo 641.º)

## CAPITULO III

### DO MUTUO CONSENSO

Art. 647.º O consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado.

Art. 648.º A manifestação do consentimento póde ser feita de palavra, por escripto, ou por factos d'onde elle necessariamente se deduza.

Art. 649.º Logoque a proposta seja aceita fica o contrato perfeito, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade.

(Vid. artigo 858.º) O codigo começa por expor os actos preparatorios e constitutivos do contrato, necessarios para elle ser *perfeito*, isto é, para produzir todos os seus effeitos.

A lei nova acabou com a differença que por direito antigo se fazia entre contrato perfeito e contrato consummado. Pelo systema do codigo todo o contrato perfeito é consummado, e vice-versa. É o que se deduz das suas differentes disposições, e que mais se confirma pela comparação do artigo 649.º com o artigo 750.º, correspondente do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «Logoque a proposta seja aceita, fica o contrato perfeito e consummado, excepto nos casos em que a lei exige alguma outra formalidade».

Esta redacção foi conservada nas duas primeiras edições do projecto da commissão revisora, apparecendo eliminada a palavra «*consummado*» só no projecto, que foi apresentado, como proposta de lei, ás côrtes.

Como a base dos contratos é o consentimento, aceita a proposta, qualquer que seja a *fórma* da manifestação das vontades, ou se manifeste por palavras, ou por escripto, ou por quaesquer outros factos significativos, comtantoque seja claramente manifestada, o contrato é perfeito.

O consentimento tambem se manifesta claramente por *factos*. O individuo, que entra sem declaração alguma n'uma barca de passagem, compromette-se por este facto a pagar o que for de uso e costume, pelo serviço que lhe prestou o barqueiro.

Mas é necessario que effectivamente se pratique algum facto para se presumir a manifestação do consentimento.

O silencio só por si, sem a pratica de algum facto positivo, ou negativo, mas acompanhado de circumstancias, não induz consentimento.

Por isso diziam os romanos: «*Quis tacet consentire videtur, sed non utique fatetur*».



Os romanos distinguiam entre contratos consensuaes, reaes e escriptos, segundo se *aperfeiçoavam* só pelo consentimento, ou pela tradição, ou pela escripta. Pelo codigo tambem ha contratos que não têem validade, sem serem reduzidos a *escripto*, como na hypothese do artigo 627.º, e em muitas outras; e a *tradição* effeituada pelo registo tem tambem os effeitos juridicos, marcados nos artigos 951.º e seguintes.

Convem no entanto advertir, que pelo nosso direito, ainda n'estes casos, se aperfeiçoa o contrato só pelo consentimento.

Para a validade do contrato do penhor, por exemplo, entre *as proprias partes*, não basta o consentimento, é indispensavel tambem a entrega da cousa, artigo 858.º, mas para evitar que o devedor, conservando o objecto em seu poder, o obrigue successivamente a muitos crédores, empregando assim de meios de fraude, contra a qual em muitos casos não haveria outros recursos, senão os processos criminaes; e, se o penhor consiste em objectos incorporeos, é necessaria a entrega do titulo. Nenhuma d'estas formalidades porém é necessaria, como prova da manifestação do consentimento, mas sim como garantia do contrato.

A escriptura publica exige-se apenas nos contratos de elevada importancia, como fórma mais solemne da manifestação do consentimento; mas exige-se, não como elemento do contrato, e sim como prova mais completa do consentimento. A tradição nos casos referidos tem tambem effeitos, que a não tornam indispensavel para a perfeição do contrato; e requer-se por motivos estranhos á manifestação do consentimento.

Art. 650.º Se os estipulantes estiverem presentes, a aceitação será feita no mesmo acto da proposta, salvo se entre si concordarem n'outra cousa.

Art. 651.º Se os estipulantes não estiverem presentes, a aceitação será feita dentro do praso assignado pelo proponente.

Art. 652.º Na falta de praso assignado considerar-se-ha como não aceita a proposta, se a outra parte não responder dentro de oito dias, alem do tempo necessario á ida e volta regular do correio publico, ou não havendo correio, dentro do tempo que parecer rasoavel, conforme as distancias, a facilidade ou a difficuldade das communicações.

Art. 653.º O proponente é obrigado a manter a sua proposta emquanto não receber resposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsavel pelas perdas e damnos que possam resultar da sua retratacção.

Regulam estes artigos as condições de aceitação da promessa, segundo estão presentes ou ausentes os estipulantes, e, n'este caso, segundo se marcou ou não o praso para se julgar aceita ou rejeitada a proposta.

Se os estipulantes estiverem presentes, é feita a aceitação no mesmo acto da proposta, salvo convenção em contrario. Se Pedro offerece em venda a sua casa a Paulo, póde este logo aceitar, ou ajustar com Pedro o dar-lhe a resposta, por exemplo, dentro de oito dias; e, em-

quanto não findar este praso, Pedro não póde dispor da casa, por argumento tambem do disposto no artigo 653.º Se Pedro, não estando na mesma terra que Paulo, lhe escreve, offerecendo-lhe a casa, e pedindo-lhe resposta dentro de quinze dias, por exemplo, passado este praso, sem Paulo responder, fica Pedro exonerado dos effeitos da sua promessa.

Se Pedro não marca praso, e ha correio para a terra de Paulo, dão-se-lhe oito dias para responder; e, se não houver correio, dá-se-lhe o tempo, que ao juiz parecer necessario conforme as distancias, e a facilidade ou difficuldade das communicações.

Se não houver correio, por argumento do disposto na primeira parte do artigo 652.º, deve o juiz marcar, alem do tempo necessario á ida e volta, o praso de oito dias.

Se Pedro faltar é obrigado a responder por perdas e damnos para com Paulo. Assim, se este soffreu algum prejuizo por ter *dormente* o dinheiro que destinava para a compra da casa, ha de Pedro indemnisa-lo.

A disposição do artigo 652.º é applicavel, tanto ao caso de o proponente expedir a sua carta pelo correio, como ao caso de a enviar por um proprio. Em ambas as hypotheses se conta do mesmo modo o praso para se julgar não aceita a proposta.

O artigo 653.º é que faz uma profunda alteração na doutrina do artigo 252.º do codigo commercial, que permittia ao proponente o retractar a proposta até ao *facto da aceitação*, salvo se ao faze-la se comprometteu a esperar resposta; e a não dispor do objecto do contrato, senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorresse um praso determinado.

O artigo 653.º não admitte esta retractação, depois de feita a proposta, emquanto se não recebe a resposta da outra parte nos termos do artigo 652.º

Art. 654.º Quando a resposta envolver modificação na proposta, considerar-se-ha esta modificação como nova proposta.

Se na hypothese acima posta, Paulo respondesse que comprava a casa, mas por ametade do preço, por exemplo, que Pedro lhe pedia, findos os oito dias ficava Pedro exonerado da obrigação, que contrahira pela promessa, e podia aceitar ou deixar de aceitar a proposta de Paulo, ficando este obrigado a manter a sua palavra até que decorresse o tempo marcado para se aceitar ou regeitar a sua promessa.

Esta *modificação* considera-se para os effeitos juridicos, como proposta nova, e inteiramente distincta da primeira.

Art. 655.º Se ao tempo da aceitação tiver fallecido o proponente, sem que o aceitante fosse sabedor da sua morte, serão os herdeiros do proponente obrigados a manter a proposta, nos termos do artigo 653.º, salvo se o contrario resultar da natureza da convenção.

Os herdeiros do proponente succedem-lhe não só nos direitos, mas tambem nos encargos, e portanto na *obrigação* de manter a proposta, em attenção á boa fé do aceitante, que poderia soffrer graves prejuizos, se ella ficasse effectivamente sem execução, pela direcção que tivesse dado aos seus negocios na convicção de ter effeito a aceitação.



Se porém o aceitante sabia ao tempo da aceitação, do fallecimento do proponente, cessou toda a rasão de contemplação com a boa fé, que já não tinha.

Os herdeiros só ficam exonerados de manter a promessa do proponente, se o aceitante sabia do fallecimento d'este, ou quando a obrigação *pela sua natureza* não era transmissivel, como se o fallecido, perito em qualquer arte, tivesse offerecido a feitura de uma obra da sua arte, que os herdeiros não podessem desempenhar.

Art. 656.º O consentimento prestado por erro ou coacção produz a nullidade do contrato, nos termos seguintes.

Art. 657.º O erro do consentimento póde recaír:

1.º Sobre a causa do contrato;

2.º Sobre o objecto ou as qualidades do objecto do contrato;

3.º Sobre a pessoa com quem se contrata, ou em consideração da qual se contrata.

Art. 658.º O erro sobre a causa do contrato póde ser de direito ou de facto.

Art. 659.º O erro de direito ácerca da causa produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario.

Art. 660.º Se o erro ácerca da causa for de facto, só produzirá nullidade se o contrahente enganado houver declarado expressamente que só em rasão d'essa causa contratára, e esta declaração tiver sido expressamente aceita pela outra parte.

Art. 661.º O erro sobre o objecto do contrato, ou sobre as qualidades do mesmo objecto, só produz nullidade havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circumstancias do mesmo contrato, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa rasão e não por outra contratára.

Art. 662.º Sendo relativo o erro á pessoa com quem se contrata, observar-se-ha o que no artigo antecedente fica disposto ácerca do objecto do contrato: mas se o erro disser respeito a pessoa que não figure no contrato, observar-se-ha o que fica disposto no artigo 660.º

(Vid. artigos 758.º e § 1.º, 1582.º, 1606.º n.º 5.º, 1719.º, 1745.º, 2036.º n.º 3.º e 2413.º) O artigo 656.º, que póde considerar-se a epigraphe dos restantes artigos d'este capitulo, menciona apenas o *erro* e a *coacção*, como vicios, que annullam o consentimento, sem especificar o dolo e a má fé, que aliás são causa de nullidade do contrato nos termos do artigo 663.º Todavia o legislador procedeu assim, comprehendendo o dolo e a má fé no erro, vistoque ao erro induzem, e d'elle são causa.

Para os effeitos grammaticaes a distincção entre erro e dolo é completa e cabal, porque o erro póde ter nascido naturalmente, e o dolo e a má fé induzem sempre premeditação e proposito de enganar ou de não desenganar.

Mesmo para os effeitos juridicos a distincção não é indifferente, porque em nosso entender, apesar do silencio do artigo 663.º, o que

por dolo ou má fé foi induzido a contratar, tem direito a reclamar, alem da nullidade do contrato, a indemnisação de perdas e damnos, o que não succede, se apenas tiver havido erro, porque n'esse caso a falta de consentimento importa simplesmente a nullidade do contrato.

Entre o *erro* e a *ignorancia*, cujas definições démos em a nota ao artigo 9.º, a distincção para os effeitos juridicos nos contratos é nenhuma.

Não ter conhecimento de uma cousa, e fazer d'ella falsa idéa, é em todo o caso não saber o que se promette ou o que se aceita; e as partes não consentem, quando não sabem o que fazem.

A commissão revisora introduziu n'esta materia novas doutrinas, fazendo profundas e utilissimas alterações no projecto primitivo, cujo systema era extremamente confuso e deficiente.

Para se conhecer a importancia dos melhoramentos, introduzidos pela commissão revisora, basta comparar com a redacção dos artigos 657.º a 665.º do codigo o artigo 738.º do projecto primitivo correspondente, que era concebido nos seguintes termos:

«É nullo o contrato por erro: 1.º, se o erro for commum a ambos os contrahentes, e algum d'elles o quizer reclamar; 2.º, se o erro recaír sobre o motivo, ou objecto do contrato, havendo o enganado declarado ou provando-se das circumstancias do mesmo contrato, igualmente, conhecidas da outra parte, que n'essa falsa supposição, e não por outra causa, contratára; 3.º, se o erro proceder de dolo ou má fé do outro contrahente; 4.º, se o erro proceder de dolo de terceiro, que possa ter interesse no contrato. § unico. Entende-se por dolo, nos contratos, qualquer suggestão ou artificio que se empregue para induzir em erro, ou manter n'elle algum dos contrahentes; e por *má fé*, a dissimulação do erro do outro contrahente, uma vez conhecido.»

Vê-se pois, que o projecto primitivo não só não distinguia entre erro de facto e erro de direito, mas que nem regulava com a devida clareza os effeitos juridicos do erro, segundo as hypotheses geraes em que elle póde dar-se.

Os principios geralmente estabelecidos em direito romano levavam á conclusão de que o erro de facto annullava os contratos, e de que o erro de direito não affectava a validade das convenções, pela rasão de que os factos eram infinitos, *et jus finitum*. O erro é *de facto*, se fiz uma doação a Pedro, julgando que contratava com Paulo; é *de direito* se emprestei dinheiro a um filho familias ou a uma mulher casada, na idéa de que estas pessoas eram competentes para por si se obrigarem.

O nosso codigo seguiu n'esta materia a mesma doutrina que o codigo italiano. Com relação ao erro de direito estabelece a regra geral, de que elle só annulla os contratos, recaindo sobre a *causa* do contrato.

A palavra «*causa*» tem aqui significação differente da que exprime n'outras legislações, onde se toma como synonyma de *titulo*. Aqui toma-se *causa* pelo *motivo*, como se expressava o projecto primitivo, ou pelo *fim*, que determinou o pactuante a contratar, segundo a linguagem do artigo 692.º

Portanto o erro de direito, de que aqui se trata, é aquelle que foi *causa unica ou principal* do contrato.

Os principios, que estamos expondo com relação ao erro de direito, são exclusivamente applicaveis á materia de contratos.

Outras são as regras relativas ao erro de direito em materia estranha aos contratos, como já tivemos occasião de ponderar em a nota ao artigo 9.º



N'alguns casos o erro de direito não exclue o elemento de boa fé. Na materia do casamento putativo, por exemplo, está geralmente admittido que a bôa fé póde resultar tanto do erro de direito, como do erro de facto.

O erro, ou desconveniencia das nossas idéas com a natureza da cousa, annulla o contrato por falta de consentimento — *non videntur consentire qui errant*.

Porém como a certeza dos contratos é reclamada pelas mais urgentes considerações de interesse publico, não vicia o contrato o erro ligeiro e simples, mas só o erro nas condições rigorosamente prescriptas n'estes artigos.

O erro póde ser de direito ou de facto. Examinaremos primeiramente as consequencias do erro de facto, que póde recaír ou na *causa*, ou no *objecto*, ou na *pessoa* com quem, ou por via de quem se contrata.

O erro de facto quanto á *causa* comprehende tanto o erro sobre a *natureza* do contrato, como o erro sobre o *motivo* que determinou a vontade do pactuante. Se faço uma doação, suppondo que fazia uma venda, recaiu o erro sobre a *natureza* do contrato; se compro um livro por julgar perdido o exemplar que possuia, recae o erro sobre o *motivo* do contrato.

O erro de facto que recae sobre a *causa*, ou sobre terceira *pessoa*, que não figurou no contrato, só annulla o acto juridico, tendo o enganado declarado *expressamente*, que só em rasão d'essa *causa* ou *pessoa* se contratára, artigos 660.º e 662.º, e tendo esta declaração sido expressamente aceita pela outra parte.

*Causa*, como diz a lei romana, *est ratio, propter quam aliquid datur, aut fit*. Assim, eu contrato a compra de uma espada ou de um cavallo, por ter pertencido a um general distincto, e só *por este motivo* faço a compra, aceitando-me o vendedor esta condição; se a espada não pertenceu ao general é nullo o contrato.

Compro um quadro na persuasão de ser obra de Miguel Angelo ou de Raphael, e só por essa rasão, que declaro ao vendedor, e que elle aceita; se depois se verifica que o quadro é de outro auctor, este erro de causa annulla o contrato.

Póde dizer-se que n'estes casos a *causa* foi a verdadeira *substancia* do contrato.

O erro que recae sobre o *objecto*, ou sobre a *pessoa* com quem se contrata, annulla o acto, ainda que o enganado não tenha declarado expressamente que só em rasão d'aquelle objecto ou d'essa pessoa contratára, se pelas circumstancias, igualmente conhecidas da outra parte se podér mostrar que só por esta rasão effectivamente contratára, artigos 661.º e 662.º

O erro sobre o *objecto*, ou sobre as *qualidades*, em virtude das quaes se contratou, annulla o acto. Assim, compro um cavallo, em vez de outro, que queria comprar, ha erro sobre o *objecto;* compro um cavallo para tirar um carro, e elle não sabe trabalhar a um trem, ha erro sobre as *qualidades* do objecto.

O erro sobre o *objecto* ou sobre as *qualidades* do objecto só annulla o acto, quando se prove que só por aquella rasão o enganado contratára, e que essa rasão fôra conhecida do outro pactuante, poisque o objecto póde não satisfazer ás condições ordinarias para que é destinado, e no entretanto não se invalidar por isso o acto juridico.

Assim compro um relogio de cobre, e que não regula: nem por isso se annulla o contrato, se o relogio foi comprado como uma peça de antiguidade, ou por ter sido propriedade de algum homem notavel,

etc. Estas *circumstancias* representam na hypothese sujeita a verdadeira substancia do contrato.

Alem da nullidade do contrato nos casos de dolo, estabelece a nossa legislação criminal penas contra o pactuante doloso em certos casos.

Pelo codigo penal, artigo 456.º, é punido, com prisão de um mez a um anno, e multa correspondente, o que enganar o comprador sobre a *natureza* da cousa vendida, o que enganar o comprador, vendendo-lhe mercadoria falsificada, ou generos alterados com alguma substancia, postoque não nociva á saude, para augmentar o peso ou volume, e o que, usando de pesos falsos ou medidas falsas, enganar o comprador. Se for ourives de ouro ou de prata, que commetta a falsificação, mettendo nas obras, que fizer para vender, alguma liga, porque a lei, bondade e valia do ouro ou prata seja alterada, ou engastando ou pondo pedra falsa, ou contrafeita; ou que engane o comprador sobre o peso ou toque do ouro, ou prata, ou sobre a qualidade de alguma pedra, a pena será a de prisão de tres mezes a tres annos, e multa correspondente.

A final o codigo, abandonando a linguagem do direito romano, que distinguia entre o erro *dans causam contractui*, e o erro *non dans causum contractui*, reconhece e sancciona até certo ponto a mesma idéa.

A respeito das causas, que annullam ou rescindem os contratos, fez tambem o codigo importantes modificações na legislação anterior, acabando com as acções de lesão e de redhibição.

Pelo direito anterior, ordenação livro IV, titulo XIII, podia rescindir-se por lesão qualquer contrato oneroso, em que algum dos pactuantes fosse lesado em mais de ametade do justo preço, devidamente calculado pelo que a cousa valia por commum e geral estimação ao tempo do contrato, sendo esta lesão chamada enorme, para se distinguir da enormissima, que cada um avaliava a seu arbitrio, mas que, segundo a melhor e mais geral opinião, tinha logar, quando o engano era de mais de dois terços do valor da cousa. Estas duas acções porém apenas se distinguiam, quanto á epocha da sua duração, e quanto á restituição dos fructos.

Havia tambem a acção de redhibição, citada ordenação livro IV, titulo XVII e codigo commercial, artigos 485.º e 486.º, que pertencia ao comprador contra o vendedor, ou para desfazer o contrato, ou para pedir a respectiva indemnisação em proporção dos vicios ou defeitos occultos da cousa, que a tornavam impropria para o uso, a que era destinada, ou que diminuiam de tal sorte esse uso, que, se o adquirente os soubesse, a não teria querido, ou a não teria querido por tal preço.

Na compra e venda hoje a lesão e os vicios redhibitorios só annullam o contrato, ou dão direito á acção de rescisão, se envolverem erro de consentimento, artigo 1582.º; e cremos que a mesma jurisprudencia deve applicar-se ao caso de arrendamento, artigo 1606.º n.º 5.º

Não é natural que o legislador quizesse responsabilisar na compra e venda o alheador, pelos vicios da cousa, unicamente, quando elles envolvessem erro que annullasse o consentimento, e quizesse responsabilisar por elles o senhorio no arrendamento, ou os vicios envolvessem ou não erro de consentimento.

Deve notar-se tambem, que tanto na venda, como no arrendamento cessa a responsabilidade do alheador ou do senhorio, se os vicios são *conhecidos* do adquirente ou do arrendatario, porque então presume-se que estes tomaram sobre si o risco d'elles, artigo 105.º

A responsabilidade é só pelos vicios *occultos*. O alheador ou o senhorio respondem por esses vicios, no caso de erro, ou os conhecessem ou não, com a differença de que no primeiro caso, alem da indemnisação pelos vicios, respondem pelas perdas e damnos, causados pela sua má fé.



No arrendamento responde o senhorio só pelos vicios *anteriores* ao arrendamento, citado artigo 1606.º n.º 5.º, assim como na compra e venda e na troca não responde o alheador pela evicção procedente de causa posterior á transferencia da propriedade, nos termos do artigo 1051.º n.º 3.º

Contra a extincção da acção de lesão levantaram-se as mais vivas reclamações, habituados como estavam os nossos jurisconsultos a esta velharia da nossa ordenação.

O sr. Seabra, porém, na sua resposta ás observações do sr. Joaquim José Paes da Silva, tratou profunda e magistralmente a questão theorica da abolição da acção de lesão, e declarou que as rasões que o determinaram a propor a extincção d'esta acção foram: 1.º, a livre disposição, que é inherente ao direito de propriedade; 2.º, a lei suprema do contrato, celebrado sem erro, dolo, ou violencia; 3.º, não ser a igualdade dos valores da essencia dos contratos commutativos; 4.º, os prejuizos, que podiam resultar da quebra do contrato; 5.º, a attenuação do credito predial por mais uma causa rescisoria, que póde e deve declinar-se; 6.º, a necessidade de harmonisar a lei civil com a lei commercial; 7.º, a conveniencia de diminuir litigios de um resultado muito incerto, e sempre funesto ás partes; 8.º, a difficuldade do arbitramento do justo preço; 9.º, a immoralidade da faculdade, que se concede ao que se diz lesado.

Em seguida desenvolveu o sr. Seabra estas rasões, sustentando a inconcludencia das rasões em contrario.

Um dos argumentos, com que se defende a acção de lesão, é a necessidade da igualdade que deve existir nos contratos onerosos, ao que respondia o sr. Seabra que a igualdade commutativa não é da essencia dos contratos, comtantoque não intervenha fraude, erro ou violencia; que a todos é licito melhorar a sua condição comtantoque usem de meios, que não offendam a justa liberdade e o arbitrio de outrem; e que a lei, que se arrogasse o direito de interferir n'esta parte, tornaria quasi impossivel o commercio entre os homens.

Argumentou-se tambem com a obrigação que tinha a sociedade de vir, por equidade, em soccorro do que cedeu compellido pela força maior da necessidade.

Respondeu o sr. Seabra que o vendedor vende com abatimento, ou porque não acha quem lhe dê mais, ou porque prefere vender por menos a tal ou tal pessoa, ou porque ignora o verdadeiro valor da cousa: que no primeiro caso não póde queixar-se, nem ha injustiça, porque a cousa não vale effectivamente mais do que o preço que tem no mercado; que no segundo tambem não póde queixar-se, porque obrou em plena liberdade, e assim como quiz vender por menos, bem podia dar a cousa de graça, e ninguem se lembrou ainda de condemnar os contratos beneficos; que no ultimo caso é inutil o remedio da lesão, porque o contrato é nullo por falta de consentimento, que é incompativel com o erro, fraude ou violencia.

Tambem se argumentou com a falta de causa nos contratos onerosos, em que se davam, por exemplo, dez para receber tres. Porém a commutação de valores não é a causa unica dos contratos onerosos: muitas outras causas podem determinar estes contratos.

Tambem se disse que era do interesse publico cohibir as especulações da cubiça sobre a necessidade alheia, e obviar aos grandes prejuizos, que podem provir das illusões do momento.

Não póde porém admittir-se, que a lei, a titulo de cohibir a cubiça e de prevenir prejuizos, subverta os principios fundamentaes das convenções humanas, abale a segurança dos contratos, e torne a propriedade incerta e vacillante; e o remedio da lesão, em vez de ser obstaculo, é antes incentivo a estes males; porque os *necessitados*, que têem em seu favor a liberdade legal de faltar á fé dos contratos, terão mais facilidade nos seus ajustes, da que sabendo que o estipulado ha de ser necessariamente cumprido.

Estas considerações são todas, encarando a questão pelo lado do vendedor; poisque, referindo-nos ao comprador, menos necessaria se torna similhante acção, porque cessa o motivo de commiseração,—a supposta necessidade ou violencia.

O sr. Joaquim José Paes da Silva propunha que esta acção se ampliasse até ás arrematações, em que a justiça desvia toda a presumpção de fraude e surpreza, onde a publicidade e livre concorrencia fazem presumir que a cousa foi elevada ao seu mais alto preço, e onde o arrematante ou adjudicatario não contrata senão com a justiça, não podendo por isso dizer-se, que elle haja sido enganado pelo proprietario executado.

Effectivamente foi tão grande a resistencia levantada contra esta innovação no nosso direito, que o sr. Seabra receiando que a sua opinião não fosse adoptada, propunha, para essa hypothese, que o praso para a prescripção da acção de lesão fosse de um anno, e não de quinze, como a ordenação determinava para a lesão enorme, ou de trinta como os praxistas ensinavam quanto á lesão enormissima; e dava o sr. Seabra, como rasão, «*do mal o menos*».

O sr. Joaquim José Paes da Silva propunha que fosse exceptuada da acção de lesão só a transacção, que, comtudo, queria sujeita á acção por lesão enormissima.

Hoje em vez de acção de lesão só se annullam os contratos onerosos nos casos de dolo, erro ou coacção.

Mas que differença ha entre a rescisão por lesão, e a rescisão por erro ou por dolo?

O sr. Seabra declarava na referida resposta ao sr. Joaquim José Paes da Silva que a rescisão por *erro* tem logar quando se *ignora o verdadeiro valor da cousa*, e que elle seguia a doutrina da ordenação affonsina no livro IV, titulo XLV § 9.º, que dizia assim: «*Cessa o remedio d'esta lei quando aquelle que se diz enganado alem da metade do justo preço, era ao tempo do contrato sabedor do justo preço da cousa vendida, e porque bem soubesse o verdadeiro valor, [contentou-se de a dar por menos do que valia ou a comprou por maior preço do que sabia ser seu justo valor*».

Acrescentava o sr. Seabra que a este antigo systema voltou tambem o codigo commercial, artigos 494.º e 510.º

A doutrina do sr. Seabra, adoptada em todo o seu rigor, deixava os contratos mais oscillantes, e creava maior perturbação nas transacções sociaes, do que a continuação da acção de lesão.

Se o contrato se annullasse, simplesmente por qualquer das partes ignorar o valor da cousa, sem attenção ao preço a mais ou a menos, que se deu ou recebeu por ella, poucos seriam os contratos, que não estivessem sujeitos á rescisão por aquella causa.

Em vista de similhante doutrina o individuo que, ignorando o seu verdadeiro valor, deu 1:000$000 réis por um diamante que valia 950$000 réis, ficava com o direito de rescindir o contrato por erro!

Felizmente que se acham determinados nos artigos 660.º a 662.º os casos de erro, e em parte nenhuma vem declarada a ignorancia do



*valor*, como causa da rescisão do contrato; mas sim a ignorancia do *objecto*, das *qualidades* do objecto, ou da *pessoa* a que respeita o contrato, e ainda assim só quando a outra parte soube a rasão por que o enganado contratava.

Por exemplo compro um cavallo para garanhão, sabendo o vendedor que só por isso o compro, e elle não tem as qualidades necessarias para aquelle fim, posso rescindir o contrato por erro. Tem o cavallo as qualidades necessarias para aquelle fim, mas dei por elle, ignorando o seu verdadeiro valor, 1:000$000 réis, quando elle valia 100$000 réis, não posso rescindir o contrato.

É, em nosso entender a doutrina que resulta dos artigos 660.º a 662.º A mesma doutrina é hoje applicavel ás transacções commerciaes, visto ser o direito civil subsidiario do direito commercial, codigo de commercio artigo 1.º, e não se achar determinado nas leis commerciaes, como no codigo civil, em que consiste o erro nos contratos.

Póde o erro ser relativo á *pessoa, com quem se contrata*, como se faço uma doação a Pedro, suppondo que era a Paulo, ou em *consideração de quem se contrata*, como se faço uma doação a Pedro, suppondo que era o herdeiro de Paulo, e elle o não era. Se a consideração da pessoa nada influiu no acto juridico, como se comprei um livro ao livreiro Pedro, suppondo que o comprava a Paulo, o erro é sem importancia, e o contrato vale.

O certo é que, quando o erro é relativo á *causa*, ou a pessoa que não figurou na convenção, não se annulla o *contrato* sem que o pactuante enganado tenha declarado expressamente que só em rasão d'essa causa ou pessoa contratára, e sem que a outra parte tenha aceitado expressamente esta declaração. Se porém o erro é relativo ao *objecto* ou ás suas *qualidades*, ou á *pessoa* com quem se contrata, basta, para a nullidade da convenção, que se prove pelas circumstancias do contrato, que o pactuante enganado só por essa rasão contratára, aindaque o não declarasse expressamente, e que essas circumstancias eram conhecidas da outra parte, aindaque ella não aceitasse expressamente essa rasão.

A differença principal entre as duas hypotheses está em que nas especies do artigo 660.º e da segunda parte do artigo 662.º é indispensavel para a nullidade do contrato, que a outra parte *acceitasse expressamente* a rasão do contrahente enganado, e nos casos do artigo 661.º e da primeira parte do artigo 662.º, basta que a outra parte *soubesse* da rasão por que o contrahente enganado contratára.

O erro, que recae sobre a *causa* póde ser de direito ou de facto. Assim entrego a um irmão perfilhado uma legitima igual á minha, como filho legitimo, ignorando a disposição do artigo 1785.º do codigo, posso repetir o que dei a mais, porque houve *erro de direito*. Entrego ao irmão perfilhado a sua legitima, sem saber que meu pae lh'a tinha dado já em vida, posso repetir o que dei por erro *de facto*.

E a acção de lesão ainda hoje poderá intentar-se com relação aos contratos celebrados antes da promulgação do codigo? Já em a nota ao artigo 8.º tratámos esta questão, e decidimo-nos pela negativa, em vista das rasões que ahi démos. Devemos todavia ponderar que a associação dos advogados de Lisboa é de opinião contraria, segundo se declara na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:518, de 26 de junho de 1871.

Entendem alguns que a lei burlaria os pactuantes, que não estipularam a acção de lesão na epocha em que similhante estipulação não era precisa para a procedencia da acção, inhibindo-os agora de a intentarem, e tanto mais que, comquanto medeasse um praso longo entre a publicação e a promulgação do codigo, podia ter chegado o

conhecimento da lesão ao lesado só depois de estar a vigorar o codigo.

Estes inconvenientes porém são a consequencia natural da transição do velho para o novo direito, a qual nunca se opera sem prejuizo mais ou menos profundo para interesses creados.

As obrigações do adquirente, ou de terceiro, a quem este tenha passado a cousa, são diversas quanto á restituição e a bemfeitorias, segundo houve boa ou má fé, artigo 758.º

Preveniu o codigo não só a hypothese de um pagar e outro receber indevidamente, mas tambem a hypothese de quem recebeu a cousa a passar a terceiro.

O codigo faz, em favor do terceiro de boa fé, uma excepção ao principio: *Res ubicumque est, sui domini est.*

O terceiro, que recebeu em boa fé do supposto crédor a cousa indevidamente paga, e a recebeu a titulo oneroso, e não póde haver do alheador o preço d'ella, não é obrigado a restitui-la ao que indevidamente pagou. Soffra este as consequencias da sua leviandade, não procurando inteirar-se da legitimidade do crédor, para evitar que o terceiro, adquirente de boa fé, fosse lesado no que deu pela cousa, visto não poder have-lo do alheador insolvente.

Porém desde que o terceiro adquiriu a cousa gratuitamente, ou o alheador tem por onde lhe pague, já o devedor, que pagou mal, lh'a póde reclamar, e o terceiro adquirente é obrigado a restituir-lh'a, porque em nenhum dos casos fica prejudicado, vistoque n'um não perde, e no outro tem d'onde haver o que perde.

A verdade é que o erro de direito sobre a *causa* tem unicamente applicação em materia de pagamento, ou de factos convencionaes, que se assimilhem a pagamento. Póde effectuar-se um pagamento por erro de direito, assim como póde fazer-se uma novação que tenha por base a persuasão da existencia de uma divida anterior.

E assim como o erro sobre a *causa* póde ser de facto ou de direito, não póde ser tambem de facto ou de direito o erro sobre o *objecto* e sobre a *pessoa?* Não póde alguem comprar uma cousa *sagrada* por ignorar que o direito prohibia que ella fosse objecto de transacções, ou contratar com um menor por ignorar que o direito prohibisse ao menor o intervir por si só n'aquelle acto juridico?

Na hypothese figurada é nulla a venda da cousa sagrada, não por erro de *direito*, mas por ella estar fóra do commercio; e o que pactua com o menor não póde rescindir o contrato, artigo 99.º, ainda allegando o erro de direito, porque a lei, se desculpa o erro de direito quanto á *causa* do contrato, como mais difficil de evitar, não o desculpa com relação á *capacidade* da pessoa, cujas leis reguladoras todos podem saber; e legislações ha, que em caso nenhum desculpam o erro de direito.

Os principios que deixâmos expostos têem applicação a varias hypotheses, reconhecidas em artigos especiaes do codigo.

Nos termos do artigo 1719.º não póde ser rescindida a transacção por erro de direito, mas sim por erro de facto, ou por dolo ou por violencia, quando qualquer d'estas circumstancias se verifique nas condições prescriptas n'este capitulo.

Em virtude da disposição do artigo 2413.º a confissão judicial tambem não póde ser revogada por erro de direito, mas simplesmente por erro de facto, assim como póde ser rescindida por causa de dolo ou de coacção, segundo os principios geraes de direito, e o disposto relativamente ás transacções no supracitado artigo 1719.º

A palavra «*revogada*» que se lê no artigo 2413.º significa o mesmo que «*retractada*». É o que se infere da comparação d'este artigo como



correspondente (2774.º) do projecto primitivo, que se achava redigido nos seguintes termos: «A confissão judicial não póde ser revogada senão por erro de facto. § unico. Mas, sendo feita por procurador ou advogado, poderá ser *retractada*, nos termos declarados no codigo de processo».

Vê-se pois pela leitura do referido § unico que a commissão revisora eliminou, não só que o auctor do projecto primitivo tomava, como synonymas n'aquelle logar, as palavras «revogar» e «retractar», mas tambem que a commissão revisora não permittira retractar a confissão judicial senão por erro de facto, ou a confissão fosse feita pela propria parte, ou por intermedio de advogado ou de procurador.

A parte, pois, para fazer rescindir a confissão judicial por motivos de dolo, coacção ou violencia, carece de recorrer aos meios contenciosos, mas para a inutilisar por erro de facto não carece de promover sentença judicial, bastando-lhe *declarar* em juizo que a sua confissão labora em erro de facto.

Aquelle que com erro reconhece como verdade um facto contrario a ella, póde reparar o seu erro, justificando a verdade, que elle ignorára; assim se Pedro me pede o pagamento de 1:000$000 réis que eu devia a Paulo, e eu lhe confesso a divida, suppondo que Pedro é herdeiro do meu crédor, posso retractar a confissão, quando averiguar e mostrar que elle não era o herdeiro de Paulo.

O erro de direito porém não prejudica a confissão, porque se presume que todos conhecem a lei, comtanto porém que se deva *naturalmente* aquillo que com erro se confessa dever.

Assim, se confesso a divida, que me é judicialmente pedida, por ignorar que o periodo decorrido de mais de trinta annos a tinha extincto por virtude da prescripção, já não posso retractar a minha confissão.

Presume-se que eu, confessando uma obrigação a que era sujeito pela lei natural, mas de cujo cumprimento estava dispensado pela lei civil, quiz renunciar ao beneficio d'esta lei.

O erro de facto, a que se refere o artigo 2036.º n.º 3.º, que aliás não habilita para reclamar contra o repudio da herança, porque é mais uma rasão para manter esse repudio, habilita para reclamar contra a aceitação d'ella, apesar de ser prohibido o reclamar em geral contra a aceitação ou repudio da herança, salvos os casos de dolo e de violencia.

Póde pois, em virtude do disposto no referido artigo 2036.º n.º 3.º, reclamar-se a aceitação da herança, achando-se esta absorvida em mais de metade, em consequencia de testamento, desconhecido ao tempo da aceitação pela presumpção de que o herdeiro a não aceitaria se conhecesse o facto importante d'ella se achar absorvida em mais de metade com o pagamento de dividas e de legados.

Por isso nas disposições testamentarias se annulla a instituição do herdeiro ou do legatario com a invocação de uma causa falsa, quando se mostra que só por ella fôra determinada a instituição, artigo 1745.º, como se o testador faz segundo testamento com o fundamento de ter morrido o instituido no primeiro, e depois se mostra que o primeiro instituido vivia, e que o testador estava enganado sobre a sua existencia.

Art. 663.º O erro, que procede de dolo ou de má fé de um dos contrahentes, ou de terceiro, que tenha interesse directo no contrato, produz nullidade.

§ unico. Entende-se por dolo nos contratos qualquer suggestão ou artificio que se empregue para induzir em erro ou manter n'elle algum dos contrahentes; e por má fé a dissimulação do erro do outro contrahente, depois de conhecido.

(Vid. artigos 666.º, 668.º, 696.º, 1055.º, 2036.º n.ºs 1.º e 2.º e 2037.º)

Tanto o erro proveniente do dolo e da má fé dos contrahentes, como o proveniente da *coacção*, artigo 666.º, annulla o contrato.

A differença está em que a *coacção*, empregada por terceiro, que não intervem nem tem interesse algum no contrato, annulla em todo o caso o acto, quando o dolo ou a má fé de terceiro que não interveiu no acto juridico o não annulla, salvo se tinha *interesse directo* na convenção.

Por exemplo, Pedro ameaça-me com a morte se eu não vender a Paulo por 100$000 réis a minha casa, que vale 1:000$000 réis; posso annullar a venda que fiz a Paulo com o fundamento da coacção empregada por Pedro, que aliás era estranho, e que não tinha o menor interesse no contrato. Pedro, sem ter n'isso interesse, induz-me, por suggestões maliciosas e artificios enganosos, a vender a casa a Paulo: o contrato não se annulla, e só me resta a acção de perdas e damnos contra Pedro. Se porém Pedro tinha interesse, mas *directo*, na venda barata da casa, como se fosse socio de Paulo em transacções com predios urbanos, etc., annulla-se o contrato; não assim se o interesse é só *indirecto*, como se Pedro tivesse uma filha casada com Paulo, etc.

É raro que a pessoa, a quem o dolo de terceiro aproveita, não seja cumplice, e n'este caso o contrato é nullo; mas tambem póde estar innocente. A regra é que o contrato se annulla sempre que o dolo *aproveita* a quem o emprega, ou seja algum dos contrahentes ou terceiro, pela regra de que ninguem deve lucrar com o seu dolo.

A coacção pelo contrario annulla o contrato, ainda quando empregada por terceiro, que n'elle não tem interesse.

A rasão da differença provém, segundo uns, de que as pessoas que exercem a violencia se disfarçam, procurando fugir aos olhos da pessoa violentada, de tal sorte que, ficando desconhecidas, nenhuma acção de perdas e damnos poderia ser dirigida contra ellas; e o prejuizo seria em definitiva irreparavel se o contrato não podesse annullar-se: e que o dolo pelo contrario não póde ser praticado senão por pessoas muito conhecidas, em quem se deposite grande confiança; e conseguintemente, podendo dirigir-se contra ellas a acção de perdas e damnos, não ha rasão para annullar o contrato.

Dizem outros que a rasão da differença provém de que a violencia, ou empregada pelos contrahentes ou por terceiro, tira em todo o caso a liberdade do consentimento, e o dolo não; que se o dolo annulla o contrato é só em pena da má fé do que com o contrato aproveita; e que, por isso, se o dolo provém de terceiro, não ha rasão para annullar o acto juridico que assenta sobre o livre consentimento das partes, mas só para dirigir a acção de perdas e damnos contra o enganador: que a coacção, pelo contrario, ainda empregada por terceiro, tira a liberdade do consentimento, e vicia portanto o acto na sua essencia.

Tanto o dolo como a má fé e a violencia são factos, que não se presumem; carecem de ser provados. O dolo e a má fé têem os mesmos effeitos juridicos; mas distinguem-se em que o dolo é, para assim dizer, *activo* e a má fé *passiva*. O ourives a quem se pede um objecto de oiro e que o apresenta de cobre, procurando persuadir o comprador de que o objecto é de ouro, commette *dolo;* o ourives a quem o comprador pergunta o preço de uma caixa que reputa de ouro, mas que é de prata, e que o deixa compra-la sem lhe declarar que é realmente de prata e não de ouro, commette *má fé*.



No primeiro caso o ourives *illudiu* o comprador, no segundo caso não o *desilludiu*.

Na disposição do artigo 666.º comprehende-se tanto a coacção physica como a coacção moral, que são iguaes em resultados; e é a violencia moral a mais frequente em materia de contratos.

A mesma disposição comprehende igualmente, tanto o damno presente, como a ameaça do mal futuro.

A coacção deve ser avaliada, não com relação ao damno que d'ella podia resultar, mas sim com relação á impressão que podia causar no animo do lesado.

A coacção, para importar a nullidade do acto, deve ser de natureza a metter receio a um homem *rasoavel*, ou como diziam os romanos «*in virum constantissimum*».

O juiz deve apreciar se a coacção foi ou não de ordem a determinar a vontade do pactuante, tendo em attenção a *idade*, o *sexo*, a *condição* das pessoas e quaesquer outras circumstancias. Assim um velho ou uma mulher aterram-se muito mais facilmente de que um homem sadio e no vigor dos annos.

Nos termos do codigo, a coacção annulla o contrato, ou seja empregada contra o contrahente ou contra *terceiros*. A palavra «*terceiros*» não deve tomar-se em toda a sua generalidade. O decreto de 30 de setembro de 1852, no artigo 136.º, com relação aos crimes por vias de facto, só considera *violencias ou ameaças contra um eleitor as que consistem em lhe fazer receiar algum damno para a sua pessoa, familia e fortuna*, de modo que determina quanto possivel os caracteristicos da violencia ou da ameaça, e dos terceiros contra quem empregada annulla o contrato.

No entretanto é inaceitavel em toda a sua extensão o preceito do decreto. É possivel que um individuo se não impressione com quaesquer violencias ou ameaças que vão offender pessoa da sua familia, e que pelo contrario soffra, como feitas a si, as ameaças ou violencias feitas a pessoas de suas estreitas relações.

No projecto primitivo o § unico do artigo 739.º, correspondente ao artigo 666.º, achava-se redigido assim: «Dá-se coacção, ou seja pelo emprego de força physica ou seja de ameaças de males ou de damnos, contra a pessoa ou fazenda do contrahente ou de seus *parentes* e *amigos*».

Effectivamente a generalidade era já tão vaga no projecto, que nos parece mais aceitavel a emenda da commissão revisora, entendida em termos habeis. Os juizes não devem julgar nullo um contrato por se ter empregado coacção contra terceiro, senão quando se mostrar que as relações entre este e o pactuante eram taes, que a coacção empregada contra elle influia no pactuante.

Na generalidade vaga e indeterminada do codigo pois não devem os juizes ter em conta a coacção contra terceiro para invalidar o contrato, senão quando esse terceiro estiver em taes relações com o pactuante, que o mal feito áquelle se repute feito a este.

Alguns codigos consideram, para a nullidade dos contratos, o mal feito a terceiros, quando estes são ascendentes, descendentes ou consorte do pactuante, como feito a este.

É porém de notar que nem o dolo, nem a má fé, nem a coacção viciam o acto, senão quando forem causas determinantes da vontade do pactuante. Se compro por 100$000 réis, coagido, uma casa que

valia 90$000 réis, e que eu não deixaria de comprar por aquella pequena differença de preço, ainda que não houvesse coacção, o contrato vale.

Tambem não é rescindivel a convenção feita por occasião de medo ou de violencia, se esta não tinha por fim immediato produzir essa obrigação. Assim, se eu prometto alguma cousa a terceiro para me salvar das mãos de um salteador, a promessa é valida, ainda que feita sob a impressão do medo, porque o damno ou a ameaça não tinham por fim immediato crear aquella obrigação.

O medo *reverencial* do filho para com o pae, se este não chegou aos maus tratos ou á intimidação, não vicia o acto. Equivaleria isso á prohibição absoluta de contratar entre paes e filhos.

Não póde renunciar-se á nullidade, resultante do dolo ou da coacção, artigo 668.º, porque a clausula renunciativa é contraria á moral e ao direito, em cujo respeito é a sociedade a primeira interessada. Pela mesma rasão é prohibido renunciar á responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má fé, artigo 1055.º Se porém o lesado pelo dolo ou pela violencia approvar depois o contrato, artigos 668.º e 696.º, ou *expressamente*, ou mesmo *tacitamente*, já deixando passar o praso necessario para a rescisão, artigos 689.º e 690.º, já cumprindo o estipulado no contrato, a convenção vale, porque não são nullos absolutamente, ou nullos *ipso jure* os contratos, em que intervem o dolo ou a coacção, como são, por exemplo, os de venda de bens immobiliarios sem o previo pagamento da contribuição de registo, etc.

São apenas rescindiveis os contratos em que intervem o dolo ou a coacção; depende do lesado o executa-los, ou requerer que fiquem sem effeito.

N'este caso o lesado póde renunciar ao seu direito, sem que a sociedade possa pedir-lhe contas, porque é um direito meramente particular.

O artigo 668.º com as palavras «*de futuro não será*» parece dar a entender que as clausulas de renuncia ao dolo ou á coacção, estipuladas em contratos anteriores á publicação do codigo, são validas. Porém não é assim; mesmo pelo direito anterior ellas eram já nullas, e nem se usavam nos titulos dos contratos.

Em virtude dos mesmos principios é nullo o testamento extorquido por violencia ou captado por dolo, artigo 1748.º

Igualmente por falta de consentimento póde ser reclamada a acceitação ou repudio da herança, artigos 2036.º e 2037.º, se interveiu dolo ou violencia, ou a violencia e o dolo partisse dos interessados ou de terceiro, porque nem o codigo faz distincção quanto á hypothese regulada n'estes artigos, nem as doutrinas consignadas nos artigos, que estamos analysando, são *inteiramente* applicaveis senão aos contratos.

Fóra dos casos prescriptos nos artigos 2036.º e 2037.º, não se admitte reclamação contra a acceitação, nem contra o repudio da herança, porque os menores e os interdictos acceitam-na a beneficio de inventario, artigo 2025.º, e os maiores e capazes de se regerem e de administrarem seus bens, a si imputem, se não indagaram com cuidado os encargos e recursos da herança, para não serem prejudicados com a acceitação ou com o repudio.

A ratificação dos contratos não equivale a nova obrigação posteriormente contrahida, porque se retrotrahe até á epocha da obrigação ratificada. A ratificação póde ser expressa, ou mesmo *tacita*, como cumprindo a obrigação, pedindo praso para a cumprir, dando fiadores, etc. É porém necessario para a validade do contrato que a ratificação não seja eivada dos mesmos vicios, que o contrato primitivo, que não haja outros vicios que a invalidem, como a falta de alguma solemnidade externa, etc.



**Art. 664.º O erro commum e geral não produz nullidade.**

**Art. 665.º O simples erro de calculo arithmetico, ou de escripta, só dá direito á sua rectificação.**

Os erros a que o geral dos homens estão sujeitos na apreciação das vantagens ou inconvenientes dos contratos não são motivo de nullidade, aliás todos os contratos seriam rescindiveis por este motivo. Assim um individuo comprou uma machina para certos fins, a qual não satisfez completamente á sua espectativa por erro que elle commetteu, em que todos poderiam cair; não é admissivel por este motivo a rescisão da venda.

O simples erro de calculo arithmetico ou de escripta póde bem reparar-se sem a nullidade do acto, porque é evidentemente contra a vontade das partes. Assim o comprador obrigou-se a entregar ao vendedor 2:000$000 réis, preço de 100 sacas de algodão a 10$000 réis cada saca; vê-se que houve um erro de somma ou de multiplicação, que se corrige sem annullar o acto. O codigo fez bem em consignar este principio para evitar as frequentes annullações de diligencias e actos juridicos por similhante motivo.

A relação do Porto, em accordão de 7 de fevereiro de 1871 publicado na *Revista de legislação*, de Coimbra, n.º 159, decidiu invocando o disposto no artigo 665.º, que o simples erro de calculo arithmetico, quanto á importancia do laudemio de um praso arrematado em hasta publica, devia ser rectificada, sem que por isso se annullasse a arrematação.

O erro de calculo arithmetico aproveitava ao arrematante. Por isso o exequente e executados vieram com um requerimento pedindo a rectificação. O juiz deferiu, e interposta appellação da sentença que deferiu, foi esta confirmada pela relação.

Pelas mesmas rasões o juiz de direito de Armamar, em sentença de 13 de julho de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 71, declarou valido o processado por um escrivão de juizo ordinario, nomeado interinamente pelo juiz ordinario, quando devia ter sido feita pelo juiz de direito a nomeação, nos termos dos artigos 85.º n.º 15.º e 100.º da reforma judicial.

Tinha porém sido feita a nomeação com a maior publicidade, e todos viviam na boa fé de que elle se achava no legitimo exercicio das suas funções.

A doutrina de que o erro commum não produz nullidade vinha já do direito romano, como se vê da lei 3.ª *Dig. de off. praet.* Passou para a nossa ordenação, livro III, titulo LXIII, e livro IV, titulo LXXX *pr.* É a opinião da associação dos advogados de Lisboa, como se mostra da *Gazeta dos tribunaes* n.ºs 1525, 2156 e 2359.

Encontra-se sanccionada esta mesma doutrina no accordão da relação de Lisboa de 26 de outubro de 1867, publicado na citada *Gazeta dos tribunaes* n.º 3977; e igual jurisprudencia consignou o supremo tribunal de justiça nos accordãos de 12 de dezembro de 1859 e de 5 de maio de 1863.

**Art. 666.º É nullo o contrato sendo o consentimento extorquido por coacção, ou esta provenha de algum dos contrahentes ou de terceiro.**

§ unico. A coacção consiste no emprego da força physica, ou de quaesquer meios que produzam damnos, ou fortes receios d'elles, relativamente á pessoa, honra ou fazenda do contrahente ou de terceiros.

(Vid. nota ao artigo 663.º)

Art. 667.º As considerações vagas ou geraes, que os contrahentes fazem entre si sobre os proveitos ou prejuizos que naturalmente possam resultar da celebração ou não celebração do contrato, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção.

Já dissemos que só o dolo determinante do contrato é que annulla o acto juridico. As considerações a que se refere o artigo, e que são mera conversa ou exposição sobre as vantagens ou desvantagens do pacto, não são rasões determinantes e significativas de dolo, que influissem na realisação do acto. O que é indispensavel, para essas considerações não influirem na validade do contrato, é que ellas não importem a idéa de um mal dependente da vontade da parte. A rasão pois, que allega uma parte, por exemplo, de que a outra está arriscada a ser roubada, para ella lhe vender mais baratos os seus generos, não póde considerar-se ameaça, senão quando o outro declarar dependente de si esse mal.

Art. 668.º De futuro não será licito renunciar previamente á nullidade proveniente do dolo ou da coacção. Mas se, tendo cessado a violencia, ou sendo conhecido o dolo, o contrato for ratificado pelo coagido ou enganado, este não poderá desde então impugna-lo por similhantes vicios.

(Vid. nota ao artigo 663.º)

## CAPITULO IV

### DO OBJECTO DOS CONTRATOS

Art. 669.º É nullo o contrato, cujo objecto não seja physica e legalmente possivel.

Art. 670.º Nos contratos só se considera como physicamente impossivel o que o é absolutamente em relação ao objecto do contrato, mas não em relação á pessoa que se obriga.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 671.º Não podem legalmente ser objecto do contrato:

1.º As cousas que estão fóra do commercio por disposição da lei;

2.º As cousas ou actos que não se podem reduzir a um valor exigivel;

3.º As cousas cuja especie não é ou não póde ser determinada;



4.º Os actos contrarios á moral publica ou ás obrigações impostas por lei.

1.º, etc. (Vid. nota aos artigos 370.º e 643.º)

2.º, etc. As cousas ou actos, que não têem valor exigivel, não podem ser objecto do direito, e por isso estão excluidas da esphera dos contratos, *verbi gratia*, — dinheiro, trigo, vinho —, sem que a quantidade seja determinada ou determinavel, porque esta póde reduzir-se a quasi nada, como *um real, um grão de trigo, uma gota de vinho*, etc.

3.º, etc. Uma cousa diz-se *determinada* quando se conhece a especie, a qualidade e a quantidade, «*quid, quale, quantumque sit*». Basta para a validade do contrato que seja determinada a *especie*. Assim, obrigo-me a entregar um cavallo arabe, a obrigação é valiosa, e eu poderei dar um cavallo arabe, que não seja o melhor nem o peior, artigo 716.º

Se só fosse determinado *o genero*, como, obrigo-me a entregar um animal, sem determinar a especie, o contrato era nullo por não poder fixar-se a obrigação.

Deve notar-se, que se trata aqui da especie juridica; e, como os contratos devem ter um fim exequivel, toda a vez que não podér ser determinada a sua entidade, não póde haver contrato.

4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 643.º)

## CAPITULO V

### DAS CONDIÇÕES E CLAUSULAS DOS CONTRATOS

Art. 672.º Os contrahentes podem ajuntar aos seus contratos as condições ou clausulas que bem lhes parecerem. Estas condições ou clausulas formam parte integrante dos mesmos contratos, e governam-se pelas mesmas regras, excepto nos casos em que a lei ordenar o contrario.

§ unico. Exceptua-se da regra d'este artigo o caso previsto no artigo 1671.º

(Vid. artigos 708.º, 1649.º, 1652.º e 1671.º) *Condição*, segundo a definem os jurisconsultos, é o acontecimento futuro e incerto, ou como tal considerado, de que se faz depender uma cousa. As condições são clausulas accessorias ou concomitantes de um contrato que, estipuladas e não sendo impossiveis physica ou legalmente, constituem parte integrante do mesmo contrato, regulando, ampliando ou restringindo o exercicio dos direitos e obrigações d'elle resultantes.

Não se reputa condição o que é deixado ao livre arbitrio da parte para ella o cumprir, se bem quizer.

Varias são as divisões, que fazem os jurisconsultos, das *condições* para os effeitos juridicos. Dividem-nas em *naturaes*, que são inherentes ao acto pela propria natureza da cousa, como *o não haver erro, a possibilidade da prestação, etc.*, e *arbitrarias*, que os contrahentes podem a seu arbitrio juntar aos contratos.

A principal divisão das condições é emquanto ao *objecto*, emquanto á *fórma* e emquanto ao *effeito*.

Quanto ao *objecto*. É *possivel* a condição, cuja realisação não repugna nem ás leis naturaes, nem ao direito humano. A condição

possivel subdivide-se em *potestativa*, que na sua realisação depende unicamente da vontade do contrahente, cujo direito está a ella subordinado, *verbi gratia, obrigo-me a dar 4$800 réis a Bento, se elle cortar uma arvore do seu predio que me tira a vista da minha janella;* e em *causal*, que depende tambem do acaso, *verbi gratia, deixo uma pensão de 24$000 réis mensaes* a Paulo, se elle tiver tres filhos.

É *impossivel physicamente*, se excede as forças do que prometteu, como se um individuo se comprometteu *a beber a agua do Oceano.* É *impossivel legalmente*, se se oppõe ás leis ou aos bons costumes, *como jurar falso, negar alimentos aos parentes, etc.*

Quanto á *fórma*. Dividem-se em *affirmativas*, cuja existencia depende da realisação de um facto, *verbi gratia*, se eu casar; e *negativas* que pelo contrario dependem da não realisação do facto, como se eu não casar.

Quanto ao *effeito*. Dividem-se em *suspensivas* e *resolutivas*. É *suspensiva* a condição, quando da sua realisação depende o effeito do acto juridico, e portanto a acquisição do direito de um, e da obrigação do outro; como, se me obrigo a pagar a Pedro 100 libras, se o meu vapor procedente do Brazil chegar a porto de salvamento.

Esta condição é suspensiva, porque, emquanto se não verificar a chegada do vapor, não sou devedor, nem póde exigir-se de mim o cumprimento da obrigação.

É *resolutiva* a condição, cuja realisação extingue o direito adquirido, ou a obrigação contrahida; como se me obrigo a dar a Pedro, por conta de Paulo, 10 libras por mez até á chegada do vapor.

Esta obrigação é desde logo efficaz, e continua em vigor emquanto não se verifica a condição que a resolve, que é a chegada do vapor.

De todas estas condições as que merecem mais attenção dos praxistas, e que mais effeito exercem no fôro e nas leis, são principalmente as suspensivas e resolutivas, e até certo ponto as possiveis e impossiveis. Todas as outras classificações são mais escolasticas, do que verdadeiras divisões com effeitos juridicos.

O codigo estabelece o principio geral, que de novo repete com relação aos contratos matrimoniaes no artigo 1096.º, de que é inteiramente livre ás partes o ajustar dentro dos limites da lei as condições que lhes aprouver. Por esta mesma rasão podem as partes regular a seu arbitrio a sua responsabilidade civil, artigo 708.º A responsabilidade criminal pertence aos poderes publicos o julga-la; não póde ser regulada pela vontade dos pactuantes, os quaes não têem direito, nem para qualificar, nem para regular a penalidade dos seus actos.

As clausulas juntas ao objecto principal nos contratos são validas quando este o é, e vice-versa. Assim não podem fazer parte das condições do contrato as cousas comprehendidas em alguma das hypotheses do artigo antecedente. Hoje não vale a clausula da pena de commisso, reconhecida na legislação anterior, ordenação, livro IV, titulo XXXIX, em virtude da qual, o foreiro que deixasse de pagar o fôro de dois ou de tres annos successivos, segundo o praso era ecclesiastico ou profano, perdia o dominio util para o senhorio, ainda que isso não se tivesse estipulado.

Só não podia impôr-se o commisso, por ser uma pena, aos herdeiros pela falta de pagamento de pensões devidas pelos seus antecessores, conforme julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 15 de março de 1870, publicado a paginas 81 da jurisprudencia civil, commercial e criminal da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação.*

Agora nem estipulada se admitte a pena de commisso, artigo 1671.º



O senhorio póde estipular no contrato as penas que quizer para a falta de pagamento dos fóros, que não poderá em caso nenhum exigir mais do que as pensões em divida, e o juro desde a mora, nos termos do artigo 1533.º Esta providencia foi dictada no intuito de favorecer os foreiros, que nem sempre poderiam resistir á rigorosa penalidade que lhes imporiam os senhorios para o caso de falta de pagamento dos fóros.

Hoje não póde estabelecer-se nenhuma pena convencional nos contratos de emprazamento *pela falta de pagamento de fóros*, porque nenhuma é exequivel, senão a de haver os fóros em divida, e os juros desde a mora. Podem estabelecer-se penas convencionaes nos contratos emphyteuticos para outras *faltas*, como para o caso de venda do prazo sem audiencia do senhorio, para o caso de deterioração do predio, etc.; comtudo pela falta de pagamento dos fóros é que nenhuma outra pena, ainda que estipulada, póde exigir-se senão a taxativamente marcada no artigo 1671.º

A pena de commisso, mesmo estipulada, não póde impor-se por falta de pagamento de fóros, nem ainda nos emprazamentos de preterito, aos quaes o artigo 1694.º torna applicavel a disposição do artigo 1671.º

Apesar da clareza d'estas disposições, já na imprensa juridica se tem dito que o codigo não acabou com a pena de commisso nos emprazamentos de preterito; 1.º, porque o artigo 1671.º nas palavras «*ainda que o estipule*» evidentemente se refere aos emprazamentos futuros; aliás diria «ainda que se achem estipulados nos respectivos titulos ao tempo da publicação do codigo»; 2.º, porque o artigo 1689.º diz expressamente que os emprazamentos de bens particulares de preterito *serão mantidos na fórma dos respectivos titulos.*

Estes argumentos porém têem resposta peremptoria na propria letra positiva e expressa da lei. É verdade que o artigo 1671.º se refere aos emprazamentos de futuro, e a esse pensamento foi subordinada a sua redacção. Mas a disposição clara e terminante do artigo 1694.º tornou applicavel aos emprazamentos de preterito a disposição d'aquelle artigo. O artigo 1689.º determina que os emprazamentos de bens particulares de preterito se mantenham na fórma dos respectivos titulos, mas com as modificações estabelecidas na *presente secção*, isto é, na secção onde está collocado o mesmo artigo 1689.º, e n'essa secção está collocado o artigo 1694.º, que acabou com a pena de commisso por falta de pagamento de fóros, tambem nos emprazamentos de preterito, porque lhes tornou applicavel o artigo 1671.º redigido para os emprazamentos de futuro.

O mesmo deve observar-se nos censos reservativos, não só por analogia do disposto no artigo 1671.º, mas até do disposto no artigo 1533.º

Nos censos consignativos tambem não perde o rendeiro pela falta de pagamento das pensões o predio onerado; e apenas fica sujeito ao reembolso do capital, deixando de pagar em tres annos successivos, e isto, tanto nos censos de preterito, como nos de futuro, artigos 1649.º e 1652.º

O credor porém, que não foi pago de tres prestações successivas, tem direito a exijir, não só o reembolso do capital, mas tambem as prestações vencidas e não pagas, e os juros desde a mora nos termos do artigo 1533.º

Póde no entanto o credor estabelecer qualquer outra penalidade contra o censuario, vista a redacção generica do artigo 673.º e a não prohibição do artigo 672.º

Se o codigo quizesse estabelecer com relação ao censuario, que deixa de pagar o interesse, a mesma prohibição de penalidade, que estabeleceu com relação ao foreiro, teria applicado áquella hypothese a mesma disposição, que consignou no § unico d'este artigo para a emphyteuse. Mas tanto não foi essa a mente do legislador que o codigo, ao passo que conservou nos artigos 1649.º e 1652.º a mesma doutrina que se lia nos artigos 1740.º, e 1749.º correspondentes do projecto primitivo, alterou pelo contrario fundamentalmente no artigo 1671.º o artigo 1775.º, correspondente, do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «Se o foreiro não pagar por tres annos consecutivos, sem ser demandado, perderá o prazo por commisso, se o senhorio o quizer rehaver».

A doutrina pois do projecto primitivo foi mantida com relação aos censos, e revogada com relação á emphyteuse, e lê-se na nota ao artigo 1710.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1671.º do codigo, que a commissão deliberára que em vez da doutrina do projecto do sr. Seabra, se declarasse que o senhorio, por falta de pagamento de fóros, não teria outro direito, nem mesmo estipulando-o, senão o de haver os fóros em divida e os seus juros desde a mora. Se a commissão revisora tivesse querido estabelecer a mesma doutrina em relação aos censos, tel-o-ia feito do mesmo modo.

Com relação á mora, havendo dia designado para o cumprimento da obrigação, corre desde esse dia, artigo 711.º § 1.º Se porém se estabeleceu para o senhorio a obrigação de ir receber o fôro a certo logar, ou se não houve estipulação quanto ao logar do pagamento, e o senhorio não reside na parochia, nem tem ahi procurador, nos termos do artigo 1661.º, é indispensavel, para proceder a mora, que mostre que se fizeram as diligencias devidas para receber a pensão emphyteutica.

Portanto, para se presumir em mora o emphyteuta para a contagem dos juros, ainda com dia certo, é preciso provar: na hypothese do § 1.º do artigo 1661.º, ou na de se ter estipulado a obrigação de o foreiro ir entregar a pensão em logar certo, que nenhum obstaculo este tivera para effectuar o pagamento; e na hypothese do § 2.º do mesmo artigo, ou de se ter estipulado a obrigação para o senhorio de ir receber a pensão a logar determinado, que este fizera as diligencias devidas para obter o pagamento, sendo por culpa do foreiro que não realisára o seu direito.

O § unico do artigo, que não vinha no projecto primitivo, e que era escusado em presença das palavras finaes do artigo *«excepto nos casos em que a lei ordenar o contrario»* foi introduzido inconvenientemente pela commissão revisora, porque muitas outras clausulas ha, alem da de commisso, que são nullas e reprovadas.

É nulla e reprovada a clausula, por exemplo, de instituir alguem por herdeiro. É prohibida a renuncia do direito de pedir alimentos, artigo 182.º; a renuncia da acção rescisoria por dolo ou coacção, artigo 668.º; a renuncia do direito hypothecario da mulher casada por contrato dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e dos alfinetes estipulados, artigo 908.º; a renuncia do direito de revogar a doação por superveniencia de filhos, artigo 1486.º; a renuncia á successão de pessoa viva, artigo 2042.º; a renuncia de citação para execução, ordenação livro IV, titulo LXXII, etc.

A commissão revisora acabou, como já se achava determinado no projecto primitivo, com a clausula do juramento, que pela legislação anterior era requerida para a validade de certos contratos.

O projecto primitivo dizia no artigo final d'esta secção «é defezo aos contrahentes firmar com juramento os seus contratos, sob pena de nullidade nos mesmos contratos».



A differença entre o codigo e o projecto primitivo é que pelo projecto o juramento no contrato annullava-o, aindaque para a sua validade não carecesse do juramento a convenção, e pelo codigo será apenas uma formalidade inutil, mas não o annulla, vistoque o codigo o não *prohibe*, e o disposto no artigo 10.º é applicavel só ao que se faz contra disposições preceptivas ou prohibitivas da lei.

Art. 673.º Se os contrahentes estipularem certa prestação em pena do não cumprimento do contrato, essa estipulação não terá validade se o contrato for nullo, mas a nullidade da pena não produz a nullidade do contrato.

Art. 674.º A importancia da condição ou da clausula penal fica dependente da convenção das partes, salvo o que fica disposto no § unico do artigo 672.º

(Vid. artigo 823.º) Entre as clausulas, que os pactuantes podem inserir nos contratos, figura a *clausula penal*, que póde considerar-se, ou como condição adjecta, ou como condição alternativa nos termos do § 1.º do artigo 676.º, mas que em todo o caso tem por fim assegurar a execução do estipulado, e indemnisar o pactuante do damno, resultante de não se ter cumprido o contrato.

A pena, como accessorio, segue a sorte do principal, sendo nulla se o contrato o é. Mas da nullidade da pena não se segue a nullidade do contrato, que subsiste de per si independentemente da pena, d'onde se mostra que a clausula penal forma convenção inteiramente distincta do pacto principal. Assim a clausula penal forma um contrato accessorio, como a fiança, a hypotheca, o penhor, etc.

Um empreiteiro, por exemplo, obriga-se a construir um edificio dentro de certo praso, sob pena de prisão. É valido o contrato principal, mas nulla a clausula penal.

Se alguem se obriga a renunciar á herança de pessoa viva, sob pena de pagar 1:000$000 réis ao outro pactuante, a nullidade do contrato importa a nullidade da condição penal. Se a condição penal podesse valer nos contratos reprovados, teriam as partes o meio indirecto de dar força a contratos reprovados pela lei.

A regra geral de que o pacto accessorio segue a sorte do principal ha apenas as excepções indicadas nas notas ao artigo 822.º

No projecto primitivo estabelecia-se o preceito que a pena não podesse exceder a importancia da obrigação principal, mantendo-se assim o direito consignado na nossa ordenação, livro IV, titulo LXX.

O artigo 767.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 674.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «A importancia da condição ou da clausula penal, não poderá exceder a importancia da obrigação principal».

Em a nota ao artigo 752.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 767.º do projecto primitivo, lê-se o seguinte: «Votou-se que não houvesse taxa para a importancia da pena, ficando inteiramente ao arbitrio das partes», resolução tomada effectivamente pela commissão revisora em sessão de 17 de dezembro de 1860.

A doutrina estabelecida pelo codigo é ainda mais rasoavel, do que a da nossa lei anterior, porque os damnos resultantes do não cumprimento do contrato podem, segundo as circumstancias, ser de muito maior valor do que o objecto do mesmo contrato, e o legisla-

dor deve deixar ao arbitrio das partes o calcular a possibilidade e a importancia d'esse damno.

Compro no mez de janeiro um moio de trigo por 30$000 réis com a condição de me ser entregue no mez de abril, sob pena de o vendedor me pagar 60$000 réis: n'esta clausula não ha lesão para o vendedor, nem o comprador se locupleta com a jactura alheia, porque póde ser que no mez de abril já não sejam sufficientes os 30$000 réis, nem mesmo os 60$000 réis para comprar um moio de trigo.

No entretanto a disposição do artigo 674.º está em visivel desharmonia com o disposto no artigo 823.º, em virtude do qual a fiança não póde exceder a obrigação principal, nem ser contrahida sob condições mais onerosas. Se a divida é de 100 não póde ser de 110 a fiança, se a divida não contém clausula penal, não póde conte-la a fiança.

A obrigação accessoria n'este caso não póde exceder a principal; a fiança no excesso sobre a obrigação principal considera-se uma obrigação a titulo novo, e uma especie de doação, que o fiador faria ao credor, e as doações são sujeitas a fórmas particulares e especiaes.

O artigo 823.º é a copia fiel do artigo 843.º do codigo commercial. A commissão revisora, segundo se lê na nota ao artigo 895.º do projecto de 1863, resolveu que fosse substituido pelo artigo 843.º do codigo commercial o artigo 922.º do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «A fiança, a não haver expressa declaração em contrario, não póde comprehender nem mais nem menos que a divida afiançada».

Nos termos do artigo adoptado pela commissão revisora a fiança não póde exceder a divida principal, nem ser contrahida sob condições mais onerosas, ainda mesmo que assim se estipule. Se se convencionar que a fiança seja mais onerosa que a divida principal, essa estipulação é nulla no excesso de onus.

A doutrina do artigo 823.º era logica no projecto do sr. Seabra, que não permittia que a importancia da condição ou da clausula penal excedesse a importancia da obrigação principal, como se mostra do artigo 767.º, correspondente ao artigo 674.º do codigo.

Mas no systema da commissão revisora está em pouca harmonia com o principio geral, estatuido no artigo 674.º Deve porém observar-se, porque é lei, e considerar-se, a disposição do artigo 823.º como excepção ao principio consignado no artigo 674.º

**Art. 675.º** Se a obrigação foi cumprida em parte, póde a pena ser modificada na parte proporcional.

O individuo comprometteu-se a arrotear um terreno, sob pena de pagar 100$000 réis, arroteou só metade, não deverá ser condemnado senão em metade da pena.

O artigo é a traducção literal do artigo 1231.º do codigo civil francez e do artigo 1085.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Seria injusto que o credor tivesse já uma parte da cousa, e exigisse ainda *inteira* a pena, que a substitue e representa. Não póde a mesma clausula dar sempre logar á mesma pena, tanto contra o devedor que cumpriu quasi completamente a obrigação, como contra o devedor, que nem sequer começou a cumpri-la.

O juiz, para a modificação da pena, deverá ter em conta a posição respectiva das partes, e todas as mais considerações de equidade, que podérem illustrar o seu prudente arbitrio.

Ainda assim a reducção da pena é facultativa, e não obrigatoria, o que nos parecia menos conveniente no systema do projecto, mas



que é absolutamente necessario no systema do codigo, que permitte arbitrio completo na estipulação da pena.

**Art. 676.º** O pactuante, que satisfez áquillo a que se obrigou, póde exigir do que não houver satisfeito não só o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnisação, mas tambem a pena convencional estipulada.

**§ 1.º** Se nenhum dos pactuantes tiver cumprido o contrato, e só um d'elles se prestar a cumpri-lo, este póde exigir do outro, ou só a execução do contrato, ou a correspondente indemnisação, ou só a pena convencional; mas nunca uma e outra cousa simultaneamente.

**§ 2.º** O direito de exigir a pena convencional nasce da simples mora na execução do contrato.

(Vid. artigos 709.º, 1377.º n.º 3.º, 1425.º n.º 1.º e § unico, 1572.º e 1610.º) O artigo correspondente (769.º) do projecto primitivo dizia assim: «O credor póde exigir a pena, ou a execução da obrigação, mas não póde exigir uma e outra cousa simultaneamente». A respeito d'esse artigo lê-se o seguinte na acta da sessão da commissão revisora de 17 de dezembro de 1860: «Votou-se por quesitos: 1.º Se um dos pactuantes satisfizer pela sua parte, póde exigir do outro, alem do que prestou, a pena convencional? Decidiu-se que sim. 2.º Se um dos pactuantes se offerece pela sua parte a cumprir o contrato, e o outro não quer satisfazer pela sua, póde o primeiro exigir sómente o valor da cousa, ou a pena, ou ambas simultaneamente? Decidiu-se que não póde exigir ambas. 3.º Se póde ter logar a pena convencional pela simples mora? Decidiu-se que sim».

Quanto á exigibilidade da pena pela não execução do contrato, figura o codigo duas hypotheses; 1.ª, a de ter cumprido um dos pactuantes, e o outro não; 2.ª, a de nenhum d'elles ter cumprido, mas de se prestar um a cumpri-lo.

Ha pois a distinguir se o pactuante já cumpriu, ou está apenas prompto a cumprir. No primeiro caso póde exigir ao mesmo tempo duas cousas: a pena convencional, e o que já pagou ou a competente indemnisação. N'este caso o pactuante que cumpriu soffreu dois prejuizos: 1.º, o de ser privado do que já prestou; 2.º, o não ter satisfeito ao contrato o outro pactuante. A pena convencional é n'esta hypothese a indemnisação simplesmente do damno soffrido, por não se ter satisfeito ao contrato; e a restituição do que o pactuante já pagou, ou o seu equivalente, é a indemnisação do damno que elle soffreu com a privação do que havia dado.

No exemplo já dado, compro um cavallo em janeiro para me ser entregue em abril, e dou logo vinte moedas por elle. Se não se me faz a entrega em abril soffro dois damnos: a privação das vinte moedas, e a não entrega do cavallo.

No caso de nenhum dos pactuantes ter cumprido, e de estar só um disposto a cumprir, este só uma das duas cousas póde pedir, ou só a pena convencional, ou só a execução do contrato ou a competente indemnisação.

Mas para um pactuante constituir o outro em mora, é indispensavel que elle pela sua parte cumpra as respectivas obrigações, que póde cumprir, pagando ou depositando.

Mas tambem qualquer dos contrahentes póde ter-se por desobrigado desde que o outro falta ao estipulado, artigo 709.º Nos contratos bilateraes vae sempre implicita a condição resolutoria para o caso de um dos pactuantes faltar ao cumprimento do contrato.

Fica ao lesado a opção entre resilir o contrato, ou exigir que o remisso seja obrigado a cumpri-lo, ou a indemnisa-lo de perdas e damnos.

É exemplo vivo do principio geral consignado no artigo 709.º o disposto no artigo 1572.º Como a condição resolutoria se julga implicita em todos os contratos bilateraes para o effeito de o pactuante, que pela sua parte cumpriu, poder exigir igual cumprimento da parte do estipulante remisso; por isso o comprador póde exigir do vendedor, que não entregou a cousa no tempo e logar ajustado, ou a entrega da cousa, ou a rescisão do contrato; mas, apesar da má redacção do artigo 1572.º, só tem este direito o comprador que pagou o preço, não só em virtude do principio estabelecido no artigo 709.º, mas porque o vendedor não é obrigado a entregar a cousa sem lhe ser pago o preço, artigo 1574.º

Rogron, em a nota ao artigo 1184.º do codigo civil Napoleão, cita a decisão de um tribunal francez, onde se firmou a doutrina de que a condição resolutoria, que se subentende para o caso em que uma das partes não satisfaz á sua obrigação, é inapplicavel quando é apenas accessoria e independente do contrato principal a clausula que não foi executada, e que a inexecução póde ser sufficientemente reparada pela condemnação a perdas e damnos.

Ainda que o vendedor lha queira entregar, se pretender entrega-la, ou fóra do praso marcado, ou em logar differente do ajustado, póde o comprador deixar de lh'a aceitar e resilir o contrato. É possivel que a cousa só convenha ao comprador, sendo-lhe entregue n'um dado praso, *verbi gratia*, na vespera de uma feira, onde elle contava revende-la por bom preço, ou n'um certo logar, por exemplo, nas proximidades da feira, para evitar as despezas de transporte e conducção.

Mas é preciso que a mora na entrega seja *imputavel* ao vendedor, e não proveniente de força maior, pela qual elle não seja responsavel. Por isso o contrato não fica desfeito *ipso jure* pela não entrega da cousa no tempo e no logar convencionado. Ha de o pactuante requerer a rescisão se optar pela rescisão do contrato.

Pela redacção do artigo 1572.º parece que o comprador só póde pedir perdas e damnos quando requerer a entrega da cousa, e não quando requerer a rescisão do contrato, o que é contra o disposto no artigo 1611.º do codigo civil francez, que em qualquer dos casos responsabilisa o vendedor por perdas e damnos, e é sobretudo contra os principios. Pois o comprador que requer a entrega da cousa, com perdas e damnos, isto é, com os juros do dinheiro pago que se venceram desde a epocha em que a entrega devia ser feita, nos termos do contrato, não ha de exigir esses mesmos juros quando pedir a rescisão do contrato? São pela affirmativa todos os principios geraes de direito, que não podem ceder diante do silencio do codigo sobre este ponto.

O artigo 1610.º dispõe com relação ao arrendamento que o arrendatario póde demandar o senhorio, que lhe não faz entrega da cousa no tempo ajustado, pedindo-lhe perdas e damnos, e isto ou requeira a rescisão do contrato, ou pretenda obrigar o senhorio a mante-lo. Esta doutrina é applicavel ao caso de venda previsto no artigo 1572.º, devendo completar-se uma pela outra a redacção dos dois artigos.

Se o vendedor ou o senhorio por culpa sua deixarem de entregar a cousa, póde o outro pactuante requerer a entrega da cousa, ou a rescisão do contrato, e exigir perdas e damnos, tanto na venda como no arrendamento, em qualquer das duas alternativas.



Comquanto o artigo 1572.º não garanta expressamente ao comprador o direito de pedir perdas e damnos, no caso de rescisão do contrato, esta indemnisação é uma consequencia *do facto da rescisão.*

E assim como é imputavel ao vendedor o não entregar a cousa no tempo e no *logar* convencionado, é igualmente imputavel ao senhorio o não a entregar, no praso e no *tempo* ajustado.

O lesado que se presta a cumprir o contrato póde, nas hypotheses dos artigos 709.º e 1572.º, exigir, em vez da execução do contrato ou da competente indemnisação, só a pena convencional, nos termos do § 1.º do artigo 676.º, ou exigir tambem a pena, se pela sua parte já cumpriu, nos termos do mesmo artigo 676.º

É certo que os artigos 709.º e 1572.º, como todos os artigos relativos a cumprimento de obrigações, estão sujeitos ás provisões geraes do artigo 676.º e seus §§.

Cumpre notar que póde tambem dar-se o caso de o pactuante cumprir o contrato, e ainda assim pagar a pena convencional, que é no caso de o ter cumprido fóra de tempo. O pactuante fica sujeito á pena convencional, pelo simples facto da mora na execução do contrato. Comprei um cavallo a Pedro, com a obrigação de m'o entregar no 1.º de março, sob pena de 20$000 réis. Entregou-me o cavallo, mas só em 2 ou 3 de março, fica sujeito á pena. N'este caso a pena é a compensação dos prejuizos que podia causar, não a inexecução do contrato, mas a demora na sua execução, porque a pena convencional é devida não só pelo não cumprimento do contrato, mas tambem pelo mau cumprimento do mesmo contrato; e não cumpre bem quem satisfaz fóra de tempo.

**Art. 677.º A pena não póde tornar-se effectiva se o que contrahiu a obrigação foi impedido de a cumprir por facto do credor, por caso fortuito, ou por força maior.**

(Vid. artigo 705.º) Nem a disposição d'este artigo, nem a do artigo 705.º, é applicavel ao caso em que a parte deixou de cumprir por culpa do outro contrahente, por caso fortuito, ou por força maior. Igual disposição se encontra no artigo 932.º do codigo commercial.

Fica o sujeito da obrigação livre da pena se a falta de cumprimento proveiu de facto do credor, como no exemplo acima posto, se o comprador tinha pedido o cavallo emprestado ao vendedor, e só lh'o entregou a 2 ou 3 de março, porque então *sibi imputet.*

Uma das causas, que mais frequentemente desoneram o devedor de cumprir por culpa do credor, é o recusar-se este a receber por divergencias quanto á fórma e ao logar do pagamento.

Tambem fica isento de responsabilidade o pactuante que deixou de cumprir por caso fortuito ou força maior, como se uma inundação ostou á entrega do cavallo antes do dia aprasado, porque então entra a regra: *Casus nemo praestat.*

Mas para o devedor ficar isento de responsabilidade, n'estes tres casos, é indispensavel que elle não tenha concorrido para elles se verificarem, como se determina com toda a clareza, e com melhor relacção, no artigo 705.º

Se o credor deixou de receber a prestação por o devedor lh'a não apresentar na fórma, tempo e logar convencionados, se a inundação ostou á entrega do cavallo por o devedor não ter tomado as provi-

dencias indispensaveis para aquelle phenomeno não embaraçar a referida entrega, não fica este exonerado de responsabilidade.

Estas circumstancias devem ser apreciadas no tribunal onde o lesado propozer a acção, ou para obrigar o devedor a cumprir as suas obrigações, ou para pedir a resolução do contrato com perdas e damnos, ou para exigir a pena convencional.

A expressão «*prejuizos*» de que o codigo usa no artigo 705.º, deve tomar-se como synonymo de *perdas* e *damnos*, de que elle usa logo nos dois artigos seguintes, e em muitos outros.

Estes *prejuizos*, ou *perdas* e *damnos*, são termo generico, que abrange tanto o *damno emergente*, isto é, a diminuição que o credor soffreu no seu patrimonio effectivo, como o *lucro cessante*, isto é, os proventos que o lesado devia auferir, e que não auferiu por culpa do lesante. Emprestei um cavallo, que me foi entregue depois do tempo convencionado, e em estado de doença: soffri um prejuizo, que se traduz em *lucro cessante*, emquanto deixei de receber o aluguer, que perceberia se o cavallo me fosse entregue no dia aprasado, e em *damno emergente*, em consequencia da diminuição de valor que tem o animal pelo facto da doença.

**Art. 678.º** Se o contrato ficou dependente de alguma condição de facto ou de tempo, verificada a condição considera-se o contrato perfeito desde a sua celebração; mas logoque haja certeza de que a condição se não póde verificar, haver-se-ha por não verificada.

O codigo não se entreteve nem com a definição, nem com as innumeras divisões e subdivisões, que fazem os jurisconsultos das *condições*. O codigo abandonou todas essas definições e distincções, e adoptou um systema de doutrinas, tão simples e racional, como perfeito e completo.

Estabelece apenas principios para regular os factos, e theses para reger as hypotheses, desembaraçando-se das intrincadas classificações da velha escholastica.

O contrato dependente da condição de *tempo* ou de *facto* existe desde logo com uma obrigação perfeita, dependendo o *cumprimento* apenas d'esta da realisação da condição, que, realisada, tem effeito retro-activo até ao dia da celebração do contrato. Por este modo se o credor morre antes do complemento da condição transmitte o direito aos seus herdeiros, e se a cousa perece, sem ser por culpa do devedor, perece por conta do credor. Igualmente as alienações feitas pelo devedor depois da celebração do contrato, os encargos que elle impozer sobre o objecto, desapparecem todos, verificada a condição, porque elle não tinha sobre a cousa senão um direito resoluvel.

Os direitos conferidos sob condição ou termo, consideram-se *direitos adquiridos* sobre os quaes a lei nova não tem acção.

A pagina 40 da segunda apostilla á censura do sr. Moraes Carvallo diz o sr. Seabra: «Fallando a jurisconsultos (assim se exprime Duvergier) não será preciso dizer-lhes, que quando um termo é assignado ao exercicio de algum direito, não deixa por isso esse mesmo direito de ter uma existencia certa e actual; que quando um direito é subordinado a uma condição, e esta se consegue, o seu effeito se retrotrahe, ao tempo em que o germen do direito se constituir. É a mesma doutrina que, entre nós, tambem ensinavam Portugal com as leis romanas, e muitos auctores que citam».



Vendo a minha casa a Pedro a contar do primeiro de março, ou logoque chegue o meu navio da India, chegando o primeiro de março, ou vindo o navio, toma Pedro conta da casa, retro-trahindo-se os seus direitos ao dia da celebração do contrato.

O acto fica perfeito e consummado pela promessa e aceitação. A condição não é necessaria para *completar* o acto, mas sim para o *executar*. A execução é que fica demorada á espera da realisação da condição suspensiva. Nas disposições de ultima vontade observam-se outras regras, como se mostra no artigo 1759.º

O facto constitutivo da condição não é indispensavel que seja *futuro*, comtanto que seja desconhecido. Assim posso vender a casa a Pedro com a condição de ser vivo meu filho José, que está ausente, tendo elle já morrido, mas sem comtudo haver noticia da sua morte.

Logoque haja a certeza de que a condição se não verifica, haver-se-ha por não verificada. No exemplo posto se chega a noticia de que o navio se perdeu, tem-se por não verificada a condição de chegar.

**Art. 679.º** Julgar-se-ha preenchida a condição que não se verificar por facto d'aquelle que se obrigou condicionalmente, salvo se este obrar nos limites do seu direito.

O individuo que se comprometteu a dar 100$000 réis a um pedreiro para este levantar uma parede em cinco dias, e que arrependido da obrigação, derriba parte da parede já feita, impossibilitando-o de cumprir o estipulado, fica sem embargo d'isso obrigado a abonar-lhe os 100$000 réis pela regra de que ninguem deve tirar partido do seu dolo. *Quicunque sub conditione obligatus, curavit ne conditio existeret, nihilominus obligatur.*

Se porém o devedor impediu a realisação da condição, *obrando nos limites do seu direito*, a condição não se julga completa, como se o pedreiro lhe furtou alguma cousa, e elle o fez prender, e por isso se não concluiu a obra no praso ajustado, porque n'este caso a culpa foi do pedreiro, e não do que lhe encommendou a obra, e então entre a regra: *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur; factum cuique, non adversario nocere debet.*

**Art. 680.º** Se o contrato for feito com a condição de que, desde certo facto ou acontecimento, se haverá por desfeito, verificada a condição será cada um dos contrahentes restituido aos direitos que tinha no momento do contrato, se outra cousa não tiver sido estipulada.

Na condição resolutoria fica desde logo o contrato em execução com todas as suas consequencias, como se a obrigação fosse pura. Vendo a minha quinta a Pedro, com a condição de que a venda será de nenhum effeito se me chegar o navio da India; o dominio passa desde logo com a posse effectiva ao comprador, que faz seus os fructos como verdadeiro dono.

Verificada porém a condição, o contrato resolve-se, como diziam as leis romanas, ou desfaz-se, como diz o codigo; e as cousas voltam ao estado, em que se achavam, antes de se celebrar o contrato, e como se o contrato nunca houvera existido.

D'aqui se segue que as alienações feitas, e as servidões, hypothecas ou quaesquer encargos impostos sobre a cousa pelo novo dono, ficam sem effeito, em virtude do axioma «*resoluto jure dantis, resolvitur*

*jus accipientis* » pois que ninguem póde transferir mais direito do que tem, e o dominio do comprador era temporario e revogavel por estar dependente de se verificar a condição.

Art. 681.º Se a resolução do contrato depender de terceiro e este for induzido dolosamente a resolve-lo, julgar-se-ha não resolvido.

A resolução do contrato, ao contrario do que succede com as ultimas vontades, póde ficar dependente de terceiro. Se estipulo que o contrato se desfará no caso de Pedro vir do Brazil no paquete de março, e se elle for induzido dolosamente a vir para ficar desfeita a convenção, considera-se não resolvido o contrato para que a ninguem aproveite o dolo, que empregou, para o desfazer.

Art. 682.º Os pactuantes, cujos contratos dependem de alguma condição, podem, ainda antes d'esta se verificar, exercer os actos licitos necessarios á conservação do seu direito.

O comprador, sob condição suspensiva, póde exigir do vendedor todas as garantias de que não deteriorará a sua propriedade; póde mesmo inscrever a transmissão, etc.

Art. 683.º A nullidade da condição, por impossibilidade physica ou legal, produz a nullidade da obrigação que d'essa condição dependia.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

## CAPITULO VI

### DA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 684.º É nullo o contrato sempre que dos seus termos, natureza e circumstancias, ou do uso, costume ou lei, se não possa deprehender qual fosse a intenção ou vontade dos contrahentes sobre o objecto principal do mesmo contrato.

(Vid. artigos 704.º, 1623.º, 1628.º e 2212.º) A vontade das partes é a lei do contrato; se ella está clara não ha trabalho com a interpretação; mas, para o caso de estar obscura, é indispensavel formular regras definidas e precisas, que sirvam de guia aos tribunaes na intelligencia das clausulas estipuladas.

O essencial é verificar a intenção das partes por todos os meios, indicados no artigo, não se attendendo unicamente ao rigor litteral das expressões.

Á intenção das partes manda attender o artigo 378.º para se conhecer toda a força da expressão — *moveis de tal casa ou predio.*

O que o codigo determina com relação aos contratos, prescreve-o tambem em materia de testamentos.

Em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria ha de seguir-se o que parecer mais ajustado com a *intenção* do testador, artigo 1760.º.

Se eu alugo *metade* da minha casa por 100$000 réis, e renovo o arrendamento nos seguintes termos: «arrendo a *minha casa* pelo



preço do arrendamento precedente» apesar das expressões «*minha casa*» é evidente a minha intenção de alugar só metade, e a intenção prevalece sobre as palavras «*In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit*». Deve attender-se tambem á *natureza* do contrato. Se alugo a minha casa por nove annos pelo preço de 100$000 réis, os 100$000 réis não são o preço total das rendas nos nove annos, mas o preço da renda annual; porque é da *natureza* do arrendamento que o preço se pague n'uma somma annual.

Deve attender-se ao que é *de uso* na localidade, onde se faz e executa o contrato. Assim ajusto com um vinhateiro o cultivar a minha vinha, elle ha de executar todos os trabalhos indispensaveis para uma cultura completa, segundo o uso da terra.

Em virtude da *lei* é obrigado o vendedor a garantir a evicção ao comprador, ainda que esta clausula não seja expressa no contrato.

No contrato subentendem-se sempre as clausulas que são de uso, ainda que n'elle não venham expressas, artigo 704.º Assim no arrendamento, ainda que não se declare expressamente que o aluguer se pagará periodicamente, e que o locatario fica obrigado ás reparações ordinarias de conservação, subentendem-se sempre estas clausulas, pela regra: *In contractibus tacite veniunt ea que sunt moris et consuetudinis.*

Nos arrendamentos é que é mais frequente o subentenderem-se, segundo o costume da terra, clausulas não mencionadas no contrato. Assim nos arrendamentos de predios urbanos, não se fixando o tempo do arrendamento, entende-se ser feito por anno, semestre ou mez *segundo o costume da terra*, artigo 1623.º; e, se houver costume de se fazerem arrendamentos por differentes prasos, presume-se sempre ter sido feito pelo menor praso, porque a renuncia de direitos nunca se presume.

No arrendamento dos predios rusticos, não se fixando tambem o praso do arrendamento, ha de seguir-se igualmente o *costume*, artigo 1628.º; e, se este não for uniforme, ha de adoptar-se tambem o praso menor, comtanto que abranja sempre o tempo necessario para uma sementeira e para uma colheita conforme a *natureza, circumstancias* e *uso* da cultura. Assim o arrendamento de uma vinha presume-se feito por um anno.

O arrendamento de herdades no Alemtejo, divididas em duas ou mais folhas, reputa-se feito por tantos annos, quantos sejam necessarios para cultivar todas as terras e tirar todos os fructos da herdade. Em conclusão, quando os pactuantes não fixaram o periodo do arrendamento, presume-se o que é mais accommodado á natureza dos predios.

O usofructuario de viveiros de plantas é tambem obrigado a conformar-se com o *costume do logar*, no arranco das plantas, artigo 2212.º, tanto quanto á extracção das mesmas plantas, como pelo que toca á sua substituição.

Deve notar-se que o codigo declara nullo o contrato, em que não póde conhecer-se a intenção das partes, só quando essa inintelligencia recáe sobre o essencial do contrato, porque, se versa sobre um incidente, o contrato vale, reputando-se não escripta, para todos os effeitos, a clausula inintelligivel. Já no codigo commercial, artigo 259.º, se consignára igual doutrina, determinando-se que, omittidas na redacção do contrato clausulas necessarias á sua execução, e não se accordando as partes na explicação da sua vontade, se presumisse haverem-se sujeitado ao que é de uso e pratica em taes casos *no logar da execução do contrato.*

Tambem julgâmos applicavel ao direito civil por analogia, vista a disposição do artigo 16.º, a doutrina do artigo 256.º do codigo commercial, que manda entender as palavras dos contratos segundo o estylo e uso recebido, e no mesmo modo e sentido por que costumam explicar-se em convenções d'aquelle genero, postoque de outra sorte entendidas podessem significar outra cousa.

É igualmente applicavel, e pela mesma rasão, ás materias de direito civil, a disposição do artigo 257.º do referido codigo, que manda que prevaleça sempre na intelligencia das convenções a boa fé, a simples e justa interpretação dos contratos, deduzida da vontade dos contrahentes, ao rigoroso e estricto significado das palavras, e que não se admittam intelligencias cavilosas e contraria sao verdadeiro espirito do contrato.

Tambem são applicaveis aos assumptos civis as regras de interpetação que o codigo commercial manda observar no artigo 258.º com relação aos contratos mercantis que são as seguintes: 1.º, explicar as clausulas duvidosas pelas claramente ajustadas; 2.º, attender aos factos dos contrahentes, posteriores ao contrato, que tenham relação com a questão; 3.º, seguir o uso commum e a pratica geralmente observada nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do logar; 4.º, ter em conta o juizo de pessoas praticas no objecto relativo á duvida.

Art. 685.º Se a duvida recair sobre os accessorios do contrato, e não se poder resolver pela regra estabelecida no artigo antecedente, observar-se-hão as seguintes regras:

1.ª Se o contrato for gratuito, resolver-se-ha a duvida pela menor transmissão de direitos e interesses;

2.ª Se o contrato for oneroso, resolver-se-ha a duvida pela maior reciprocidade de interesses.

(Vid. nota ao artigo 642.º)

## CAPITULO VII

### DA FÓRMA EXTERNA DOS CONTRATOS

Art. 686.º A validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa, salvo d'aquellas que são prescriptas na lei para prova d'elles, ou que a lei, por disposição especial, declara substanciaes.

(Vid. artigos 627.º, 826.º, 829.º, 858.º, 875.º, 912.º, 1085.º, 1097.º, 1175.º, 1244.º, 1250.º, 1326.º a 1329.º, 1355.º, 1434.º, 1458.º, 1459.º, 1534.º, 1589.º, 1590.º, 1594.º, 1643.º, 1646.º, 1655.º, 1712.º, 1713.º, 1714.º, 1755.º, 2013.º, 2184.º, 2407.º, 2428.º, 2438.º, 2441.º, 2442.º e 2506.º) Como as convenções se aperfeiçoam pelo consentimento, podem provar-se por qualquer meio de prova, salvos os casos expressamente mencionados na lei, em que se prescreve alguma formalidade, como necessaria para prova, ou como substancial dos contratos.

Este artigo, corroborado ainda por outros, parece conservar a complicada e escusada distincção, que havia por direito anterior, entre formalidades necessarias para prova, e formalidades da substancia dos contratos.



Não ha duvida que, nos termos da ordenação, livro IV, titulo XIX, e livro III, titulo LIX, se fazia differença entre escriptura da *substancia* do contrato, e escriptura necessaria para *prova* do contrato. Não póde pois ser objecto de questão que pela lei anterior se distinguia entre escriptura necessaria para *prova*, e escriptura de *substancia* do contrato.

É igualmente verdade que o codigo conservou, se não na linguagem, pelo menos na redacção, a mesma distincção. Nos casos dos artigos 627.º, 875.º, 1097.º, 1244.º, 1250.º, 1459.º, 1590.º, 1646.º, 1655.º, etc., a escriptura parece ser da *substancia* do contrato. Nas hypotheses dos artigos 826.º, 829.º, 912.º, 1434.º, 1534.º, 1643.º, etc., falla-se da escriptura, como necessaria para *prova* dos contratos.

A questão reduz-se toda a averiguar se a distincção, que o codigo mantem nas palavras, subsiste tambem nas idéas, isto é, se ha alguma differença legal, algum resultado juridico n'esta diversidade de redacção, ou se para os effeitos do direito é hoje o mesmo dizer que a escriptura é necessaria para prova, ou que é da substancia do contrato.

A differença por direito anterior consistia em que, nos casos de ser da substancia do contrato a formalidade, não havendo essa formalidade, não havia contrato, e nos casos de ser necessaria para a prova a formalidade, podia a parte ser obrigada a preenche-la para aperfeiçoar o contrato. Assim, pela lei de 9 de julho de 1849, parecia que a escriptura publica, nos contratos de compra e troca de bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis, só era necessaria para *prova* do contrato; e por isso houve muitas decisões judiciaes permittindo ao comprador o compellir o vendedor a fazer-lhe escriptura publica, com a comminação de ficar a sentença substituindo o titulo, no caso de este se recusar a executa-la. Se, porém, se tratava de um contrato esponsalicio, que não constasse de escriptura publica, nem a parte podia ser obrigada a fazer escriptura, nem mesmo a confissão d'ella suppria o titulo.

No projecto primitivo (artigo 780.º) dizia-se apenas: «A validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa, salvo nos casos em que a lei expressamente ordene outra cousa». Esta disposição do projecto foi substituida, em sessão da commissão revisora de 19 de dezembro de 1860, pela seguinte proposta do sr. Silva Ferrão: «A validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa, salvo aquellas que forem prescriptas na lei para a prova d'elles, que a lei declarar substanciaes, por declaração especial».

A substituição já era peior que o substituido, até porque estava em contradicção com o disposto no artigo 10.º; mas ao menos não sustentava a distincção entre formalidades necessarias para *prova* e formalidades da *substancia* do contrato.

Estas formalidades externas são as provas prescriptas para contratos de certa classe ou de certo valor.

Até na acta da referida sessão da commissão revisora se diz, que o sr. Seabra declarára que na parte IV proporia alguma modificação ao projecto, tornando necessaria a prova escripta nos contratos sobre bens mobiliarios, em dadas circumstancias.

As solemnidades dos contratos, e a designação dos casos em que são necessarias, pertencem ao direito publico, devendo o legislador estabelecer para prova dos contratos regras independentes, quanto possivel, da moralidade individual, e capazes de vencer as difficuldades do tempo.

O codigo estabelece (artigo 2506.º) o principio geral de que se admitte a prova testemunhal em todos os casos em que não seja *expressamente* defeza. É a repetição do disposto no artigo 462.º da no-

vissima reforma judicial, que alterou n'este ponto fundamentalmente as disposições da ordenação, livro III, titulo LIX.

O nosso codigo commercial, artigo 247.º, é que não admitte o depoimento de testemunhas para prova dos contratos entre commerciantes, senão havendo começo de prova por escripto, e ainda assim a arbitrio dos tribunaes.

A prova testemunhal é a mais antiga, poisque nem havia outra para os contratos antes do uso da escriptura; e ainda hoje seria a mais simples e perfeita, se os homens não fossem sujeitos a erros e a paixões.

A paz publica porém ganha muito assegurando por modos mais solemnes certos interesses de mais elevada importancia, e prevenindo pleitos dispendiosos.

A prova testemunhal não póde dispensar-se absolutamente, porque não ha outro meio de provar certos factos, e ainda pela impossibilidade de obrigar as partes, *em contratos de pequena valia*, ás despezas do escripto publico, ou mesmo particular.

Mas, por outro lado, os homens, ainda de boa fé, contam de differente modo o que viram e ouviram, e os exemplos de perjurios apparecem todos os dias no nosso fôro e nos tribunaes estrangeiros; alem de que a morte, a ausencia, e em geral a falta das testemunhas tornaria impossivel a prova.

O legislador, conseguintemente, não descansa na fé das testemunhas, quando tem meios mais convenientes e seguros de esclarecer e de apurar a verdade; e aceita-a completamente nos casos em que d'esta prova não póde prescindir-se, cercando-a apenas de todas as condições indispensaveis para ella ser o menos fallivel.

Todas as classes de factos podem ser provadas por testemunhas; só com relação aos contratos, e contratos de certo valor ou natureza, é que se exige a prova escripta.

Nem se faz violencia aos contrahentes, obrigando-os a certas e determinadas solemnidades, porque se elles podem redigi-los como lhes parecer, tambem o legislador póde exigir que elles os redijam com certas formalidades.

Ora os casos em que o codigo exige escriptura publica são:

1.º No restabelecimento da communhão de bens, se porventura tiver existido, entre o conjuge presente e o conjuge que regresse depois de uma ausencia de mais de vinte annos, ou depois de ter completado noventa e cinco annos, nos termos do artigo 89.º

2.º Na cessão do privilegio, ou a titulo gratuito ou a titulo oneroso, que *só póde ser feita* por escriptura publica, artigo 627.º

3.º No contrato de consignação de rendimentos, quando recaír sobre bens immoveis que *só póde ser celebrado por escriptura publica*, artigo 875.º

A redacção do artigo não obriga a celebrar por escriptura publica o contrato de antichrese, quando este tiver por objecto bens immoveis por disposição da lei. No entretanto, sempre que este contrato exceder o valor de 50$000 réis, só póde ser registado sendo feito por escriptura publica, artigo 978.º, n.º 6.º, porque os escriptos particulares não são admittidos a registo se contêem valor excedente a 50$000 réis, e a consignação de rendimentos é onus real sujeito a registo, artigo 949.º § 2.º, n.º 7.º, ou recáia sobre bens immoveis propriamente ou sobre quaesquer bens immobiliarios, porque este artigo não distingue.

Entendemos pois que o contrato de consignação de rendimentos deve ser celebrado sempre por escriptura publica, ainda que não recáia sobre bens immoveis propriamente ditos.



4.º Nos contratos antenupciaes, *que não terão validade* se não forem celebrados em escriptura publica, artigo 1097.º, assim como as doações feitas por terceiro aos esposados, que hão de ser feitas no proprio contrato antenupcial, ou em escriptura publica separada, artigo 1175.º

5.º Na collocação a juros do dote em dinheiro, por quem quer que seja constituido, por não ser invertido em bens immoveis, inscripções de assentamento ou acções de companhias, que ha de ser dado por *escriptura publica*, com hypotheca, artigo 1140.º, qualquer que seja a sua importancia.

6.º Na sociedade universal de todos os bens presentes e futuros, que *só póde constituir-se* por escriptura publica, art. 1244.º

7.º Na sociedade particular em cujos haveres entre a propriedade de algum immovel, que *só por escriptura publica póde ser constituida*, artigo 1250.º

8.º No deposito excedente a 100$000 réis, que *só póde ser provado* por escriptura publica. A exoneração *póde provar-se* pelo mesmo modo, artigo 1434.º O deposito forçado por occasião de alguma calamidade, como inundação, incendio, etc., póde ser provado por qualquer meio de prova, sem attenção ao seu valor; e a exoneração igualmente, como adiante dizemos.

9.º Nas doações de bens immobiliarios de valor excedente a 50$000 réis, artigo 1459.º, que *só poderão ser feitas* por escriptura publica.

10.º No mutuo e na usura, assim como na quitação, nos contratos de valor excedente a 400$000 réis, que *só podem ser provados* por escriptura publica, artigos 1534.º e 1643.º

Como o mutuo póde comprehender, alem do dinheiro, cereaes e outros objectos fungiveis de valor indeterminado, convem fixar logo no contrato o valor da cousa, por cautela, para evitar depois duvidas sobre a importancia do mutuo.

11.º Na venda e na troca de bens de raiz de valor excedente a réis 50$000, que *só poderão ser feitas* por escriptura publica, artigos 1590.º e 1594.º

12.º No contrato de renda ou censo consignativo de futuro, que *só póde ser celebrado* por escriptura publica, artigo 1646.º

13.º Nos aforamentos, artigo 1655.º, que *serão celebrados* por escriptura publica.

Por direito anterior só era necessaria e até substancial do contrato, nos aforamentos, a escriptura publica, quando elles tinham por objecto bens ecclesiasticos, ordenação livro IV, titulo XIX, *pr.*

Esta disposição porém foi alterada pelo artigo 13.º da lei de 22 de junho de 1866, que diz assim: «São validos os aforamentos de bens da igreja, embora não fossem celebrados por escriptura publica, tendo sido processados no juizo ecclesiastico em fórma contenciosa nos termos das constituições diocesanas, e com data anterior á publicação da presente lei». Conseguintemente os contratos de aforamento, anteriores á promulgação do codigo, podem ser provados por qualquer meio de prova, salvo recaíndo sobre bens ecclesiasticos, porque n'esse caso só podem ser provados por escriptura publica ou nos termos do citado artigo 13.º da lei de 22 de junho de 1866.

Ainda assim a pratica constante, mesmo quando a emphyteuse tinha por objecto bens profanos, era celebrar os contratos de aforamento por escriptura publica.

O sr. Nazareth, nos seus elementos de processo civil, escriptos sob o imperio do direito anterior, declarava a escriptura substancial do contrato nos casos seguintes:

1.º Na emphyteuse ecclesiastica, ordenação, livro IV, titulo XIX, pr.;
2.º Na doação, que houvesse de ser insinuada;
3.º Nos contratos em que as partes promettessem fazer escriptura publica, citada ordenação, § 1.º;
4.º Na hypotheca, lei de 20 de junho de 1774, § 33.º;
5.º Nos esponsaes, lei de 6 de outubro de 1784, § 1.º;
6.º Nos contratos de compra e venda excedentes a 50$000 réis, lei de 9 de julho de 1849;
7.º Nas vendas, trocas, doações, hypotheses, ou subemphyteuticações de bens foreiros á fazenda nacional, decreto de 26 de outubro de 1836, artigos 3.º e 4.º

Ha convenções para as quaes a lei estabelece formalidades especiaes, que não são communs a nenhuma outra, destacando o legislador esta classe de contratos de todos os outros em attenção á sua importancia especial. Assim o casamento, ou contrahido no reino ou no estrangeiro, só póde provar-se por uma certidão do registo competente, artigos 1083.º e 1085.º

Esta prova só póde ser substituida por qualquer outra, provando-se o extravio do registo, quanto aos casamentos contrahidos no reino, ou a falta de registo regular e authentico, quanto aos casamentos contrahidos no estrangeiro. A *simili* do que dispõe o artigo 1083.º com relação aos casamentos contrahidos no reino, se dos casamentos contrahidos no estrangeiro houver registo regular no respectivo paiz, e se tiver perdido, poderão provar-se por qualquer genero de prova.

Outra modificação deve soffrer ainda o preceito do artigo 1083.º, comparando-se com os artigos 2441.º e 2442.º Não é só quando o registo *se perdeu*, como diz o artigo 1083.º, que se admitte qualquer outra especie de prova para justificar este facto. Admitte-se, alem d'este caso, quando não houver registo, ou não se achar registado o acto, cuja existencia se quer provar, ou não estiver registado em devida fórma, como dispõem os artigos 2441.º e 2442.º, com relação não só aos nascimentos e obitos, salvo quanto á prova da filiação legitima, mas tambem com relação aos casamentos.

Manifestada a incoherencia entre as disposições dos artigos 1083.º e 2442.º deve prevalecer a d'este, como mais rasoavel, ou pelo menos deve considerar-se este artigo, como modificação d'aquelle.

Esta desharmonia, que hoje se nota nas disposições dos artigos 1083.º e 2442.º, vem já do projecto primitivo, artigos (correspondentes) 1129.º e 2817.º

Actos juridicos ha em que a prova depende do fim a que são destinados. Assim o mandato verbal prova-se por qualquer meio de prova, artigo 1326.º, e é sufficiente para todos os actos cuja realisação ou prova não careça de *documento*, authentico ou particular, artigo 1329.º, como a procuração dada para comprar bens mobiliarios, etc.

O mandato escripto só póde provar-se por procuração publica, nos termos dos artigos 1320.º e 1322.º, se é dado para acto que deva realisar-se por modo authentico, ou para cuja prova é exigido documento authentico, artigo 1327.º, como para a venda de bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis.

O mandato judicial tambem só por procuração publica, ou havida por tal, póde ser conferido, artigo 1355.º

Para os actos, cuja prova depende de documento particular, como o mandato para a venda de bens de raiz de valor não excedente áquella quantia, tambem é necessaria procuração por escripto, mas basta uma procuração particular, artigo 1328.º

O repudio da herança deve ser feito por termo, artigo 2034.º



Os casos em que a lei exige escriptura particular, são:

1.º No consentimento do auctor ou de seus representantes, para poder ser representada obra dramatica em theatro publico, artigo 595.º

2.º Nas hypothecas, garantindo valor não excedente a 50$000 réis, que *podem provar-se* por documento particular, escripto e assignado pela pessoa que as constituir, ou, se essa não souber ou não poder escrever, por outrem a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas que escrevam os seus nomes; sendo, em todo o caso, as assignaturas reconhecidas por tabellião, artigo 912.º

3.º Para o empreiteiro ter direito a exigir do dono da obra mais do que o preço determinado, em rasão do augmento dos jornaes ou materiaes, ou de alteração na planta, desenho, ou descripção da obra, artigo 1401.º

4.º No deposito de valor excedente a 50$000 réis, mas não a réis 100$000, que *só póde ser provado* por escripto, assignado pelo proprio depositario, ou reconhecido como authentico, artigo 1434.º Os depositos feitos em bancos, ou em casas, que recebem os depositos como operação mercantil, estão sujeitos, quanto á prova e á exoneração, ás leis commerciaes, e provam-se pelos titulos usados em commercio.

A exoneração do deposito *póde provar-se* pelos mesmos meios por que se prova a sua constituição isto é, por escripto particular se excede a 50$000 réis, mas não a 100$000 réis, e por escriptura publica se exceder a 100$000 réis.

Tanto a constituição como a exoneração do deposito, não excedente a 50$000 réis, póde provar-se por testemunhas, ou por qualquer outro meio de prova.

Escapa ás regras da prova por escripto o deposito forçado, artigo 1434.º, § 1.º, em consequencia de algum accidente de força maior, como incendio, inundação, etc., que na antiga linguagem se chamava deposito *miseravel*, por ter logar em consequencia de algum acontecimento desgraçado. Para este deposito é admissivel qualquer meio de prova.

N'estes momentos de crise confiam-se ao primeiro, que apparece, os objectos que se pretende salvar, tornando-se impossivel por isso obter prova, por escripto, do deposito que, demais, é recebido por favor.

Mas para se admittir, n'este caso, meio de prova, que não seja escripto, nos termos do artigo, é preciso que a parte, que prova a existencia do deposito, prove tambem a do accidente, se este for negado, pela regra: *Onus probandi incumbit auctori.*

5.º Na doação de bens immobiliarios, se o valor d'elles não exceder a 50$000 réis, que *poderá ser feita* por escripto particular com a assignatura do doador, ou de outrem a seu rogo, não sabendo elle escrever, e de mais duas testemunhas que escrevam o seu nome por inteiro, artigo 1459.º

O codigo não exige a formalidade da escriptura, nem mesmo do escripto particular, para a doação de bens mobiliarios; para a qual deveria aliás exigir-se prova escripta quando a transmissão representasse um valor consideravel, *verbi gratia*, quando excedesse a 50$000 réis, em que já é obrigatorio o imposto da contribuição de registo, nos casos em que é devido por transmissão a titulo gratuito.

6.º Na constituição e na quitação do mutuo e da usura, excedente a 200$000 réis, mas não a 400$000 réis, que *só podem ser provadas* por escripto, assignado pelo proprio mutuario; ou reconhecido como authentico, artigos 1534.º e 1643.º

O mutuo e a usura, não excedentes a 200$000 réis, bem como a quitação, podem ser provados por testemunhas ou por qualquer outra especie de prova.

No silencio do codigo, e em harmonia com o disposto no artigo 16.º, julgam alguns applicavel ao nosso direito o preceito do artigo 1345.º do codigo civil francez, em virtude do qual não podem fazer-se n'uma só acção differentes pedidos, ainda formados em tempos differentes, que, isolados, podiam dispensar prova mais solemne, mas que, juntos formam uma quantia que não póde dispensa-la, salvo quando os creditos provém de differentes pessoas.

A rasão do principio geral assenta: 1.º, em que de outro modo facilmente se illudiria a disposição que marca processo determinado para certas quantias; 2.º, porque a culpa foi do credor que não exigiu na ultima divida o documento que as comprovasse a todas.

É rasoavel a doutrina da legislação franceza a este respeito, mas a praxe do nosso fôro é em contrario, e o codigo civil não alterou as disposições da nossa lei de processo senão quando a ellas se referiu expressamente, ou estabeleceu preceitos incompativeis com ellas.

7.º Na venda e troca de bens immobiliarios, não excedentes a réis 50$000, que *poderá ser feita* por escripto particular com a assignatura do vendedor, ou de outrem a seu rogo, não sabendo elle escrever, e de mais duas testemunhas que escrevam os seus nomes por inteiro, artigos 1590.º § 1.º e 1594.º

Na venda e troca de bens immobiliarios em caso nenhum é sufficiente a prova testemunhal. O contrato de venda e troca de bens immobiliarios *será sempre reduzido a escripto*, citado artigo 1590.º

8.º No consentimento do senhorio para as bemfeitorias, a fim de que o arrendatario tenha direito de retenção por ellas, nos termos do artigo 1614.º

9.º Na transacção extrajudicial, que não versa sobre o direito immobiliario, artigo 1712.º

Casos ha, em que o acto póde ser feito em *escriptura publica*, ou em outro *documento* ou *auto publico, verbi gratia*, na hypothese do artigo 1137.º para a especificação do dote, consistente em bens presentes liquidos.

Como os bens proprios e os dotaes gosam de grandes isenções, quanto a execução por dividas, o legislador, para evitar que os conjuges, por inventarios *particulares*, especifiquem, com prejuizo dos credores, como proprios ou dotaes, bens adquiridos, obriga a inventariar, para evitar as fraudes, em escriptura ou auto publico, os bens com que elles entraram para o casal, e os da mesma natureza que lhes advieram já depois de celebrado o matrimonio, artigos 1126.º, 1131.º e 1137.º

Tambem póde ser feita em *escriptura*, ou *auto publico* a convenção, que annulla os effeitos da simples separação judicial de bens, artigo 1229.º

Por *escriptura* ou *auto publico* podem provar-se as hypothecas voluntarias, provenientes de contratos de valor excedente a 50$000 réis, artigo 912.º

Em *escriptura* ou *auto publico* ha de ser feita a divisão dos bens immobiliarios communs, artigo 2184.º; bem como as partilhas hereditarias amigaveis, artigo 2013.º, qualquer que seja a natureza dos bens a partir; e bem assim a transacção extrajudicial que versa sobre direitos immobiliarios, artigo 1712.º

A alienação do direito que téem os proprietarios ao uso das aguas que atravessam ou banham os seus predios, e ao uso das fontes ou



nascentes que n'elles apparecem, tambem só por *escriptura* ou *auto publico* póde ter logar, artigos 439.º e 444.º, § unico.

A revogação do testamento no todo ou em parte tambem póde ser feita por outro testamento, ou por escriptura, artigo 1755.º Em as notas a este arte artigo 1755.º, diremos as rasões do respectivo preceito.

Outros actos só podem fazer-se por *acto de conciliação* perante o respectivo juiz de paz, como é a reconciliação dos conjuges separados de pessoas e bens, restabelecendo a sociedade conjugal, nos termos em que tinha sido constituida, artigo 1218.º

Esta reconciliação não póde ser feita n'outro auto publico, nem por escriptura publica.

A transacção judicial ha de fazer-se por *escriptura publica*, junta aos autos, ou por *termo* nos mesmos autos, artigo 1713.º, mas julgada por sentença, artigo 1714.º; e só produz effeitos desde que passar em julgado a sentença que a homologar. Não quer isto dizer que qualquer das partes, que estipularam a transacção em escriptura publica, possa arrepender-se e resilir do contrato depois de celebrada a escriptura e antes do julgamento por sentença, mas sim que a transacção carece d'esta formalidade, cujo cumprimento qualquer das partes póde requerer, para o contrato produzir todos os effeitos juridicos.

O reconhecimento dos filhos legitimados por subsequente matrimonio e as perfilhações dos illegitimos podem fazer-se no registo do nascimento dos filhos, em testamento e em escriptura publica; podendo fazer-se alem d'isso o *reconhecimento* no assento do casamento dos paes, e as *perfilhações* em qualquer auto publico, artigos 119.º, n.º 1.º, 123.º e 2469.º

A permissão do pae ou da mãe fallecidos para o tutor ou seus descendentes poderem casar com a pessoa tutelada, emquanto não finda a tutela, e as contas d'esta não são approvadas, ha de constar de *testamento*, ou de outro *escripto authentico*, artigo 1058.º, n.º 2.º

A nomeação de tutor só póde ser feita em *testamento* ou *acto authentico entre vivos*, artigo 193.º

Para dispensar o inventario dos bens do interdicto casado segundo o costume do reino, processada que seja a interdicção, exige o codigo que elles se achem descriptos em *documento authentico*, artigo 324.º

O terceiro que emprestou dinheiro para o devedor pagar ao crédor, só fica subrogado nos direitos d'este, constando de *titulo authentico*, que o dinheiro fôra effectivamente pedido para pagar o emprestimo, artigo 780.º

Para o contrato de penhor produzir effeito com relação a terceiros, é indispensavel que, alem da entrega da cousa empenhada, conste de *auto authentico* a somma devida e a especie e natureza do penhor, artigo 858.º

O projecto primitivo só exceptuava da disposição do artigo o caso de empenho de fructos, considerando o proprietario como depositario dos fructos empenhados, porque o projecto admittia que os fructos podessem ser objecto de penhor, e por isso no artigo 952.º, correspondente ao artigo 856.º do codigo, terminava pelas seguintes palavras: «e ainda os fructos pendentes dos bens de raiz, que devem ser colhidos em tempo determinado».

A commissão revisora porém, declarando bens immoveis, por disposição da lei, artigo 375.º, n.º 1.º, os fructos pendentes, excluiu-os do objecto do penhor.

A cessão do direito só produz effeitos com relação ao devedor ou a terceiros, depois de levada ao conhecimento d'aquelle por *fórma authentica*, artigos 789.º e 792.º

É valida a disposição testamentaria, que se referir a documentos *authenticos*, ou *escriptos* e *assignados* pelo testador, artigo 1741.º

A divisão e a destrinça do fôro não têem validade, não sendo feitas por *acto authentico*, que inclua o consentimento do senhorio, artigo 1662.º § 5.º

Os prazos de vidas, que ao tempo da promulgação do codigo se não achassem transferidos revogavel ou irrevogavelmente por *instrumento authentico*, ficavam desde logo *phateosins*, artigos 1698.º e 1699.º

A disposição do testador feita a favor d'aquelles que depois attentaram contra a sua vida, ou concorreram para esse delicto, ou por violencia ou por fraude o impediram de revogar o testamento, subsiste, se o testador declarar por *modo authentico* que persiste n'ella, artigo 1782.º

Domicilio particular para o cumprimento de actos determinados, que a lei não tenha sujeitado a certo domicilio, só póde ser estipulado em *documento authentico* ou *authenticado*, artigo 46.º

A filiação legitima, na falta de registo do nascimento, prova-se por qualquer *documento authentico*, art. 114.º

O cancellamento de registo definitivo póde ser requerido por quaesquer interessados, provando elles por *documento authentico* ou *authenticado* a extincção do encargo, ou a cessação do facto que deu causa ao registo, artigo 992.º

Os bens immobiliarios dotaes só podem ser alienados para pagamento de dividas anteriores ao casamento, se estas não podérem ser pagas por outros bens, e constarem de *documento authentico* ou *authenticado*, artigo 1149.º, n.º 3.º

A auctorisação do marido para a mulher commerciar, hypothecar ou alienar bens immoveis, ou para propor acções em juizo, só póde ser outorgada por *escripto authentico* ou *authenticado*, artigo 1196.º

O registo provisorio dos onus mencionados nos tres numeros do artigo 990.º póde ser cancellado á vista de *declaração authentica* ou *authenticada* dos interessados, citado artigo.

Para o donatario responder, no caso de doação com encargo de dividas, pelas que existirem ao tempo da doação, é preciso que tenham *data authentica ou authenticada*, artigo 1469.º

Para o arrendamento produzir os effeitos marcados no artigo 1619.º exige-se que esteja declarada a sua data em *titulo authentico* ou *authenticado*.

Outros actos não dependem de formalidade especial, e podem ser provados por qualquer meio de prova, como, por exemplo, a venda de bens mobiliarios, artigo 1589.º

Outros actos ha em que, para se dispensar a prova por escripto, é indispensavel acompanhar o contrato de uma formalidade particular, como na doação de bens mobiliarios que, para ser verbal, carece da formalidade especial da tradição, artigo 1458.º, ou de ser entregue *de mão a mão*, como dizia o projecto primitivo no artigo correspondente (1519.º).

Estas doações, chamadas *manuaes*, por serem feitas de *mão a mão*, não poderiam ser proscriptas sem tirar ao homem um dos seus mais sagrados direitos, como é o de dar gratificações e de dar presentes, para exercer actos de generosidade e para recompensar immediatamente serviços recebidos.

Seria inconveniente obrigar os pactuantes a recorrerem ás formalidades do escripto para realisar a mais insignificante doação. Mas em todos os casos em que o codigo exige o escripto particular, será esta formalidade da substancia dos contratos ou só necessaria para prova?



Será o escripto particular da substancia dos contratos, mesmo nos casos em que codigo o não exige necessariamente para prova, e usa das palavras: «*podem provar-se*» ou «*poderá ser feita*», como acontece com relação tanto á escriptura publica como á particular, no artigo 912.º, e com relação ao escripto particular nos artigos 1459.º e 1590.º?

Nas hypotheses dos artigos 1459.º e 1590.º ainda poderá dizer-se combinando devidamente os diversos membros dos artigos que as palavras «*poderá ser feita*» por escripto particular significam, não que é indispensavelo escripto particular, mas que não é obrigatoria a escriptura publica.

Esta interpretação porém já não é applicavel em taes casos a todas as hypotheses.

Em conclusão. Nos casos em que se declara que a escriptura é necessaria para *prova* do contrato, poderá ainda hoje qualquer das partes compellir a outra a fazer-lhe a escriptura, provando a existencia do contrato?

Nós vamos para a idéa de que, apesar da diversidade de linguagem usada nas differentes hypotheses, em todas ellas é da substancia do contrato o escripto particular como a escriptura publica, de modo que emquanto esta formalidade não está preenchida não ha contrato, ficando o pactuante, que se recusar a satisfazer a esta formalidade, unicamente sujeito á acção de perdas e damnos.

Effectivamente, a rasão por que se exige a prova escripta em alguns contratos é sempre a mesma, — o não deixar a prova d'elles, quando são muito importantes, dependente da prova testemunhal.

Já por direito anterior, especialmente nos ultimos tempos, se ia estabelecendo a jurisprudencia no sentido de que o ser necessario para *prova* um documento, importava os mesmos effeitos que ser da *substancia* do contrato, visto que a falta do documento impossibilitava a prova, e então vinha a regra: *Non esse, et non apparere, est idem in jure*. Todavia muitas eram as decisões judiciaes em que ainda se consignava a jurisprudencia de poder o comprador obrigar o vendedor, que se arrependia, a celebrar escriptura publica (porque esta hypothese nos contratos de compra e venda é que era mais frequente).

Para nós, nos termos do codigo, não ha differença, quanto aos effeitos juridicos, entre documento necessario para prova e documento da substancia do contrato. Para quem quer negar-se ao cumprimento do contrato importa tanto que elle fosse *nullo*, como que *se não provasse*, salvo pelo que respeita á acção de perdas e damnos.

E nos julgados que compelliam o pactuante a celebrar escriptura publica para prova de um acto, que só por aquelle documento podia ser provado, havia um sophisma de lei, com todos os caracteres do que os logicos chamam *petição de principio*.

A condemnação do pactuante a celebrar escriptura publica era feita sobre a premissa de que tinha *existido* um contrato, cuja *existencia* só por escriptura publica podia ser provada!

Demais, o codigo civil não permitte, como permittia a ordenação, livro III, titulo LIX, §§ 4.º e 5.º, o substituir a escriptura publica, nos casos em que ella é necessaria para prova do contrato, pela confissão em juizo, ou por outro documento authentico. Verdade seja que, sendo a ordenação, livro III, titulo LIX, nos referidos §§, uma lei de processo, mal póde dizer-se revogada pelo codigo civil, sem disposição expressa n'esse sentido.

No entretanto, a materia da substituição dos meios de prova, comquanto por um lado pertença á lei do processo, está de tal modo li-

gada com o direito civil, que bem póde dizer-se que o codigo civil, estabelecendo a disposição expressa de que só por certos meios podiam ser provados certos actos juridicos, sem auctorisar expressamente a substituição d'esses meios de prova, implicitamente reprovou a faculdade de os substituir.

Finalmente parece que a commissão revisora tinha em mente prohibir que o pactuante podesse ser compellido a assignar a escriptura do contrato, nos casos em que ella era necessaria para prova, porque em sessão de 15 de março de 1865 rejeitou, votando por elles só o sr. Soure, os seguintes artigos que o sr. José Julio propunha em addição ao artigo 1610.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1590.º do codigo:

«Artigo (a) Porém a venda feita por escripto particular, em que os contrahentes declararem que se obrigam a assignar escriptura publica dentro de um praso determinado, que não poderá exceder a 30 dias, ainda nos casos em que a lei exige tal escriptura, dá a qualquer d'elles o direito de obrigar o outro a assigna-la, comtantoque a acção seja proposta dentro de outro praso igual ao primeiro.

«Artigo (b) Se a venda tiver sido feita por modo differente do que fica determinado no artigo 1610.º e 1590.º do codigo, o contrato não é nullo, mas só póde valer como promessa de venda, nos termos do artigo 1553.º (1548.º do codigo).»

Comquanto este argumento não tenha decidida força probativa, porque na hypothese do artigo 1590.º a escriptura publica é da substancia do contrato, é todavia certo que, pelo menos nos ultimos tempos anteriores ao codigo, era com relação ao contrato de compra e venda que se tornava mais importante e de mais frequentes effeitos praticos a distincção entre escriptura necessaria para *prova*, e escriptura da *substancia* do contrato.

Tambem é verdade que o projecto primitivo em parte nenhuma fallava da escriptura, como necessaria para *prova*, comquanto em muitos casos a exigisse como da substancia do contrato.

Os artigos 826.º, 829.º, 1327.º, 1434.º e 1534.º foram introduzidos pela commissão revisora, e os artigos 912.º e 1643.º tinham no projecto primitivo (artigos 990.º e 1734.º) outra redacção. Nos termos do projecto, a hypotheca convencional *só podia ser constituida* por auto ou escriptura publica, e a convenção de juros ou interesses *só podia ser estipulada* por escriptura publica ou escripto particular authentico.

Se a commissão revisora não tivesse preferido ao rigor do pensamento juridico, a diversidade na linguagem e a variedade no estylo, podia deduzir-se d'estas alterações argumento para suppor que ella quizera fazer differença entre documentos necessarios para *prova*, e documentos da *substancia* dos actos juridicos.

Porém o nosso grande argumento para negar effeitos juridicos á distincção entre formalidades necessarias para prova e formalidades da substancia dos actos juridicos, resume-se em que o acto, para que a lei requer certa e determinada prova, não póde ser de outro modo provado.

Para corroborar esta opinião achâmos ainda argumento em varios outros artigos do codigo.

Nos artigos 711.º e 712.º determina-se que obrigando-se alguem a prestar um facto, e deixando de o prestar, responde por perdas e damnos, podendo a crédor do facto requerer, em logar de perdas e damnos, o ser auctorisado a prestar por outrem o dicto facto, *sendo possivel*, á custa d'aquelle, que estava obrigado; e todos sabem que a assignatura de uma pessoa não póde ser prestada por outra differente



contra vontade d'aquella. Demais o artigo 1548.º, no caso de simples promessa reciproca de compra e venda, não dá direito a nenhuma das partes de compellir a outra a assignar o titulo do contrato, ou a faze-lo supprir por sentença de juiz; dá apenas o direito a indemnisação de perdas e damnos, e á perda do signal ou á restituição d'elle em dobro, se o houve.

Nos proprios artigos em que se dispõe que a venda e troca de bens immobiliarios, de valor não excedente a 50$000 réis, *poderá ser feita* por escripto particular, se declara ao mesmo tempo que o contrato de compra e troca de bens immobiliarios, será *sempre* reduzido *a escripto*, artigo 1590.º As palavras «*poderá ser feita por escripto particular*», empregadas no artigo 1459.º, com relação á doação de bens immobiliarios de valor não excedente a 50$000 réis, tambem não significam que n'este caso possa dispensar-se o *escripto*, mas sim que póde dispensar-se a escriptura publica, porque *verbalmente* só póde fazer-se doação de bens mobiliarios, e, ainda assim, sendo acompanhada da tradição.

Ao passo que no artigo 912.º se determina que as hypothecas voluntarias, provenientes de contratos, *podem provar-se* por escriptura ou auto publico, o artigo 978.º não admitte a registo *escriptos particulares* de contratos, cujo valor exceda a 50$000 réis, e as hypothecas só são causa de preferencia, sendo registadas, artigo 1006.º

Nos casos, porém, em que o codigo exige a prova documental, podem ser substituidos entre si os documentos, que o codigo precisamente exige, substituindo-se uns pelos outros os de igual categoria, ou os de categoria inferior pelos de categoria superior?

Os documentos authenticos, quando são denominada e especificadamente exigidos pelo codigo, não podem ser substituidos, pela simples rasão de que, sendo *substanciaes* do acto juridico e não existindo este sem elles, não póde provar-se o que não existe.

O pacto antenupcial, por exemplo, não póde provar-se por um auto de conciliação, porque não tem validade não sendo feito por escriptura publica, artigo 1097.º

Verdade seja que alguns recorrem ao disposto no artigo 2412.º, para mostrarem que a prova authentica póde ser substituida pela confissão da parte, com o fundamento de que a confissão só deixa de constituir prova plena, quando é prohibida por direito, ou declarada insufficiente por lei, como nas hypotheses dos artigos 631.º § unico e 903.º da novissima reforma judicial.

Este argumento porém cáe immediatamente diante da disposição do artigo 2523.º, que não permitte provar pelo juramento da parte os contratos que dependem de *instrumento publico*, d'onde tambem se infere evidentemente que podem ser provados por confissão ou juramento da parte todos os actos juridicos, para cuja celebração a lei exige apenas escripto particular.

Já pelas nossas leis anteriores e praxe do fôro, não se admittia a substituição de um documento authentico, especificadamente exigido para a prova ou validade de qualquer acto juridico, por outro ainda de igual ou de superior categoria.

Pelo codigo muito menos póde admittir-se similhante substituição, porque o artigo 686.º torna dependente a validade dos contratos das formalidades *prescriptas* na lei, e o artigo 10.º declara nullo o que se fizer contra as disposições da lei preceptiva ou prohibitiva.

Alguns julgam achar no artigo 5.º da lei de 31 de agosto de 1869, que se refere ás transmissões operadas pela venda *em autos de conciliação*, uma modificação ao § 2.º do artigo 1590.º do codigo, que

exige a escriptura publica como substancial do contrato de bens immobiliarios, de valor excedente a 50$000 réis.

Porém, aquelle artigo da lei de 31 de agosto de 1869 não tem por fim determinar meios ou modos de prova de transmissão de bens immobiliarios, mas unicamente declarar a fórma e o tempo dentro do qual deve ser pago o imposto da contribuição de registo, nos casos em que a transmissão é admittida nos termos das leis civis.

A lei de 31 de agosto de 1869 regula o modo de pagar a contribuição de registo, nas vendas de bens immobiliarios, em autos de conciliação, porque o codigo, no artigo 1712.º, permitte a transacção extrajudicial sobre bens immobiliarios, não só por escriptura publica, mas tambem por *auto de conciliação;* assim como no artigo 439.º permitte a alienação do direito *immobiliario,* que têem os proprietarios ao uso das aguas que atravessam ou banham os seus predios, não só por escriptura publica, mas tambem por qualquer *auto publico.*

Até as hypotheses previstas n'estes dois artigos são as unicas duas modificações do principio geral de que a escriptura publica é substancial do contrato de compra e troca de bens de raiz, de valor excedente a 50$000 réis.

Bastava permittir o codigo, como no artigo 1590.º, § 1.º, a venda de bens de raiz de valor não excedente a 50$000 réis por escripto particular, e portanto em auto de conciliação, como documento de superior categoria, para a lei tributaria poder referir-se ás transmissões por venda, operadas em auto de conciliação.

Portanto o referir-se a lei do imposto a vendas feitas em auto de conciliação, não significa que ella creasse este modo de contratar sobre bens immobiliarios, mas sim que ella respeitou o preceito da lei civil, tomando-o como existente, para lhe applicar as suas disposições de uma ordem inteiramente distincta.

Nos casos, porém, em que se exige o escripto particular, bem póde este ser supprido por auto publico, que é documento mais solemne e que, como mais, comprehende o menos.

É tambem para notar a differença das solemnidades de que deve ser revestido o escripto particular, segundo as differentes hypotheses em que é exigido. Assim, na hypothese do artigo 912.º deve ser *escripto* e *assignado* pelo contrahente, quando, nas hypotheses dos artigos 1434.º, 1459.º, 1534.º, 1590.º e 1643.º, basta que seja *assignado* pelo contrahente.

Nas hypotheses dos artigos 912.º, 1459.º, 1590.º, e 1594.º, se o contrahente não *souber* ou não *podér escrever,* artigo 912.º, ou não *souber escrever,* artigos 1459.º e 1590.º, ha de assignar alguem a seu rogo, e mais duas testemunhas que não assignem de cruz, mas que escrevam os seus *nomes,* artigo 912.º, ou os seus *nomes por inteiro,* artigos 1459.º e 1590.º

E assignar os nomes *por inteiro* quererá dizer apenas que não se póde assignar só com a firma ou appellido, ou tambem que não podem empregar-se as abreviaturas usuaes? A redacção dos artigos denuncia que nem as abreviaturas usuaes podem empregar-se.

Todavia, mesmo nas hypotheses d'estes dois artigos, deve admittir-se a assignatura a rogo, quando o contrahente não *podér* escrever, *a simili* do disposto no artigo 912.º, e porque onde ha a mesma rasão deve haver a mesma disposição.

Entendemos, que em vista do artigo 2495.º n.º 4.º, nas palavras *não saber* assignar ou escrever deve julgar-se sempre implicita a idéa de *não poder* assignar ou escrever e vice-versa.



Ao terceiro que assigna a rogo é admissivel a assignatura de cruz? Não. Se ella não é admittida ás testemunhas, por maioria de rasão não é admittida ao que assigna pela parte, e até porque nem a esta é admittida, pois que o codigo diz expressamente que outrem assignará pelo contrahente, quando este não podér ou não souber *escrever,* e não quando este não souber ou não podér *assignar.*

A ordenação, fallando dos que não sabiam *escrever* e dos que não sabiam *assignar,* deu logar a reconhecer-se a assignatura de cruz, que ainda hoje é admittida nos casos em que a lei não ordena o contrario.

Na hypothese do artigo 912.º exige-se o reconhecimento, por tabellião, das assignaturas, tanto do contrahente ou do que assigna a seu rogo, como das testemunhas, exigencia que se não faz nas hypotheses dos artigos 1459.º e 1590.º; assim como nas hypotheses dos artigos 1434.º, 1534.º e 1643.º, em logar de dizer-se que, não sabendo escrever o contrahente, assignará outrem a seu rogo e duas testemunhas, se dispõe que o titulo será assignado pela parte, ou *reconhecido como authentico.* Porém, como a seu tempo veremos, tudo vem a dar na mesma.

Deve notar-se que as testemunhas, chamadas a intervir nos escriptos particulares devem ter os requisitos de testemunhas instrumentarias nos termos dos artigos 1966.º e 2492.º

Para intentar a acção de investigação de paternidade illegitima basta que exista *escripto* do pae, em que declare expressamente a paternidade, artigo 130.º, n.º 1.º

Para propor a acção de investigação de paternidade ou de maternidade depois da morte dos paes, que falleceram na maioridade dos filhos, é preciso obter de novo documento *escripto* e *assignado* pelos paes, artigo 133.º, n.º 2.º

A procuração particular carece de ser *escripta* e *assignada* pelo mandante; e, se for escripta por terceira pessoa, deve *ser assignada pelo mandante* e *mais duas testemunhas,* artigo 1321.º

A obrigação de divida que habilite o senhorio directo a exigir as prestações emphyteuticas atrazadas de mais de cinco annos, *deve ser assignada pelo foreiro com duas testemunhas, ou toda escripta do seu punho, ou reconhecida em auto publico,* artigo 1684.º, etc.

O registo provisorio póde ser feito em presença de simples declarações *escriptas* e *assignadas* pelo possuidor do predio a que respeita, sendo a *letra e a assignatura reconhecidas por tabellião,* consistindo a garantia no simples reconhecimento do tabellião.

Se porém o possuidor do predio não *souber* ou não *podér escrever,* será a declaração *escripta por terceira pessoa, a rogo de declarante, e pela mesma assignada, e por duas testemunhas na presença do mesmo declarante e de um tabellião, que assim o certifique, e que reconheça as assignaturas no proprio documento,* artigo 969.º

Os redactores do codigo, se n'um artigo só determinassem as formalidades geraes, de que deviam ser revestidos os documentos particulares, teriam procedido mais convenientemente do que designando formalidades especiaes em cada hypothese para tornar validos esses documentos. Mesmo para os documentos authenticos extra-officiaes, o codigo não marcou *positivamente* os requisitos indispensaveis. Apenas se *deduzem* do artigo 2495.º as condições necessarias para a sua validade.

É claro que os requisitos exigidos no artigo 2495.º para a validade dos instrumentos publicos, não são applicaveis aos termos ou autos judiciaes, que são *actos officiaes,* artigo 2423.º, § 1.º

Mas não é só na designação das formalidades que devem acompanhar os documentos particulares, que se nota incoherencia e falta de systema no codigo.

Mesmo quanto á exigencia da prova para os contratos se nota no codigo a ausencia de todo o systema.

Já o sr. dr. Paes da Silva havia notado a falta de base para a exigencia de escriptura publica nos contratos sobre bens immobiliarios, por não se attender ao valor dos direitos transmittidos, e sustentava a necessidade de estabelecer, como obrigatoria, a escriptura publica para os de valor excedente a 50$000 réis. E o sr. Seabra respondeu apenas o seguinte: «Não é possivel estabelecer a regra geral, porque ha distincção a fazer, segundo as differentes especies de contrato, mas o principio é observado geralmente».

Quanto aos bens immobiliarios, ao passo que é necessaria a escriptura publica, nas hypotheses dos artigos 1459.º, 1890.º e 1594.º, isto é, nos contratos de doação, compra e troca de valor excedente a 50$000 réis; é necessaria, sem distincção de valor, nos contratos de consignação de rendimento de bens immoveis, artigo 875.º, no contrato de renda ou censo consignativo, artigo 1646.º, nos emprazamentos, artigo 1655.º, etc.

A doação de bens moveis, por mais exorbitante que seja, não carece de prova especial. No mesmo caso está a sociedade particular sobre moveis, aindaque o seu capital seja de milhões, e a transacção extra-judicial que não abranja bens immobiliarios que seja qual for a quantia, póde ser provada por escripto particular, artigo 1712.º

Para o arrendamento, aindaque seja de longissimo tempo e por quantia avultada, nem *documento authentico* se exige senão na hypothese restricta do artigo 1619.º

Para o commodato e para o aluguer não se exige prova especial, etc.

Mesmo para os contratos relativos a quantias não ha base. No mutuo e na usura exige-se escriptura publica, quando a quantia excede a 400$000 réis, artigos 1534.º e 1643.º, e no deposito quando excede a 100$000 réis, artigo 1534.º

Mesmo quanto ás quantias, podem ser provados por testemunhas os pagamentos de dividas de valor excedente a 400$000 réis, aindaque não constem de escriptura publica, se não provieram de deposito nem de mutuo, nem de usura, casos unicos a que se referem os artigos 1434.º, 1534.º e 1643.º

Supponhâmos, por exemplo, que o socio ficou devendo pela liquidação social uma quantia superior a 400$000 réis: será necessaria escriptura publica para a validade da quitação?

Os que sustentam a affirmativa fundam-se na identidade de rasão, vistoque, se os referidos artigos têem por fim acautelar as fraudes em obrigações de certo valor, não varia a necessidade da cautela por variar a proveniencia das obrigações, pois tão necessaria é nas obrigações provenientes de mutuo, como nas provenientes de qualquer outra convenção ou facto juridico; e acrescentam, que provar por meio de testemunhas o pagamento de quantia devida por escriptura publica é provar contra ou alem do conteúdo d'esse documento authentico, em contravenção do disposto no artigo 2507.º

Nós, porém, seguimos opinião contraria, em face do codigo. O argumento de analogia não procede, porque o preceito do artigo 16.º só póde invocar-se quando as questões não podérem ser resolvidas nem pelo texto nem pelo espirito da lei; e no texto e no espirito do artigo 2506.º está resolvido que a prova de testemunhas se admitte em todos os casos em que não seja *expressamente* defeza.



Ora quanto aos pagamentos de quantias devidas só é *expressamente* defeza quando essas quantias excedam 400$000 réis, e forem provenientes de usura ou de mutuo, ou quando, excedendo 100$000 réis, forem provenientes de deposito.

O codigo civil não adoptou o principio absoluto, consignado na ordenação, livro III, titulo LIX, de que para prova do distrate das obrigações era necessario documento de força igual ao d'aquelle d'onde constassem as obrigações contrahidas.

Tambem a nossa opinião não encontra embaraço na disposição do artigo 2507.º, porque, quem trata de provar um pagamento, longe de pretender provar contra ou alem do conteúdo do documento d'onde consta a obrigação, reconhece pelo contrario e acceita o documento em tudo o que n'elle se acha exarado, affirmando apenas que um facto posterior extinguira a obrigação.

Finalmente, ao passo que a prova testemunhal póde ser sempre admittida, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario, póde igualmente ser substituida em todas as hypotheses.

Nos casos em que a lei exige documento authentico para prova de certos actos, não podem estes ser provados senão por documento authentico, salvo acceitando a lei expressamente outra especie de prova em substituição.

Póde fazer-se por documento authentico a prova, quando apenas se exige a prova testemunhal, mas não póde ser substituida, nem por confissão da parte, a prova para que é requerido documento authentico.

É porém indispensavel não simular contratos de divida, sem declarar a proveniencia, para escapar á prova documental exigida nos artigos 1534.º e 1643.º, com o fundamento de não se denominar de mutuo ou de usura o contrato. Sempre que o contrato tenha aquelles caracteres está sujeito ao genero de prova prescripto nos referidos artigos. O individuo, por exemplo, que confessa uma divida, sem declarar a proveniencia, está sujeito ás disposições que regem o mutuo, aliás o titulo de confissão de divida facilmente podia illudir o que o codigo determina com relação á prova da constituição do mutuo e da respectiva quitação.

As regras estabelecidas para prova dos pagamentos são applicaveis aos contratos celebrados antes da promulgação do codigo, se as quitações forem passadas depois de este se achar em vigor.

Tambem o codigo, como acima dissemos, não consignou o principio de que os contratos feitos por certo e determinado documento, só por documento de igual força poderiam ser distratados.

Estabeleceu o codigo a necessidade da escriptura para o distrate dos contratos especiaes do mutuo, da usura e da fiança; mas este mesmo preceito serve de argumento para se sustentar, que sem escriptura publica ou auto de igual força póde ser distratado o censo consignativo, a sociedade universal, a sociedade particular sobre bens de raiz, e em geral todos os contratos, salvos os casos expressamente exceptuados nas leis.

Todavia em contratos, que costumam constituir-se por certa e determinada fórma, sempre aconselharemos a que se distratem com as mesmas solemnidades para evitar todos e quaesquer duvidas.

Mais logica e coherente era a ordenação, livro III, titulo LIX *pr.* e § 3.º

Convem agora explicar uma especie de antinomia que se nota entre o artigo 1534.º e o artigo 2438.º; antinomia resultante de ter a commissão revisora introduzido de novo aquelle artigo, sem o harmonisar com este.

Dispõe-se no artigo 1534.º que a quitação do mutuo de valor, excedente a 200$000 réis, só póde ser provada por escriptura, publica ou particular, segundo excede ou não a quantia de 400$000 réis.

Diz-se no artigo 2438.º que para exonerar da obrigação, (qualquer que seja a quantia) basta uma nota do credor na propria escriptura ou obrigação, ainda sem data e sem assignatura.

A verdade é que os nossos praxistas, fundados na ordenação, livro III, e partindo do principio de que as cousas, juridicamente fallando, pelos modos por que se fazem por esses mesmos se desfazem, sustentavam que o contrato celebrado por escriptura publica só por escriptura publica podia ser distratado.

Na pratica porém foi-se introduzindo o costume de o credor exonerar o devedor pelo facto de entregar-lhe a escriptura de divida com a nota de quitação no fim ou nas costas.

O sr. Seabra sanccionou no artigo 2812.º do projecto, correspondente ao artigo 2438.º do codigo, aquella pratica. A commissão revisora perfilhou-a tambem, conservando a disposição; mas esqueceu-se de a harmonisar com o preceito que de novo introduziria, e que se acha consignado no artigo 1534.º

Mas como harmonisar a divergencia que se nota entre a disposição d'estes dois artigos? Dizem alguns que, se o mutuo é de quantia superior a 400$000 réis, como só por escriptura publica póde provar-se a sua constituição, só por escriptura publica póde provar-se a quitação, visto o preceito do § unico do artigo 1534.º: e que, se o mutuo não é superior a 400$000 réis, como n'este caso não é essencial para prova do contrato a escriptura publica, póde provar-se a quitação nos termos do artigo 2438.º

Similhante fórma de conciliação, porém, é inadmissivel. Se no artigo 1534.º as palavras «*só póde ser provado por escriptura publica*» significam que a escriptura publica é essencial para a prova do mutuo e da quitação, nos contratos de valor excedente a 400$000 réis, é claro que ás palavras «*só póde ser provado por escripto assignado pelo mutuario ou reconhecido como authentico*» empregadas no mesmo artigo não póde dar-se outra significação, senão que não póde provar-se a quitação de mutuo, de quantia excedente a 200$000 réis, nos termos do artigo 2438.º, mas sim só por escripto particular, nos termos do artigo 1534.º, ou por instrumento publico, como documento de superior categoria.

Mais logica seria a conciliação que tornasse applicavel o disposto no artigo 2438.º unicamente á hypothese de não ser o mutuo de valor excedente a 200$000 réis.

Entendem alguns que o disposto no artigo 1534.º é excepção ao preceituado no artigo 2438.º

No entretanto a nossa opinião é que o artigo 2438.º é que contém uma excepção ao principio geral consignado no artigo 1534.º A prova da quitação no mutuo ha de ser feita nos termos do artigo 1534.º, e só póde ser substituida nos termos do artigo 2438.º Não podia ser outro o pensamento da commissão revisora, conservando em toda a sua plenitude no artigo 2438.º o disposto no artigo 2812.º do projecto primitivo, e introduzindo de novo a provisão consignada no artigo 1534.º

Argumentam ainda alguns contra a nossa opinião com o fundamento de que se o escripto nos termos do artigo 2438.º prova a quitação nos casos de mutuo de quantia excedente a 400$000 réis, igual prova devem fazer os escriptos particulares, comprehendidos nos artigos 2433.º, 2434.º e 2439.º

O argumento porém não colhe. O escripto particular só desonera



do mutuo de quantia excedente a 400$000 réis, quando reune a circumstancia de ser escripto em seguimento, á margem, ou nas costas da obrigação.

A *nota*, a que se refere o artigo 2438.º, só tem analogia com os escriptos particulares, a que se referem aquelles artigos, em carecer de ser reconhecida pelo auctor, ou havida judicialmente como reconhecida para produzir o effeito de desonerar da obrigação.

A commissão revisora com rasão supprimiu a disposição do artigo 2813.º do projecto primitivo, que applicava a disposição do artigo 2812.º, correspondente ao artigo 2438.º do codigo, mesmo á hypothese de não ser escripta pelo credor a nota, se a escriptura ou obrigação tivesse estado sempre em seu poder.

Effectivamente este modo de exoneração era arriscado para o credor, porque seria facil ao devedor fazer escrever a nota por terceira pessoa, sem que o credor desse pelo engano, especialmente na occasião de uma enfermidade, que terminasse pela morte.

O preceito do artigo 2438.º é tambem excepção ao disposto no artigo 2437.º, que no logar competente analysaremos conjunctamente com o artigo 2439.º

Nos termos do artigo 2438.º é indifferente que o titulo com a nota de quitação se encontre em poder do devedor ou do credor, ou de terceiro, comtantoque a nota seja de punho do crédor.

O nosso codigo commercial, traduzindo no artigo 954.º a primeira parte do artigo 1332.º do codigo civil francez, exige, para ser applicavel a doutrina do artigo 2438.º do codigo civil, que o credor tenha sempre conservado em seu poder o titulo do credito; e o codigo civil francez, na segunda parte do citado artigo, exige que se ache em poder do devedor o *duplicado* do titulo ou da quitação com a nota de exoneração, quando a nota de descarga foi posta no duplicado.

O nosso codigo civil porém com rasão desattendeu a circumstancia de se achar em poder do credor, do devedor, ou de terceiro, o titulo da obrigação com a nota de descarga. O simples *escripto* do credor, ainda sem data nem assignatura, appareça, onde apparecer, faz presumir o pagamento, porque o credor não lançaria no titulo a nota da exoneração do devedor sem o previo pagamento; e, se a lançou sem isso, *sibi imputet*.

A nota de descarga póde ser posta ou á margem ou nas costas, ou logo *em seguida* ao conteúdo da obrigação, como dispõe o codigo civil francez, no citado artigo 1332.º, e o nosso codigo commercial no artigo 954.º, fontes do artigo 2438.º, e conforme se achava consignado no projecto do sr. Seabra, e em todos os projectos da commissão revisora, incluindo o de 1865, que foi levado como proposta de lei pelo governo ás côrtes, sem que as camaras legislativas lhe fizessem n'esta parte alteração alguma.

Supprimindo-se porém, ou nas commissões das camaras legislativas, ou na imprensa, a virgula que se lia em continuação á palavra «*seguimento*», podia nascer a duvida — se a nota significaria a descarga do devedor, posta n'outra parte que não á margem ou nas costas do documento, se não se conservasse aquella palavra, poisque a conservação da palavra «*seguimento*» não teria justificação possivel, e seria até uma offensa á grammatica, se não aproveitasse ao devedor a nota de descarga escripta logo em seguida ao conteúdo da obrigação, como a escripta á margem ou nas costas.

Convem, finalmente, notar que os meios de exoneração de obrigação, prescriptos no codigo, são unicamente os puramente extrajudiciaes, que não excluem os meios judiciaes e conciliatorios.

Se o depositario, nos termos do artigo 1449.º, consigna a cousa em deposito judicial, fica exonerado do deposito, artigos 759.º e seguintes, e liberta-se com a certidão da sentença, que julgou a consignação, sem embargo do disposto no artigo 1434.º, § 2.º

Se o mutuario paga em virtude de adjudicação ou arrematação judicial, fica tambem exonerado com a certidão da sentença, que julgou extincta a execução, sem embargo do disposto no artigo 1534.º

Se as partes fizerem transacção judicial podem n'esta convencionar deposito, mutuo, ou usura, assim como as quitações do devido por estes contratos, qualquer que seja a quantia, fazendo a prova por uma certidão extrahida dos autos, nos termos do artigo 1713.º, sem embargo do disposto nos artigos 1434.º, 1534.º e 1643.º

Se o devedor, no juizo de paz, a que foi chamado, reconheceu a divida superior a 400$000 réis, é valido o titulo sem escriptura publica. Mas não será valida a consignação de rendimentos, ahi estipulada para pagamento do credito, sem ser ratificada por escriptura publica.

Outras excepções tem o artigo 1534.º, como na hypothese do artigo 1821.º, que permitte dar quitação da divida em testamento, qualquer que seja o montante do credito.

Ao menos a ordenação seguia n'esta parte um systema mais uniforme, conservado ainda no alvará de 16 de setembro de 1814, que triplicou as quantias fixadas na ordenação.

A ordenação, salvos os casos em que exigia escriptura publica, e aquelles em que admittia que, sem ella, podessem provar-se os contratos entre certos parentes, ordenação livro III, titulo LIX, § 11.º, e os feitos por certos nobres, e os de certa natureza, que especificava, estabelecia dois principios geraes, muito attendiveis. no pr. e no § 3.º do citado livro e titulo.

No principio do titulo LIX da ordenação, livro III, dispõe-se, que todos os contratos, avenças, convenções, pactos, composições, compras, vendas, escambos, permutações, dotes, arras, doações, estipulações, promissões, aforamentos, arrendamentos, emprestimos, encommendas, guardas, depositos e quaesquer outros contratos..., se forem sobre bens de raiz, e a quantia da obrigação passar de 4$000 réis, ou se forem sobre bens e cousas moveis, e a quantidade da divida passar de 60$000 réis; e bem assim todas as pagas, quitações, soluções, renunciações, transacções, divisões e repartições de heranças e de quaesquer outros bens, revogações, espaços de dividas e de quaesquer obrigações, pacto, ou convença de não demandar, e outras quaesquer innovações dos ditos contratos, ou firmidões, ou de outros, de qualquer natureza... que passarem das ditas quantias de 60$000 réis nas cousas moveis, e de 4$000 réis nos bens de raiz, sejam firmados e feitos *per escripturas per tabelliães publicos...*».

No § 3.º estabelece o preceito de que todo o contrato feito por escriptura, ainda nos casos em que ella não era necessaria, só por escriptura publica póde ser distratado.

Guardou as mesmas regras o citado alvará de 16 de setembro, triplicando apenas as quantias.

A novissima reforma judicial seguiu tambem um systema regular, admittindo a prova testemunhal para todos os contratos, qualquer que fosse o seu valor, salvo quando a escriptura fosse substancial do contrato. Porém as doutrinas do codigo representam n'esta parte a ausencia e a negação de todo o systema.

Os contratos accessorios seguem a condição do principal, tanto quanto á constituição, como quanto á exoneração, como succede com a fiança e com a abonação, artigos 826.º e 829.º



Segundo se faz, por escriptura publica ou por escripto particular, o contrato garantido pela fiança e abonação, assim a fiança e a abonação estão sujeitas á regra da escriptura publica ou do escripto particular.

A abonação está sujeita exactamente ás mesmas regras que a fiança, salvos os casos expressamente exceptuados na lei.

Deve notar-se que, se o contrato principal for nullo pela illegalidade da sua constituição, nullo é o accessorio, aindaque seja valido o seu titulo. Mas a validade do contrato accessorio depende essencialmente da validade do principal.

Assim, um emprestimo com hypotheca de quantia excedente a réis 400$000, constituido por auto publico, que não seja escriptura publica, é nullo, vista a disposição do artigo 1534.º, e nulla conseguintemente a hypotheca como accessorio, apesar de constituida por titulo legal, artigo 912.º

Mas o emprestimo de 300$000 réis com hypotheca, feito por escripto particular, é valido, citado artigo 1534.º, comquanto seja nulla a hypotheca, vista a disposição do citado artigo 912.º

A regra é que o accessorio está subordinado ao principal, mas não o principal ao accessorio.

E as disposições do codigo civil com relação á constituição e prova dos contratos regem, não só no fôro civil, mas tambem no fôro criminal, administrativo, etc.?

Se alguem for accusado de ter desencaminhado um deposito de valor excedente a 100$000 réis, poderá julgar-se constituido o corpo de delicto sem a apresentação da respectiva escriptura publica, que é o titulo legitimo da constituição do deposito, nos termos do artigo 1434.º?

Entendemos que as prescripções do codigo civil sobre a constituição, provas e legitimidade dos contratos, regem e devem ser respeitadas, não só no fôro civil, mas no criminal, e em qualquer outro.

Alem de que o logar proprio para tratar da constituição dos contratos é a lei civil: o codigo revogou e substituiu toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

## CAPITULO VIII

### DA RESCISÃO DOS CONTRATOS

**Art. 687.º A acção de rescisão por nullidade, resultante da incapacidade dos contrahentes, nos casos em que é permittida nos titulos d'este codigo, respectivos aos mesmos incapazes, é admissivel pela fórma declarada no artigo seguinte.**

(Vid. artigo 2163.º) Ha differença entre *nullidade* e *rescisão* para os effeitos juridicos. O acto é *nullo* quando está affectado de vicio radical, que o não deixa produzir effeito algum, como a escriptura de venda de bens de raiz, em que não vem inserto o conhecimento do pagamento da contribuição de registo, a convenção antenupcial, feita por escripto particular, etc.

O acto é *rescindivel* quando valioso na apparencia, e na realidade, se as partes não reclamam, está todavia affectado de vicio, que o faz annullar a requerimento das partes, como é o erro, a violencia, a menoridade, etc.

A *nullidade* respeita a objecto de ordem publica, de modo que não póde ser sanada pela ratificação das partes. A *rescisão* póde ser sanada pelo accordo ou silencio das partes.

Os actos nullos são no *ipso jure;* os rescindiveis só por sentença do poder judicial podem ser declarados sem effeito. No entretanto não é raro encontrar na linguagem das leis as expressões «*acção de nullidade*» para significarem «*acção de rescisão*».

As partilhas *extrajudiciaes,* como verdadeiros contratos só podem ser rescindidas nos casos e nos termos dos artigos 687.º a 701.º, como se mostra do artigo 2163.º

Art. 688.º A acção de rescisão por incapacidade prescreve, contra os incapazes, pelo lapso de cinco annos, os quaes principiam a contar-se:

1.º No caso de incapacidade por menoridade, desde o dia em que o incapaz chega á maioridade ou se emancipa;

2.º No caso de incapacidade por interdicção, desde o dia em que ella cessa.

Art. 689.º A acção de rescisão por causa de erro prescreve pelo praso de um anno, contado desde o dia em que o enganado teve conhecimento do erro.

Art. 690.º A acção de rescisão por causa de coacção prescreve, se o coagido a não propoz dentro de um anno, contado desde o dia em que a coacção haja cessado.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

Art. 691.º A acção de rescisão por nullidade resultante de achar-se a cousa, que faz objecto do contrato, fóra do commercio, é imprescriptivel, salvo nos casos em que a lei dispozer expressamente o contrario.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 692.º Se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado, em que ambos os contrahentes sejam conniventes, nenhum d'elles será ouvido em juizo ácerca de tal contrato; mas, se só um dos contrahentes for de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver promettido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado.

§ unico. Na hypothese da primeira parte d'este artigo, e sendo a causa ou o fim do contrato um facto, qualquer recompensa dada ou promettida será perdida em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar.

O artigo refere-se aos contratos, que têem por objecto ou um facto *criminoso,* cuja responsabilidade penal é regulada na legislação respectiva, ou um facto simplesmente *reprovado,* cuja nullidade a lei decreta, sem fulminar todavia pena contra quem o pratica.



É *criminoso* o facto, se o objecto do contrato for, por exemplo, a morte de terceiro; é *simplesmente reprovado* o facto, se o objecto do contrato for por exemplo a venda de herança de pessoa viva.

N'estes casos nenhum dos contrahentes será ouvido em juizo, porque a ninguem é licito allegar a sua propria criminalidade e torpeza.

Deve entender-se que os contrahentes não podem ser ouvidos em juizo, reclamando a respeito da execução do contrato; poisque podem ser ouvidos em juizo para os effeitos criminaes; e o contrahente de boa fé tem direito de ser ouvido nos termos e para os effeitos declarados na segunda parte do artigo.

Em castigo dos pactuantes, se o fim do contrato for um *facto* criminoso ou reprovado, como nos exemplos acima citados, reverte a favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar a recompensa dada ou promettida.

Emquanto se não organisarem os estabelecimentos de beneficencia pupillar não tem logar a imposição d'esta pena, vista a disposição expressa do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força de lei ao projecto de codigo.

A penalidade do artigo porém é applicavel só ao pactuante de má fé. E o que é pactuante de má fé n'este caso? Dar-se-ha a má fé, só porque o pactuante sabia que era criminoso ou reprovado o facto?

O individuo que deu ou prometteu dinheiro a outrem para não matar terceiro, será pactuante de má fé, e não poderá ser ouvido em juizo sobre o contrato?

O artigo toma, como synonymo de *connivente,* o contrahente de **má fé**; e nos artigos 785.º e 786.º do projecto primitivo, que se acham refundidos no artigo 692.º, dizia-se, em vez de contrahente de má fé, «se algum dos contrahentes for *culpado* ou *houver incorrido* no facto reprovado». Demais, o projecto de codigo civil hespanhol, nos artigos 1192.º e 1193.º, d'onde foram extrahidos os artigos acima indicados do projecto primitivo, falla de delicto, torpeza ou falta *da parte* de um ou de ambos os contrahentes.

Parece pois que a má fé consiste apenas na intenção criminosa ou perversa de praticar o facto; e que, assim no exemplo acima posto, não póde dizer-se contrahente de má fé o individuo que deu dinheiro a outrem para não matar terceiro.

Art. 693.º A nullidade do contrato póde ser opposta, por via de excepção, a todo o tempo em que o cumprimento do contrato nullo for pedido.

A nullidade ou rescisão dos contratos póde allegar-se, tanto por meio de acção, como por via de excepção, com a differença de que a allegação *temporaria,* como acção, torna-se perpetua, como excepção, pela regra «*quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*»

A rasão d'esta disposição encontra-se na seguinte doutrina de uma lei romana: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.*

Contra a excepção pois não corre a prescripção, pela rasão dada na lei romana, de que o auctor póde a seu arbitrio usar do seu direito, e de que o réu pelo contrario não tem na sua mão o determinar o tempo em que será demandado.

O possuidor pacifico de um objecto, que não tem interesse em fazer contestar o seu direito, que póde mesmo ignorar que elle possa ser contestado, deve ser admittido a todo o tempo a propor os seus meios de defeza por via de excepção. Assim, se o cabeça de casal vendeu, sem auctorisação dos coherdeiros, um predio da herança, de que o comprador todavia não tomou posse, e se o comprador veiu pedir a entrega da cousa, póde o coherdeiro, que não interveiu na venda, adduzir em qualquer tempo que seja a excepção de nullidade.

Pelo contrario o coherdeiro, que a todo o tempo póde oppor a excepção de nullidade, se quizesse fazer valer o seu direito, como acção, no caso do predio ter passado para o poder do comprador, não podia usar do direito de reclamação, decorridos os prasos marcados nos artigos 526.º e 529.º

Com relação aos actos praticados pelos incapazes, por exemplo, se a convenção foi executada, a acção para pedir a rescisão dura cinco annos desde que cessar a incapacidade; mas, se não foi executada, terá o lesado o direito de oppor a rescisão por via de excepção, emquanto houver direito de pedir a execução.

Se de outro modo dispozesse a lei, seria muito facil surprehender o incapaz, levando-o a consentir n'um acto, de que elle perderia a lembrança, guardando-se silencio durante os cinco annos, em que elle podia pedir a rescisão, e apresentando-se depois o acto, cuja existencia se ignorava. Se porém o acto for executado pelo incapaz, entregando a cousa ao outro contrahente, perde o seu direito, se deixa passar cinco annos sem a reclamar.

Portanto a regra «*quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*» não póde ser invocada senão por aquelle que, estando de posse, não tem necessidade de recorrer a outros titulos, emquanto não é demandado; mas não por aquelle que, deixando de possuir, pede a annullação do titulo, que se lhe oppõe, e que elle deixou confirmar pela posse. A doutrina d'este artigo é applicavel por analogia a todas e quaesquer acções, ainda que não versem sobre a *nullidade de contrato*.

Entendem alguns que o artigo 693.º, sobretudo comparado com o artigo 694.º, é unicamente applicavel ás pessoas que intervieram no contrato, com exclusão de terceiros. A redacção do artigo, porém, nos termos geraes em que está concebida, protesta contra similhante interpretação. Para nós é evidente que o demandado, para o cumprimento de um contrato nullo, póde deduzir a excepção de nullidade a todo o tempo que a acção for posta em juizo, ou o demandado seja alguma das partes contrahentes, ou seu herdeiro, ou terceiro que na occasião represente os interesses do contrato.

**Art. 694.º** Póde ser proposta a acção, ou deduzida a excepção de nullidade, tanto pelos queixosos e seus representantes, como pelos seus fiadores, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

(Vid. artigos 822.º, 846.º, 848.º, 854.º, 1535.º e notas aos artigos 98.º e 99.º) A acção e a excepção de nullidade aproveitam, tanto ao que está principalmente obrigado, como ao que o está accessoriamente, isto é, a todos os *interessados* na rescisão do contrato, porque o interesse é a medida da acção.

É em virtude d'este principio, e de que o accessorio segue o principal, que a obrigação do fiador se extingue com a extincção da obri-



gação principal, e pelas mesmas causas, artigo 848.º; é por isso que podem usar os fiadores de toda a defeza inherente á divida, que poderia fazer caír a obrigação principal, artigos 846.º e 854, como da excepção de dolo, violencia, pagamento já feito, cousa julgada, etc.

Não podem porém usar, vista a *natureza* d'ellas, das excepções meramente pessoaes, como do beneficio da competencia, menoridade, incapacidade por demencia, etc., citados artigos 846.º e 854.º

Os casos a que o artigo se refere, *em que a lei ordena expressamente o contrario*, são quando manda subsistir a fiança apesar da nullidade da obrigação principal, artigo 822.º O *fiador* póde, como o devedor, propor a acção ou excepção de nullidade em todos os casos, salvo quando ella proceder de incapacidade do contrahente. A nullidade, filha da incapacidade, é de tal maneira *pessoal*, que aproveita restricta e exclusivamente ao incapaz.

O codigo exceptua apenas o caso de ser feito o emprestimo a filhos familias, porque n'esta hypothese é nulla a fiança como a obrigação principal, em odio ao contrato, que importa sempre o receio de que os filhos attentem contra a vida dos paes.

Se o menor contrahiu uma obrigação sem a devida auctorisação póde defender-se com o seu estado de incapacidade, nos termos dos artigos 98.º e 99.º; mas, se alguem ficou por fiador, não póde oppor aquella incapacidade, salvo se a obrigação procedeu de emprestimo.

O codigo, declarando valida a fiança, que recáe sobre obrigação, cuja nullidade provém unicamente de incapacidade pessoal, refere-se ás obrigações rescindiveis, que laboram em nullidade relativa.

As nullidades *absolutas* affectam a validade do acto juridico, independentemente da qualidade e do estado das pessoas que o praticam, importando a nullidade de todos os accessorios da convenção principal. Assim, se o interdicto celebrar a compra e venda de bens de raiz de valor excedente a 50$000 réis por escripto particular, ou sem o previo pagamento da contribuição de registo, o acto é radicalmente nullo, e nulla a fiança annexa, bem como outro qualquer pacto accessorio, independentemente de se allegar a incapacidade pessoal do contrahente.

Só nas nullidades *relativas*, que affectam a validade do acto juridico em rasão da incapacidade pessoal de quem o pratica, como por ser menor ou interdicto qualquer dos pactuantes, é que póde annullar-se a obrigação com respeito ao contrahente principal, e subsistir a do fiador ou abonador, que n'este caso se obrigam *principaliter*.

A doutrina do § 2.º do artigo 822.º, como restricta, não é applicavel aos interdictos. Se a obrigação, proveniente do emprestimo ao filho familias é de tal modo reprovada, que importa a nullidade da fiança, não é por isso nulla a fiança annexa ao contrato de emprestimo a um interdicto.

Verdade seja que, nos termos do artigo 321.º do codigo, o interdicto é equiparado ao menor, e são-lhe applicaveis as regras que regulam a incapacidade por menoridade.

Note-se porém que nós applicâmos as mesmas regras á incapacidade por interdicção, que á incapacidade por menoridade. Tão desobrigado fica o interdicto, como o menor, do emprestimo que contrahiram. As regras pois com relação á incapacidade dos menores ou dos interdictos são as mesmas. O que varia é a responsabilidade dos garantes, segundo afiançam um menor ou um interdicto.

Quem sabe a historia do senatus consulto macedoniano, d'onde se derivam estas disposições odiosas contra os emprestimos feitos a filhos-familias comprehende desde logo que não é applicavel aos interdictos o que n'este assumpto se determina com relação aos menores.

Demais, é preciso ter em vista o preceito do artigo 11.º, em virtude do qual a lei, que faz excepção ás regras geraes, não póde ser applicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei.

Em virtude d'este mesmo preceito, e da redacção do § 2.º do artigo 822.º, e dos termos da epigraphe da secção sob a qual estão collocados os artigos 1535.º e 1536.º, nós entendemos que as disposições d'estes artigos são applicaveis unicamente aos menores que têem ambos ou algum dos paes vivos, e não aos que são orphãos de pae e de mãe.

Deve notar-se que as palavras «*nullos de direito*» empregadas nos artigos 334.º e 349.º com relação aos actos praticados pelo interdicto por motivo de demencia ou de prodigalidade, significam nullidade relativa para o effeito de subsistir a fiança.

Esses actos são effectivamente nullos para os interdictos no sentido de que basta allegarem e provarem o seu estado de interdicção para ser annullado o acto. Mas subsiste o acto emquanto não for julgada a rescisão, como se infere do disposto no artigo 688.º; e, quando elle for julgado nullo, subsiste ainda assim a fiança.

O codigo mesmo n'aquelles artigos 334.º e 349.º refere-se unicamente aos actos do interdicto, que estão eivados do vicio de nullidade relativa. Seria inutil tratar nas disposições *especiaes*, attinentes aos interdictos, das nullidades absolutas, que não são especiaes a este ou áquelle estado de pessoa, e que se regulam pelos principios geraes e communs consignados no codigo.

Art. 695.º Nenhum contrahente póde soccorrer-se á nullidade resultante da incapacidade do outro contrahente, nem allegar erro ou coacção para que haja contribuido.

(Vid. nota ao artigo 99.º) A lei soccorre as victimas da coacção e do erro, e não as que obraram com plena liberdade e conhecimento, contribuindo ellas mesmas para a coacção ou para o erro, aliás a rescisão poderia vir a aproveitar a contrahentes de má fé, contra a regra: *Quod favore quorundam institutum est quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videre.*

Art. 696.º O contrato nullo por incapacidade, erro ou coacção, póde ser ratificado, tendo cessado o vicio ou o motivo da nullidade, e não occorrendo outro que invalide a mesma ratificação.

(Vid. nota ao artigo 663.º)

Art. 697.º Rescindido o contrato, haverá cada um dos contrahentes o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em especie não for possivel.

§ 1.º Nos casos de erro, que não proceda de dolo ou de má fé, não ha obrigação de restituir fructos ou interesses.

§ 2.º Nos casos em que tenha havido dolo ou má fé, ha obrigação de indemnisação.

O contrato declarado nullo suppõe-se não ter existido, e não póde, em these, produzir effeito algum. Devem repor-se as cousas no seu estado antigo, como diz a lei romana «*Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*».



Portanto deve cada uma das partes restituir o que recebeu, ou o seu valor, se já alienou a cousa, ou ella se perdeu; de modo que fique tudo, quanto possivel, no estado anterior ao contrato.

O codigo, partindo do principio de que o possuidor de boa fé faz os fructos seus, obriga a restituir os fructos ou interesses só o contrahente de má fé, devendo guardar-se a este respeito o que se acha determinado no artigo 495.º e seguintes. A commissão revisora com rasão modificou a doutrina do projecto primitivo, que obrigava os pactuantes á restituição de fructos e interesses sem distincção de boa ou de má fé. O contrahente de má fé, alem de restituir os fructos e interesses, é obrigado a indemnisar de perdas e damnos o contrahente de boa fé.

Art. 698.º Procedendo a nullidade do contrato da incapacidade de algum dos contrahentes, não é esse contrahente obrigado a restituir senão o que conserva em seu poder, ou lhe tem servido de proveito.

(Vid. nota ao artigo 98.º)

Art. 699.º Se o contrato for rescindido, por não estar auctorisado para o fazer o representante do incapaz, só haverá recurso contra o contrahente de boa fé quando o incapaz não podér ser indemnisado pelos bens do seu representante; mas ainda n'este caso poderá o contrahente optar pela indemnisação, ou pela restituição da cousa.

§ unico. Este recurso não se dá contra os ulteriores acquirentes, salvo provando-se a sua má fé.

Concedem-se mais garantias ao que contrata de boa fé com o representante do incapaz, do que ao que contrata de boa fé com o proprio incapaz, porque n'aquella hypothese o contrahente só é responsavel, quando o representante do incapaz for insolvavel, o que raras vezes ha de succeder vistas as seguranças hypothecarias, que se exigem aos encarregados da administração de bens de incapazes, e ainda assim póde, a seu arbitrio, restituir a cousa, ou pagar o seu valor. Effectivamente é menor a culpa, e póde mais facilmente ser illudida a boa fé dos que contratam com o representante de um incapaz, que não está devidamente auctorisado, do que a dos que contratam com o proprio incapaz.

O disposto no § unico é applicavel só á hypothese d'este artigo, vista a redacção, e não ás hypotheses dos dois artigos anteriores, como a boa rasão pedia. Foi introduzido este § unico pela commissão revisora logo na primeira revisão.

Art. 700.º A rescisão por incapacidade não aproveita aos co-interessados capazes, excepto no caso de ser indivisivel o objecto.

(Vid. nota ao artigo 99.º)

Art. 701.º No caso de rescisão de contrato, feito por um conjuge sem consentimento do outro, observar-se-ha o disposto nos artigos 1189.º e seguintes.

Alguns codigos applicam aos contratos feitos por um dos conjuges sem o consentimento do outro, nos casos em que o consentimento de ambos é preciso, e especialmente aos actos da mulher casada, as mesmas regras de rescisão que estabelecem para os actos praticados por incapazes. O codigo porém estabelece, na secção dos direitos e obrigações geraes dos conjuges, regras especiaes a este respeito, que o projecto primitivo já consignava, sem todavia fazer referencia a ellas n'esta secção, como fez a commissão revisora introduzindo para maior clareza este artigo.

Sob a epigraphe d'este capitulo achava-se consignado no projecto primitivo o artigo seguinte: «A prova da nullidade incumbe áquelle por quem for allegada», artigo que a commissão revisora eliminou, por pertencer á materia de provas, segundo declara a acta da sessão de 21 de dezembro de 1860; o que era inteiramente escusado em vista dos principios geraes de direito que regem o processo.

## CAPITULO IX

### DOS EFFEITOS E CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS

### SECÇÃO I

#### DISPOSIÇÕES GERAES

**Art. 702.º** Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mutuo consentimento dos contrahentes, salvas as excepções especificadas na lei.

(Vid. nota ao artigo 641.º)

**Art. 703.º** Os direitos e obrigações resultantes dos contratos podem ser transmittidos entre vivos ou por morte, salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoaes por sua natureza, por effeito do contrato, ou por disposição da lei.

(Vid. artigos 1509.º, 1737.º e 2014.º) Os artigos 1737.º e 2014.º reproduzem e repetem o mesmo principio do artigo com relação ás transmissões por morte. O artigo 1509.º repete a disposição do artigo com relação a um contrato especial — o emprestimo.

O direito de propriedade manifesta-se sobretudo no direito de dispor, ou entre vivos, ou por morte. Não se transmittem os direitos e obrigações que são puramente pessoaes, como os direitos de usufructo, o direito a alimentos, e outros personalissimos. Por isso a herança abrange todos os direitos que não forem meramente pessoaes, direitos estes que podem ser exceptuados, ou pela lei, como o usufructo, ou por sua natureza, como o direito de receber uma pensão, ou por contrato. Muitas vezes a intransmissibilidade dos direitos em virtude de contrato não se contém expressamente nas clausulas e teor da convenção, sendo necessario attender, não só á natureza dos direitos, mas tambem ás circumstancias que acompanharam o acto juridico. Assim, empresto um cavallo a um amigo para elle andar a cavallo; não podem os herdeiros servir-se do cavallo, desde que o meu amigo morrer, attentas as circumstancias que precederam o acto do emprestimo.



Em virtude da disposição geral do artigo 2014.º, que determina que os herdeiros succedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança que não forem meramente pessoaes, ou exceptuados pela lei ou pelo dito auctor, parece que a parte que offerece uns artigos de habilitação contra os herdeiros da outra parte, para os habilitar em certa e determinada causa, não carece de provar que elles succederam nos direitos e obrigações que se debatem no referido feito. A parte habilitante tem por si a *presumpção*, emanada da regra geral de que os herdeiros succedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança; e é, por consequencia, aos habilitados que incumbe provar a excepção, isto é, que não succederam nos direitos e obrigações a que se refere o feito, porque eram meramente pessoaes, ou foram exceptuados pela lei ou pelo auctor da herança.

Todavia a relação de Lisboa, em accordão de 25 de fevereiro de 1871, julgou o contrario d'esta doutrina. Foram propostos uns artigos de habilitação n'uma causa pendente perante aquelle tribunal. Os habilitandos contestaram por negação. Cortada a linha, baixou o processo de habilitação á primeira instancia, onde os habilitantes não mostraram a natureza da causa, a que respeitavam os artigos, e por este motivo o juiz de primeira instancia julgou-os improcedentes, e não provados, sendo o seu despacho confirmado, em aggravo, pelo referido accordão da relação.

Convirá pois que o habilitante, sem embargo do exposto no artigo 2014.º, allegue sempre e prove que os habilitandos são os herdeiros da pessoa fallecida, e que lhe succederam nos direitos e obrigações que se debatem no feito a que a habilitação respeita, incumbindo aos habilitandos o allegar e provar que, sem embargo de serem os herdeiros d'essa pessoa, lhe não succederam nos direitos questionados, ou porque eram puramente pessoaes do auctor da herança, ou porque foram exceptuados pela lei ou pelo dito auctor.

**Art. 704.º** Os contratos obrigam tanto ao que é n'elles expresso, como ás suas consequencias usuaes e legaes.

(Vid. nota ao artigo 684.º)

**Art. 705.º** O contrahente que falta ao cumprimento do contrato torna-se responsavel pelos prejuizos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuido.

(Vid. nota ao artigo 677.º)

**Art. 706.º** A indemnisação póde consistir na restituição da cousa ou do valor precipuamente devido, ou na restituição d'essa cousa ou d'esse valor, e dos lucros que o contrahente teria tirado se o contrato fosse cumprido: n'este ultimo caso diz-se indemnisação de perdas e damnos.

**Art. 707.º** Só podem ser tomados em conta de perdas e damnos as perdas e damnos que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato.

A indemnisação consiste ou na restituição puramente da cousa e do seu valor, ou na satisfação conjunctamente dos lucros que o con-

trahente teria auferido se o pactuante não houvesse faltado ao contrato.

No exemplo citado em a nota ao artigo 677.º, se me contento com a restituição do cavallo ou do seu valor, prescindindo da importancia do aluguer, de que fiquei privado por não m'o entregarem no dia ajustado, não tive indemnisação completa de perdas e damnos, mas apenas a indemnisação do damno emergente.

O codigo comprehende na indemnisação de perdas e damnos não só o que na antiga linguagem juridica se dizia *lucro cessante*, mas tambem o que na mesma linguagem se dizia *damno emergente*. Especifica apenas *os lucros que o contrahente teria tirado*, porque a importancia do *damno emergente* está já comprehendida nas palavras «*restituição d'essa cousa ou d'esse valor*».

Os lucros, que *eventualmente* proviriam do contrato, não são tomados em conta para a qualificação de perdas e damnos, porque pela sua natureza contingente não podem apreciar-se e fixar-se com tanta facilidade. É, por exemplo, difficil calcular o aluguer que perceberia o dono do cavallo por uma viagem importante, que circumstancias extraordinarias por acaso determinaram, se o lesante lh'o não retivesse indevidamente. Ha de calcular-se o preço do aluguer ordinario em cada dia.

Art. 708.º A responsabilidade civil póde ser regulada por accordo das partes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

(Vid. nota ao artigo 672.º)

Art. 709.º Se o contrato for bilateral, e algum dos contrahentes deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro contrahente ter-se igualmente por desobrigado, ou exigir que o remisso seja compellido judicialmente a cumprir aquillo a que se obrigou, ou a indemnisa-lo de perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 676.º) Por isso no contrato de aprendizagem, se o mestre ou o aprendiz deixar de cumprir pela sua parte as obrigações que lhe incumbem, o lesado tem direito ou a exigir o cumprimento da obrigação, nos termos do artigo 709.º, ou a rescindir o contrato, pedindo conjunctamente com a rescisão a indemnisação de perdas e damnos, segundo o disposto no artigo 1425.º n.º 1.º e § unico.

Art. 710.º O contrato resolve-se, ou na prestação de factos, ou na prestação de cousas.

É preciso distinguir entre a obrigação de dar, e a de fazer. Persegue-se o cumprimento da primeira ordinariamente, por meio da acção real, qualquer que seja o possuidor da cousa; persegue-se o cumprimento da segunda, por meio da acção pessoal, só contra a pessoa obrigada. E os effeitos juridicos variam quanto á execução dos contratos, segundo estes se resolvem em dar ou em fazer.

## SECÇÃO II

### DA PRESTAÇÃO DE FACTOS

Art. 711.º O que se obrigou a prestar algum facto, e deixou de o prestar, ou não o prestou conforme o estipulado,



responde pela indemnisação de perdas e damnos, nos termos seguintes:

1.º Se a obrigação foi com praso e dia certo, corre a responsabilidade desde que expira o praso ou o dia assignado;

2.º Se a obrigação não depende de praso certo, a responsabilidade corre só desde o dia em que aquelle, que está sujeito á obrigação, é interpellado.

§ 1.º Diz-se interpellação o acto da intimação, que o credor faz ou manda fazer, áquelle que está sujeito á obrigação, para que este a cumpra.

§ 2.º Esta intimação póde ser feita judicialmente, ou pelo proprio credor perante duas testemunhas.

(Vid. artigos 732.º, 1518.º e 1533.º). Sempre que está marcado o tempo do cumprimento da obrigação, terminado o praso, começa a mora, independentemente de qualquer requerimento, pela regra «*dies interpellat pro homine*».

Se não tiver sido ajustado o praso para o cumprimento da obrigação, mas houver tempo marcado por *uso* e *costume*, chegando este tempo começa tambem a mora, independentemente de interpellação por que *tacitamente* ficou designado o dia em que começava de correr a responsabilidade.

Se não ha praso marcado nem costume, só se reputa em mora o devedor depois que é requerido pelo credor para cumprir a obrigação.

O sr. Seabra fez bem em se separar das doutrinas do direito romano, reproduzidas na nossa velha ordenação, e no codigo commercial artigo 270.º, que não admittiam em regra a mora, senão depois da interpellação, preceito por cuja observancia insistia ainda o sr. dr. Paes nas suas observações ao projecto, com o fundamento de que *a mora é ponto de facto que deve provar-se judicialmente*, como se a designação do dia não fosse uma interpellação igual á interpellação pessoal.

Até a pena convencional, artigo 676 § 2.º, póde exigir-se, independentemente de interpellação pessoal para o devedor cumprir, desde que elle deixou passar *o praso e dia certo* sem cumprir.

Bastará porém a simples citação para o juizo conciliatorio para constituir a mora? De certo, e por maioria de rasão, vistoque até a simples interpellação extrajudicial, feita pelo credor, é sufficiente.

O devedor tambem póde ser constituido em mora, independentemente de fixação de praso, ou de estipulação expressa, e pela simples *natureza* da obrigação, quando o cumprimento d'ella não póde ter logar senão n'um tempo determinado, que se deixou passar; e é fóra de duvida que está em mora quem não cumpriu em tempo util.

Assim Pedro obrigou-se a entregar uns cavallos a Paulo para este os vender na feira de março; se lh'os não entregou a tempo de elle os levar para a feira, ha mora da sua parte, a contar da occasião em que rasoavelmente devia fazer a entrega para os effeitos ajustados. O commodatario, que não entrega a cousa no tempo ajustado, responde pelos prejuizos que soffreu o commodante, artigo 1518.º, e tanto mais que o commodatario não deveria ter abusado do beneficio, que lhe fizera o commodante. Pelos juros, desde que está em falta, responde tambem o mutuario, artigo 1533.º

As palavras «*pelo proprio credor*», empregadas no § 2.º do artigo, não excluem de certo a sua substituição por procurador, nos termos

do artigo 1332.º; e até o direito de se fazer substituir por procurador se infere da palavra «*manda*» empregada no § 1.º

As questões levantadas entre as municipalidades e os arrematantes de obras municipaes sobre a móra na execução do contrato, ou na construcção das obras, devem ser decididas pelos tribunaes judiciaes.

A camara póde requerer que o arrematante seja compellido *judicialmente* a cumprir aquillo a que se obrigou ou a indemnisa-la de perdas e damnos; assim como é incontestavel que a camara póde requerer para mandar fazer por outrem á custa do arrematante a obra que este se obrigou a fazer e que não fez.

As justiças administrativas são competentes para decidir as questões levantadas entre as camaras municipaes e os emprezarios de obras concelhias, quando essas questões versarem sobre a interpretação e execução das clausulas e condições dos contratos, codigo administrativo, artigo 280.º n.º 7.º, mas não quando se tratar de compellir uma das partes a cumprir aquillo a que se obrigou.

A doutrina d'este artigo é igualmente applicavel á prestação de cousas, artigo 732.º, salvo nos pagamentos de dinheiro sem juro, em que as perdas e damnos não podem pedir-se desde que finda o praso marcado, mas só desde a *interpellação*. Esta excepção funda-se na presumpção de que o mutuante do dinheiro sem juro, mesmo depois de decorrido o praso do contrato, continua no desejo de beneficiar o mutuario, emquanto lhe não faz constar, nos termos d'este artigo, a sua vontade de reembolsar a quantia mutuada.

Attenta a redacção generica do artigo 732.º, a sua disposição é applicavel, não só ao mutuo, mas a todos os outros contratos em que se estipulem *pagamentos a dinheiro sem juro*, como arrendamentos, compra e venda, etc.

Porém com relação á compra e venda feita com espera do preço é que o artigo 1573.º do codigo consigna uma excepção á excepção, prescripta no artigo 732.º, permittindo ao vendedor exigir o preço com os interesses da mora, se não for pago no praso convencionado, sem pôr a condição de ser para isso interpellado o comprador.

**Art. 712.º** O credor de prestação de facto póde requerer, em logar de perdas e damnos, que seja auctorisado a fazer prestar por outrem o dito facto, á custa d'aquelle que está obrigado a elle, sendo isso possivel, salvo se outra cousa tiver sido estipulada.

**Art. 713.º** O que se houver obrigado a não praticar algum facto incorre na responsabilidade de perdas e damnos, desde o momento da contravenção, e póde o credor exigir que a obra feita, se obra feita houver, seja demolida á custa do que se obrigou a não a fazer.

O devedor de prestação de facto em caso nenhum póde ser compellido a presta-lo physicamente. Pedro obrigou-se a fazer um quadro, recusa-se a faze-lo, não póde ser obrigado por meios violentos a cumprir o estipulado, pela regra «*nemo ad actum cogi potest*».

Por isso dizem alguns codigos, e jurisconsultos, que todas as obrigações de fazer ou de não fazer se resolvem a final na prestação de perdas e damnos. Já não acontece o mesmo, se a obrigação consiste, não na prestação de facto, mas na entrega de uma cousa, porque póde



obrigar-se a pessoa, que a tem em seu poder, a entrega-la, ou pode-se ir buscar a cousa onde ella estiver. Assim recuso-me a entregar a casa que vendi, póde o comprador obrigar-me por meio da força publica a largar a casa, e tomar elle conta do predio.

O credor tem a opção de exigir perdas e damnos, ou de fazer prestar o facto á custa do obrigado. O devedor porém é que não póde obrigar o credor a acceitar o serviço ajustado, feito por terceiro, porque o credor poderia ter em vista os conhecimentos especiaes e a capacidade pessoal do individuo para fazer a obra. Assim o credor poderia ter empenho no quadro, na hypothese de ser este feito pelo devedor, em cuja habilidade artistica confiava, mas não ter empenho nenhum no mesmo quadro, sendo elle feito por terceiro.

Se a obrigação é de não praticar um facto, como de não levantar um muro que prejudique a vista do vizinho, póde este, logoque comece a construcção, exigir não só perdas e damnos, mas que seja demolida a obra á custa do lesante. Aqui não póde dar-se a alternativa que o artigo 712.º permitte com relação ás obrigações positivas. Nas obrigações negativas ha a accumulação de perdas e damnos com a faculdade de exigir que se desfaça a obra feita.

Nos termos do projecto do codigo de processo, artigos 352.º a 356.º, na execução, que tem por objecto a prestação de algum facto dentro em praso certo já estabelecido, será citado o executado para dentro d'elle prestar o mesmo facto, e se não estiver marcado o praso, será este determinado por meio de arbitramento.

Se o executado não prestar o facto no praso estabelecido, e o exequente optar por fazer prestar por outrem o mesmo facto, não havendo estipulação em contrario, mandará o juiz pôr em arrematação a prestação; mas a arrematação não poderá realisar-se, sem que o arrematante preste caução ao cumprimento da obrigação, assim contrahida.

Verificada a arrematação, e logoque o arrematante der por cumprida a sua obrigação, mandará o juiz ouvir a esse respeito o exequente; e, se este nada oppozer, julgará cumprido o facto.

Se porém houver opposição da parte do exequente, procederá o juiz a vistoria, e reputando cumprido o facto, se procederá contra o executado pela quantia a pagar ao arrematante, e custas.

Não sendo approvada a obra, ou não tendo havido arrematação, o juiz auctorisará o exequente a fazer prestar o facto por outros, dando na execução contas da despeza, e proseguindo-se pela respectiva quantia e custas contra o executado.

Se porém o exequente optar por perdas e damnos emergentes da inexecução do contrato, pode-las-ha fazer liquidar, passado o praso da prestação do facto, na mesma execução.

Se as obrigações forem negativas, e relativas a objecto que possa ser apreciado por inspecção occular, mandará o juiz proceder a vistoria, e verificada por ella a contravenção á sentença do contrato, ordenará a destruição, á custa do executado, da obra assim feita.

Sempre que se dê por cumprida a obrigação do executado, ou se trate da prestação de facto, ou da prestação de cousas, e achando-se tambem pagas as custas, julgará o juiz extincta a execução, ouvindo previamente o exequente e o contador do juizo.

Deve notar-se, que todas estas disposições do projecto de codigo do processo são relativas á execução da sentença, e presuppõem a existencia de sentença anterior, condemnando o devedor na prestação de facto, pela inexecução do contrato ou se trate de obrigações positivas ou de obrigações negativas.

## SECÇÃO III

### DA PRESTAÇÃO DE COUSAS

Art. 714.º A prestação de cousas por effeito de contrato póde consistir:

1.º Na alienação da propriedade de certa cousa;

2.º Na alienação temporaria do uso, ou fruição, de certa cousa;

3.º Na restituição de cousa alheia, ou no pagamento de cousa devida.

(Vid. artigos 719.º e 1550.º) A prestação de cousas consiste, ou na *alienação da propriedade*, como na venda de uma casa, ou na *alienação temporaria do uso, ou fruição*, como no arrendamento da mesma cousa, ou na *restituição da cousa alheia, v. gr. do* penhor *ou no pagamento de cousa devida, v. gr.* no mutuo.

Por qualquer d'estes tres modos póde fazer-se a prestação das cousas, e em qualquer das tres hypotheses variam as regras sobre a prestação d'ellas.

As palavras «*cousa certa*» abrangem, tanto as cousas *certas* e *determinadas*, de que se falla no artigo seguinte, *v. gr.*, o cavallo, como as cousas indeterminadas e certas apenas quanto á especie, mas não quanto ao individuo, *v. gr.*, um dos cavallos arabes que Pedro possue.

O codigo não admitte alienação do uso ou fruição de certa cousa, que não seja *temporaria*, porque a alienação do uso não póde fazer-se com o caracter de perpetuidade, como a alienação da propriedade. O codigo não permitte os arrendamentos perpetuos, *mas só por certo tempo*, artigo 1600.º

No entretanto, a grande importancia dos effeitos juridicos que resultam, quanto á prestação, de se ter alienado a propriedade, ou o goso, revela-se no artigo 719.º

Se é transferida a propriedade, corre o risco em regra por conta do adquirente, nos termos do artigo 717.º Se é transferido só o direito ao goso, corre sempre o risco por conta do alheador, que nunca deixou de ser dono, salvo havendo culpa ou negligencia do adquirente, como se declara no artigo 719.º, e mais largamente se explicará nas notas aos artigos 1516.º e 1517.º

A commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, com rasão eliminou o seguinte artigo do projecto primitivo, que se achava collocado immediatamente ao artigo 810.º, correspondente ao artigo 717.º do codigo. «Nos contratos de alienação com reserva de posse, uzo ou fruição da cousa até certo tempo, a perda ou deterioração fortuita da cousa correrá por conta de ambas as partes, se tiver logar n'esse intervallo, excepto havendo estipulação em contrario».

A disposição d'este artigo, alem de envolver contradicção no fundo com os principios, a que estava subordinado o preceito do mesmo projecto, consignado no artigo 813.º, correspondente ao artigo 719.º do codigo, estabelecia uma jurisprudencia contraria á theoria, que rege a transmissão da propriedade, e que se acha reconhecida nos artigos 715.º e 717.º

O risco da cousa vendida é regulado pelo que vae disposto n'este artigo e nos seguintes, artigo 1550.º

No projecto de codigo de processo, artigos 350.º e 351.º, regula-se a execução por cousa certa.



Dispõe-se que, se existe na comarca a cousa certa, requererá o exequente para ser judicialmente investido na sua posse, citando-se o executado para assistir a esse acto, e que achando-se em differente comarca, se expedirá deprecada, com intimação da remessa ao executado, para ali se conferir a posse ao exequente; e que, se a entrega não se verificar por não ser encontrado o objecto da execução, se póde liquidar no mesmo processo o seu valor, e as perdas e damnos emergentes da falta de entrega, para proseguir a execução por essa quantia.

Art. 715.º Nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contrato, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrario.

Art. 716.º Nas alienações de cousas indeterminadas de certa especie, a propriedade só se transfere, desde o momento em que a cousa se torna certa e determinada, com conhecimento do credor.

§ unico. Se a qualidade não foi designada, não é o devedor obrigado a prestar a cousa melhor, nem póde prestar a peior.

(Vid. artigos 718.º, 1549.º, 1578.º a 1580.º e 1827.º) O codigo afastou-se dos principios da legislação romana, dispensando para a validade do contrato o elemento da tradição, que por aquelle direito era condição essencial para a transferencia do dominio.

Os romanos distinguiam entre *titulo* e *modo* de adquirir, ou entre a transferencia do dominio, e a da posse que se fazia pela tradição; e, como a transmissão do dominio não era completa sem a transmissão da posse, só depois da tradição se manifestavam completamente os effeitos juridicos do contrato.

A tradição podia ser, ou *material*, isto é, de mão a mão, o que só podia ter logar nos contractos sobre cousas moveis, ou *symbolica*, como era a entrega das chaves na venda dos predios urbanos, o córte de ramos das arvores, e o lançar terra ao ar nas vendas de predios rusticos.

Esta doutrina dos romanos passou para as nossas leis, como póde ver-se dos primeiros titulos do livro IV das ordenações. Estava já porém consideravelmente modificada ao tempo da promulgação do codigo. Para as transmissões por morte já se achava estabelecida nos alvarás de 9 de novembro de 1754 e de 4 de setembro de 1810 a mesma doutrina que hoje está consignada nos artigos 483.º, 2011.º, e outros do codigo.

E para as transmissões entre vivos a clausula sacramental do *constitutum*, que se consignava nos contratos de alienação, e que era considerada uma especie de tradição symbolica, substituia perfeitamente a tradição, exigida por direito romano para a transferencia da posse.

O nosso codigo seguiu abertamente a doutrina do direito francez, dispensando a tradição para a validade da alienação, e considerando transferida a posse com a transferencia de propriedade.

No artigo 1549.º repete-se desnecessariamente este mesmo principio geral com relação á hypothese do contrato de compra e venda.

No contrato de compra e venda fica pertencendo a propriedade ao comprador e o preço ao vendedor, ainda antes de *entregue* a cousa ou o preço, e só pelo facto da *celebração* do contrato, isto é, pelo facto da promessa reciproca com determinação do preço, e especificação da cousa, e de estar reduzida a escripto a convenção, nos termos do artigo 1590.º

Por esta fórma fica a venda perfeita, independentemente de tradição, com relação ás *partes contratantes*.

Se o codigo exige ainda a formalidade do registo na conservatoria, não é para a perfeição da venda, mas para esta produzir effeitos com relação a terceiros, circumstancia que se exige em virtude dos principios que regem a organisação do registo, como diremos em a nota ao artigo 949.º, sem que n'esta exigencia influa por modo algum a necessidade da tradição.

Se a tradição ainda produz alguns effeitos juridicos, nos termos do codigo, porque é só depois de entregue a cousa, que o contrato não pode rescindir-se por falta de pagamento do preço, artigos 1574.º e 1585.º, não é porque a tradição seja precisa para o effeito do contrato, mas para garantir os effeitos da rescisão, depois de elle celebrado, porque se considera, como garantia do preço, a cousa, emquanto está em poder do vendedor.

Conseguintemente o codigo abandonou o principio estabelecido na ordenação livro IV, titulo VII, de que vendida uma cousa a *desvairadas* pessoas, a primeira a quem ella fosse entregue, e pagasse o preço, é que era senhor d'ella.

Pelo codigo o senhor da cousa é o primeiro a quem ella foi cedida, ainda que não houvesse entrega, nem pagamento do preço, como se mostra do artigo 718.º, que se refere á hypothese de ter sido alienada de novo, antes de entregue ao anterior adquirente, a cousa já transferida por contrato, e que é certa e determinada, porque, emquanto indeterminada, não se transfere a propriedade.

A cousa, ou seja mobiliaria, ou immobiliaria sem registo, pertence ao primeiro a quem foi vendida, sem embargo de ter sido entregue a outro. O codigo contentou-se em regra com o *consentimento* para a perfeição dos contratos, abandonando assim a doutrina do nosso velho direito, indo mesmo alem do systema da legislação franceza, segundo o qual em materia de moveis a posse vale o titulo. Vendi um cavallo a dois; pertence ao primeiro a quem o vendi, ainda que eu já o tivesse entregue ao segundo, e este me tivesse pago o preço, e o primeiro me não tivesse pago. É o preceito da lei nova. Foi nulla a segunda venda, porque eu não podia transferir direito, que já não tinha. Desde que vendi o cavallo ao primeiro, ficou-lhe pertencendo a cousa; só elle, e não eu, podia d'ahi em diante dispor do cavallo. O mesmo é na venda de uma casa, ou de um predio urbano, artigos 718.º, 1578.º e 1580.º

Não se apurando qual é a venda mais antiga, prefere o comprador que se achar de posse pela regra: *In pari causa melior est conditio possidentis*».

Não podendo apurar-se qual das vendas é mais antiga, e não se tendo ainda entregue o cavallo, no exemplo dado, a quem pertence? A nenhum dos compradores antes de novo contrato.

Porém, ou a preferencia tenha de regular-se pela prioridade da venda, ou pela posse, no caso de transmissão de cousas mobiliarias ou immobiliarios sem registo, fica o vendedor em todo o caso sujeito a restituir o preço recebido indevidamente, e a pagar todas as perdas e damnos, alem da pena de prisão correccional por mais de seis mezes, aggravada com multa, e suspensão dos direitos politicos por dois annos, nos termos do artigo 450.º n.º 2.º do codigo penal, por ter vendido uma cousa duas vezes a differentes pessoas, artigo 1579.º



Se porém os bens vendidos eram immobiliarios, e se achava registada a venda, prefere o que primeiro registou, porque a preferencia do direito regula-se n'este caso pela prioridade do registo, artigo 951.º

Mas se a cousa vendida mais de uma vez não é mobiliaria ou immobiliaria sem registo, não fica o vendedor sujeito á pena de burlão, que o codigo civil no artigo 1579.º expressamente applica á venda de cousas mobiliarias, e de que não faz menção com relação á venda de cousas immobiliarias com registo.

Se o legislador quizesse comminar responsabilidade penal tambem ao que vende bens immobiliarios a differentes pessoas, teria collocado o artigo 1579.º depois do artigo 1580.º, mudando na sua redacção apenas as palavras «*no artigo precedente*» por estas «*nos dois artigos precedentes*». Demais o artigo 1580.º faz referencia muito expressa e positiva só ao artigo 1578.º, e não deixaria de a fazer tambem ao artigo 1579.º, se quizesse responsabilisar criminalmente o que vendeu cousa immobiliaria a differentes pessoas.

Porém na segunda hypothese do artigo 1580.º, isto é, quando nenhuma das vendas de cousa immobiliaria está registada, como é applicavel a esta especie o preceito do artigo 1578.º, implicitamente se applica a precisão do artigo 1579.º, que é a sancção d'aquelle preceito.

O legislador julgou dispensavel talvez na venda de bens immobiliarios, a responsabilidade penal do vendedor para segurança do comprador, estabelecendo o registo das transmissões, e declarando que as transmissões por effeito de contrato tambem podiam ter registo provisorio, artigo 967.º

Em virtude d'esta prescripção o comprador tem meio seguro de evitar o logro do vendedor, fazendo primeiro o registo provisorio da transmissão, nos termos do artigo 969.º do codigo, e celebrando depois o contrato, que converte em definitivo pela apresentação do titulo da transmissão, artigo 970.º, conservando o registo definitivo a ordem de propriedade que tinha o provisorio.

Todavia a hypothese de não estar registada nenhuma das vendas de cousa immobiliaria feitas pelo mesmo vendedor a differentes pessoas é comprehendida na prescripção do artigo 1578.º, por força do disposto no artigo 1580.º; e o artigo 1579.º é applicavel a todas as especies, que o artigo 1578.º abrange. Conseguintemente se a cousa, vendida a differentes pessoas, for mobiliaria, ou immobiliaria sem nenhuma das vendas estar registada, responde o vendedor pelo preço, que tenha recebido indevidamente, e por perdas e damnos, alem da responsabilidade penal em que tiver incorrido, artigo 1579.º Em ambas as hypotheses é igual a intenção criminosa por parte do vendedor.

A applicação do artigo 1579.º ás vendas de cousa immobiliaria não registada é tanto mais necessaria, quanto que, não sendo obrigatorio o registo do dominio, e sendo obrigatorio o registo das transmissões apenas desde 1 de abril de 1867, póde um individuo vender hoje como seu um predio que já vendêra a outrem antes d'aquella data, sem que o novo adquirente possa salvar o seu direito com o registo provisorio.

E esta hypothese excepcional coexiste perfeitamente com a regra geral estabelecida no artigo 1580.º, que revogou a legislação penal, relativa áquelle assumpto, nos termos do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867. O certo é que hoje não póde impor-se responsabilidade penal a quem vendeu cousa immobiliaria a differentes pessoas,

achando-se registada a venda e pela mesma rasão lhe não cabe responsabilidade por perdas e damnos.

Póde no entretanto rehaver o preço pago, visto ter ficado sem execução o contrato.

No contrato em que se aliena uma cousa determinada quanto á especie, mas indeterminada quanto ao individuo, não se verifica a transferencia, emquanto a identidade da cousa não é determinada com conhecimento do credor, porque só então se dá o accordo das duas vontades sobre cousa certa.

Antes d'esta determinação ha apenas a obrigação de tornar exequivel o contrato, procedendo-se á determinação da cousa, que só é certa quanto á *especie*, e não quanto ao individuo.

Se a *qualidade* da cousa não foi designada, isto é, se o vendedor vendeu um dos cavallos, que tinha na casa de tal, sem especificar qual era, ha de escolher-se um termo medio, artigo 1827.º, isto é, nem o melhor nem o peior. Esta disposição funda-se em geral no principio de justiça de que os pactuantes tiveram em vista o que é commum e ordinario, e em materia de disposições testamentarias na circumstancia de que o testador, na falta de declaração, não quizera legar nem o melhor nem o peior, e finalmente porque esta decisão é dictada pelas regras da mais pura equidade.

No artigo 1962.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1827.º do codigo, vinha um § unico, que foi conservado nos projectos da commissão revisora de 1863 e 1864, e que era redigido nos seguintes termos: «No caso de contestação será a duvida resolvida arbitralmente».

A commissão revisora nos trabalhos da ultima revisão alienou com rasão aquelle preceito, por inutil. Estas duvidas hão de ser effectivamente resolvidas judicialmente com a intervenção de peritos; mas ha de ser regulado o assumpto no codigo de processo.

**Art. 717.º** Se a cousa transferida por effeito de contrato se deteriorar ou perder em poder do alienante, correrá o risco por conta do acquirente, salvo se se houver deteriorado ou perdido por culpa ou negligencia do alienante.

**§ 1.º** A perda póde dar-se:

**1.º** Perecendo a cousa;

**2.º** Sendo posta fóra de commercio;

**3.º** Desapparecendo de modo que se não possa recuperar, ou que d'ella se não saiba.

**§ 2.º** Dá-se culpa ou negligencia, quando o obrigado pratica actos contrarios á conservação da cousa.

**§ 3.º** A qualificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circumstancias do facto, do contrato e das pessoas.

As proposições estabelecidas n'este artigo são a conclusão dos principios postos nos dois artigos antecedentes.

O principal motivo por que é indispensavel marcar o momento, em que passa para o adquirente o dominio pleno da cousa alienada, isto é, se desde o contrato, se desde a tradição, é para determinar precisamente o tempo em que o risco começa de correr por conta do adquirente.



Ora o codigo estabelece o principio geral, de que o perigo da cousa corre por conta do adquirente, desde que o contrato está celebrado com a determinação do preço e especificação individual da cousa, independentemente da tradição.

A obrigação está perfeita, verificado que seja o accordo das vontades. Pela expressão do consentimento nasceu a obrigação de entregar a cousa, que fica desde o contrato pertencendo ao acquirente, ainda antes da entrega, pela regra de que o consentimento só por si aperfeiçoa os contratos.

Portanto a deterioração ou perda da cousa fica desde o contrato por conta do acquirente, pela regra: *Res suo domino perit.*

É porém necessario que a cousa esteja determinada quanto á especie e individuo para correr o perigo por conta do acquirente. Se o alienante ajustou a venda de tres pipas de vinho ou de cem alqueires de trigo sem os designar, é por conta do alienante qualquer perigo antes da entrega da cousa, porque a especie não perece pela regra: *Nunquam genus perit.*

Os romanos mesmo, apesar de julgarem consummado o contrato só pela tradição, entendiam que, feito o titulo da transmissão, se perdia o direito de reter a cousa alienada, e que assim como o alienante não podia oppor-se a que o adquirente viesse busca-la, assim tambem não devia responder pela perda ou deterioração d'ella, e por isso diziam que a perda, assim como o melhoramento da cousa alienada, corriam por conta do comprador. Mas para chegarem a esta conclusão fundavam-se no principio de que o alienante era devedor da cousa alienada. *Debitor rei certæ ejus interitu liberatur.* O mesmo dispunha a nossa ordenação, livro IV, titulo VIII. O projecto primitivo, tanto n'este artigo como na secção que se inscrevia *Da evicção*, designava pelo nome de *alienante* o que transfere o dominio ou o uso da cousa; e a commissão revisora, substituindo no capitulo da evicção aquella palavra pela de «*alheador*», esqueceu-se de certo de fazer aqui igual emenda, e conservou assim a palavra «*alienante*».

Ora o adquirente corre o risco de a cousa se *perder*, isto é, de ficar sem a cousa ou de ella se inutilisar para o fim a que era destinada; ou de se *deteriorar*, isto é, de diminuir o seu valor, sem por isso deixar de satisfazer, ainda que em peiores condições, ao seu destino.

O codigo não especifica, nem era necessario faze-lo, alguns dos modos por que a cousa póde *deteriorar-se*; adduz porém tres casos, em que a cousa póde *perder-se*.

Ora se a cousa *perecer*, antes de entregue e depois de vendida, como se a casa se incendiou, o contrato não fica por isso extincto, porque o vendedor póde pedir o preço, se ainda lhe não foi entregue: o que fica extincto é a obrigação de restituir a cousa.

Mas todos os direitos inherentes ao predio deve o alienante cede-los ao acquirente, como, por exemplo, o direito de indemnisação sobre a companhia de seguros, etc. Se a cousa *for posta fóra do commercio*, por exemplo, sendo expropriado para a abertura de uma estrada publica o predio vendido, deve o alheador tambem ceder ao acquirente o direito de indemnisação sobre o estado, etc.

Corre igualmente o perigo por conta do vendedor, se a cousa desappareceu sem d'ella se saber, como se a furtaram; ou se ella está em sitio onde não póde ir buscar-se.

Corre porém o perigo por conta do vendedor, se este se achava em mora. O perigo é a *pena* da móra, como se a casa, que o vendedor devia entregar no praso devido, se incendiou depois de decorrido esse praso, salvo se se mostrar que a casa pereceria igualmente, se

estivesse já na mão do comprador; como se ella fosse incendiada por um raio, porque assim pereceria igualmente nas mãos do comprador.

A prova de que a cousa pereceu por caso fortuito pertence ao devedor, porque serve de fundamento á sua defeza. O crédor, que pede a entrega da cousa, tem apenas que provar o seu direito; é o devedor, que oppõe o perecimento por caso fortuito, quem deve provar a existencia do caso de força maior.

O codigo toma, em nosso entender, como synonymos, os termos «*culpa* e *negligencia*», apesar de n'este artigo os ligar por uma disjunctiva, e no artigo 1608.º n.º 2.º por uma copulativa; variedade de redacção ou de linguagem, que já se notava nos artigos correspondentes do projecto primitivo.

Falla tambem de culpa *levissima* no artigo 302.º, o nosso codigo commercial, influenciado ainda pela jurisprudencia romana, que classificava a culpa em lata, leve e levissima; distincção na pratica impossivel.

Parece que a commissão revisora, nos trabalhos da primeira revisão, queria distinguir entre culpa e negligencia, porque em a nota ao artigo (795.º) do projecto de 1863, correspondente ao artigo 717.º do codigo lê-se o seguinte: «A commissão resolveu que se tornasse mais clara a distincção entre culpa e negligencia».

Todavia esta resolução não foi cumprida, e a redacção conservou-se em todos os projectos da commissão revisora tal qual vinha no projecto primitivo.

Nem é possivel distinguir para os effeitos juridicos differentes graus de culpa. Na pratica já não é facil a distincção entre dolo e culpa, quanto mais entre culpa e culpa nas suas graduações possiveis.

O que é indispensavel para haver *culpa* é que violemos sem proposito os direitos alheios; e esta falta de proposito é que a distingue do dolo.

O § 2.º do artigo 717.º era redigido no projecto primitivo (redacção conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora) nos seguintes termos: «Dá-se culpa ou negligencia quando o obrigado pratica actos contrarios, ou deixa de praticar os actos necessarios á conservação da cousa».

A redacção do codigo porém é mais simples, mais logica, e comprehende as mesmas idéas; porque, juridica e logicamente, quem *deixa* de praticar os actos necessarios á conservação da cousa, sendo a isso obrigado por direito, pratica effectivamente actos contrarios á sua conservação.

Conseguintemente sempre que a prestação da cousa envolve alienação de propriedade, corre o risco da cousa por conta do acquirente, salvo culpa da parte do alienante artigo 719.º

**Art. 718.º** Se a cousa, transferida pelo contrato, for alienada de novo pelo transferente, póde o lesado revindica-la, nos termos declarados nos artigos 1579.º e 1580.º

(Vid. nota aos artigos 715.º e 951.º).

**Art. 719.º** Nos contratos em que a prestação da cousa não envolve transferencia de propriedade, o risco da cousa corre sempre por conta de seu dono, excepto havendo culpa ou negligencia da outra parte.

(Vid. nota ao artigo 714.º)



**Art. 720.º** Se a prestação se limitar ao pagamento de certa quantia em dinheiro, as perdas e damnos resultantes da falta de cumprimento do contrato, não podem exceder os juros convencionados ou estabelecidos por lei, salvo no caso de fiança, conforme o que será ordenado no artigo 838.º

(Vide artigos 732.º, 838.º, 1533, 1640.º, 1647.º e 1840.º) O codigo estabelece algumas regras especiaes para a liquidação de perdas e damnos, no caso de consistir a prestação no pagamento de certa quantia em dinheiro, e de se achar em mora o devedor.

Pedro deve-me 100$000 réis. Se me não paga na epocha aprasada, causa-me prejuizo, e póde até alterar o meu credito e a minha fortuna. Era preciso pois fixar antecipadamente, para evitar os inconvenientes das liquidações, o *quantum* elle havia de pagar-me a titulo de perdas e damnos.

Ora o codigo liquida a importancia das perdas e damnos na somma dos juros convencionaes ou legaes. Verdade seja que a falta de cumprimento da obrigação segundo o estipulado póde ter mais largas consequencias, e occasionar prejuizos, que não possam ser reparados só com o pagamento dos juros. No entretanto como o codigo faculta ao crédor o estipular os juros, que bem lhe parecer, não lhe permitte haver outra indemnisação a titulo de perdas e damnos, alem dos juros, salvo ao fiador, artigo 838.º

A excepção, estatuida no artigo 838.º, é determinada pela circumstancia do grande serviço, que o fiador presta ao devedor, sem d'ahi retirar beneficio algum. E o fiador gosa dos direitos, que lhe garante o artigo 838.º, ainda que não tenha dado conhecimento da fiança ao devedor, porque o seu acto não é menos meritorio, nem lhe é menos oneroso pelo facto de o ignorar o devedor.

A ignorancia do devedor apenas lhe aproveita para não pagar os juros ao fiador senão desde a noticia do pagamento ao credor, mas já não lhe aproveita para se eximir ao pagamento das perdas e damnos, que por sua causa soffreu o fiador, ainda que elle ignorasse a fiança.

O fiador tem direito aos juros correspondentes á quantia paga, a contar da epocha do pagamento, e da noticia d'este facto por elle dada ao devedor, ainda que a divida os não rendesse, visto que elle soffreu um desembolso em serviço do devedor, e não póde presumir-se que quizesse levar o beneficio alem do onus da fiança, que era já de si importante.

É de notar que o devedor só é obrigado ao pagamento de juros desde o *praso* em que deve cumprir-se a obrigação, ou desde a *interpellação*, se a prestação é a juros; porque, se é gratuita, não correm os juros senão desde a *interpellação*, artigo 732.º, e não desde que chegou o dia do vencimento.

No primeiro caso continua o devedor sujeito á obrigação que já tinha de pagar os juros; no segundo, como o credor tinha feito o emprestimo gratuitamente, não póde suppor-se que retirou este beneficio ao devedor senão depois de feita a interpellação.

Os juros legaes, na falta de estipulação, são 5 por cento artigo 1640.º Podem no entretanto estipular-se em qualquer quantia, o que era prohibido pelo nosso direito anterior, salvo no que dizia respeito a negocios commerciaes, onde os juros convencionaes eram e são a arbitrio dos pactuantes.

O projecto primitivo no artigo (1728.º) correspondente ao artigo 1640.º do codigo, ainda sanccionava até certo ponto a velha doutrina

prohibitiva da estipulação de juros a arbitrio das partes, porque era redigido nos seguintes termos: « Os estipulantes poderão convencionar a retribuição que bem lhes parecer, comtantoque o interesse annual não passe de 5 por cento do capital. § 1.º Esta taxa não terá logar nos contratos a risco ou sem garantia. § 2.º Dá-se garantia sempre que o obrigado preste fiança ou hypotheca, ou tenha bens por que responda pela sua divida ».

Em odio á usura, e sob a impressão erronea, de que o capital ou valor, *dinheiro*, não era productivo, dictavam as leis antigas, contra os chamados usurarios, severas penas, que, longe de combaterem o mal, o aggravavam. Os mutuantes, á proporção que a penalidade augmentava, exigiam mais avultados sacrificios dos mutuarios, como indemnisação e compensação do risco a que se sujeitavam.

Como a experiencia se encarregasse de demonstrar a inefficacia, ou, antes, o prejuizo de taes remedios, foi-se introduzindo a pratica, sanccionada já por lei em quasi todos os povos civilisados, de conceder ao valor, *dinheiro*, as mesmas garantias e vantagens, que se concediam a quaesquer outros valores.

A doutrina, pois, de nossa lei anterior sobre os juros, que assentava em velhos prejuizos religiosos e economicos, era incompativel com os principios reguladores da liberdade das transacções, e uma excepção odiosa no contrato de mutuo a dinheiro. Por isso a commissão revisora a proscreveu logo nos trabalhos da primeira revisão.

Deve porém notar-se que a disposição do artigo 720.º é applicavel unicamente ao caso de não se ter estipulado outra pena para a inexecução ou móra na execução do contrato; poisque em vista das disposições dos artigos 672.º a 674.º é devida qualquer outra pena estipulada, alem dos juros, se assim se tiver convencionado.

O artigo porém não dispõe, como o codigo civil francez artigo 1153.º, que as perdas e damnos *consistem* nos juros, mas sim que não *podem exceder* os juros. Em vista d'esta redacção ha de fazer-se uma liquidação das perdas e damnos, para se não pagar a somma dos juros, se ellas importarem em menos? E qual é base para essa liquidação?

Todas estas duvidas se evitavam, se não fosse o maldito vicio, de que já se resente o codigo commercial, de se suppor que a copia fiel é mais ignominiosa do que a infiel. Cremos no entretanto que apesar da má redacção do artigo as perdas e damnos são *os juros*, visto o artigo 1533.º, que expressamente obriga o mutuario a pagar *juros* desde que se acha constituido em móra, e o artigo 1640.º que manda computar os juros, na falta de estipulação, em 5 por cento.

Para evitar o embaraço da liquidação deve pedir-se logo o juro segundo a taxa legal ou convencional.

O codigo teria evitado todas estas duvidas se dissesse simplesmente que os juros estipulados se deviam até ao pagamento do capital, e que nos emprestimos gratuitos se deviam os juros legaes só desde a interpellação. O artigo 287.º do nosso codigo commercial não se presta a estas duvidas.

Nasce porém uma grave difficuldade da comparação dos artigos 711.º, 720.º e 732.º com o artigo 1840.º

A regra geral do artigo 732.º, com referencia aos contratos, vistos os artigos 720.º e 2393.º, é applicavel aos legados de dinheiro, ou o são estes tambem comprehendidos na disposição do artigo 1840?

Por direito velho, se os legados eram profanos e consistiam em quantias de dinheiro, ou em quaesquer outras cousa, que *de si* não eram rendosas, estavam sujeitos á disposição da ordenação, livro IV, titulo L, § 1.º, em virtude da qual o mutuario ficava em móra, não



tornando a cousa *ao tempo e praso* que lhe fosse posto, ou *desde o pedido*, se não havia marcado praso.

No cumprimento dos legados pios, se o testador não limitava o tempo começava a mora, decorrido que fosse *um anno* e *um mez* desde a morte dos testadores a não haver impedimento, segundo dispunha a ordenação, livro I, titulo LXII, § 2.º, a qual, aindaque fallasse só dos testamenteiros, se applicava da mesma fórma aos herdeiros, quando eram elles os encarregados de cumprir o legado, ou não tinha havido nomeação de testamenteiros.

Pela lei anterior não se deviam juros ou rendimentos dos legados senão quando as cousas legadas eram em si rendosas, como por consistirem n'um predio, n'um capital dado a juros, n'um titulo de divida publica, n'uma acção de banco, etc.

É evidente que a doutrina do velho direito, em virtude da qual se deviam, nos legados de cousas rendosas, os rendimentos ao legatario, passou para o codigo no artigo 1840.º Abrangerá porém o artigo 1840.º, alem das cousas em si rendosas, tambem as quantias de dinheiro, que se de si não produzem rendimento, mas que podem produzi-lo, dando-se-lhes applicação?

Em nosso entender, nos legados do dinheiro, só está em mora o encarregado de os cumprir desde que passou o praso marcado pelo testador para o seu cumprimento, e, na falta de fixação de praso no testamento, desde que passou o anno nos termos do artigo 1903.º, se esse dinheiro não estava collocado a juros.

Alguns vão mais longe. Dizem que n'esta mesma hypothese, aindaque esteja fixado o praso, não se devem juros do legado de dinheiro senão desde a interpellação, vistoque o artigo 732.º dispõe mui terminantemente, com referencia ao artigo 720.º, que o devedor de uma quantia de dinheiro sem juro, aindaque a não pague no devido tempo, não é obrigado ao pagamento dos juros senão desde o dia em que for interpellado.

Acrescentam, alem d'isso, que os artigos 720.º e 732.º são applicaveis, não só ás obrigações provenientes de contratos, mas a todas e quaesquer outras, por força do disposto no artigo 2393.º, em tudo aquillo em que não forem incompativeis com a natureza d'ellas; que o artigo 732.º não contém uma disposição repugnante á indole dos legados em dinheiro; e que com relação a estas especies de dividas não ha disposição especial no codigo, nem em materia de legados, nem em qualquer outra secção, que vá de encontro áquella regra geral.

Nós porém não seguimos esta opinião. O artigo 1840.º não contém uma excepção expressa ao disposto no artigo 2393.º, nem abrange na sua letra senão os legados de cousas em si rendosas.

Hão de porém entender-se os artigos 732.º e 1840.º em harmonia com o disposto no artigo 1903.º Desde que começou a mora nos termos d'este artigo, o encarregado de cumprir o testamento ha de responder por perdas e damnos.

Deve tambem notar-se que nos legados de valores, cujos interesses se vencem em epochas periodicas, esses interesses pertencerão ao legatario ou ao herdeiro, segundo o auctor da herança falleceu antes ou depois do vencimento do interesse. Assim, legado um titulo de divida publica, pertencem por inteiro ao legatario ou ao herdeiro os juros do semestre, segundo o auctor da herança falleceu antes ou depois da epocha fixada para o vencimento dos juros, e não se dividem *pro rata* entre o legatario e o herdeiro, segundo o tempo decorrido entre a morte do auctor da herança e o vencimento dos juros.

A doutrina consignada no artigo 1159.º, em virtude da qual a mulher ou seus herdeiros podem exigir os juros legaes das sommas demoradas em poder do marido ou de seus herdeiros, nos termos do artigo 1158.º, é mais uma prova de que os juros dos legados a dinheiro não se devem senão desde a mora, porque as excepções servem sempre de corroborar a regra geral em contrario.

**Art. 721.º** A prestação deve ser feita integralmente e não por partes, se outra cousa não for estipulada ou determinada por lei.

Para que o pagamento seja legitimo, e extinga a obrigação, ha de satisfazer-se *simul et semel* tudo o que se deve. A obrigação contrahiu-se pelo todo; e por isso ha de ser extincta como se contrahiu.

O pagamento parcial importaria inconvenientes e prejuizos ao credor com a multiplicidade de recibos e assentos, e com a facilidade de gastar, e difficuldade de aproveitar pequenas quantias. Exceptua-se o caso de estipulação, ou de disposição de lei em contrario. Em virtude da lei póde ser paga a divida por partes, quando fallece o originario devedor antes do pagamento, e ella é divisivel pelos herdeiros, artigos 731.º e 2115.º

Em virtude do principio consignado no artigo 721.º o devedor de credito a juros que, sem consentimento do credor, paga alguma parte da divida, continua obrigado aos juros do montante total da divida até integral pagamento.

Se o credito produz juros, hão de pagar-se estes e o capital ao mesmo tempo. Quasi todos os codigos auctorisam o juiz a conceder prasos para os pagamentos aos devedores demandados. Com rasão o nosso fugiu d'esse systema, seguindo o projecto de codigo civil hespanhol e as doutrinas do velho direito portuguez. E o fiador poderá pagar a parte que elle garante com a sua fiança, ainda que não abranja a totalidade da divida? Assim parece, porque elle pagou integralmente *a sua* obrigação, exercendo um direito, limitado pelo seu interesse. Rogron cita em a nota ao artigo 1244.º do codigo Napoleão a sentença de um tribunal francez, que reconheceu esta mesma doutrina.

**Art. 722.º** Se a prestação for em parte liquida e em parte illiquida, poderá o credor exigir e receber a parte liquida, emquanto não podér verificar-se a entrega do resto.

O certo e liquido não se demora pelo incerto e illiquido, como se exprimia uma lei romana.

Assim como o credor póde exigir e receber a parte liquida, poderá o devedor pela sua parte obriga-lo a recebe-la?

Não se presta a esta duvida o artigo 1095.º do projecto de codigo civil hespanhol d'onde foi copiado o presente artigo, que decide abertamente pela affirmativa. Tambem opinâmos pela affirmativa. Pela mesma rasão por que o credor póde exigir o pagamento da parte liquida, o devedor poderá obriga-lo a recebe-la, até porque não podia ser da mente do legislador favorecer mais a posição do credor do que a do devedor. D'esta mesma opinião é o distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy.

**Art. 723.º** As prestações em dinheiro serão feitas na fórma convencionada.



**Art. 724.º** Quando se tiver convencionado que o pagamento seja feito em moeda metallica de certa e determinada especie, será esse pagamento feito na especie convencionada, existindo ella legalmente, embora tenha variado de valor entre o tempo do contrato e o do pagamento, e ainda que essa variação haja resultado de disposição de lei.

**Art. 725.º** Não existindo já legalmente a especie de moeda em que se tiver convencionado o pagamento, será este feito em moeda corrente no tempo em que haja de verificar-se, calculando-se para esse fim o valor da especie de moeda estipulada, pelo que tinha na conjunctura em que deixou de correr.

**Art. 726.º** Não é applicavel o que fica disposto nos dois artigos precedentes, quando sobre os mesmos objectos que elles regulam, os contrahentes houverem estipulado outra cousa; porque, n'este caso, deve observar-se a estipulação.

**Art. 727.º** Consistindo a prestação em réis, satisfaz o devedor pagando a mesma somma numerica, ainda que o valor da moeda tenha sido alterado depois do contrato.

§ unico. Se á estipulação em réis acrescer a do metal da moeda em que deve ser feito o pagamento, sem que, aliás, se tenha designado a especie d'ella, o devedor fa-lo-ha em moeda corrente no tempo do pagamento, comtantoque essa moeda seja do metal estipulado.

(Vid. artigos 1531.º, 1638.º e 1639.º) Quanto á prestação em dinheiro, figura o codigo n'estes artigos duas hypotheses muito distinctas, e sujeitas a differentes disposições, que são as — de se ter estipulado a especie de moeda — ou apenas — o quantitativo em réis. No interesse porém da clareza de um assumpto tão grave, subvidi-las-hemos em quatro, para as examinarmos separadamente: 1.ª, a estipulação da prestação *em réis*, sem declaração de certa especie de moeda, ou de moeda de certo metal; 2.ª, a prestação em réis, não em certa especie de moeda, mas em moeda de certo metal; 3.ª, a prestação em moeda metallica de certa e determinada especie; 4.ª, qualquer outra estipulação especial.

1.ª hypothese, artigo 727.º Empresto 16$000 réis em duas peças de oiro de 8$000 réis cada uma, com a obrigação do devedor me restituir 16$000 réis, ainda que a lei ou as circumstancia do mercado elevem o valor de cada peça a 10$000 réis, por exemplo, não é o devedor obrigado a restituir-me duas peças como as que lhe entreguei, mas a dar-me 16$000 réis em qualquer moeda corrente; porque não são as *peças* moeda, mas o valor em réis que ellas representam, que constitue a materia do emprestimo, pela regra: *In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem.*

O mesmo é se as especies de moeda diminuiram de valor entre a epocha do emprestimo e a do pagamento, porque o mutuo é uma verdadeira alienação, e por isso o augmento ou diminuição da cousa corre por conta do mutuario, como dono d'ella. O devedor cumpre, pagando a mesma somma *numerica* em qualquer especie de moeda, e na moeda de qualquer metal, corrente ao tempo do pagamento.

Assim no exemplo acima posto, o devedor póde pagar n'outra especie de moeda, como em prata, os 16$000 réis, contantoque entregue em moeda o valor representativo d'aquella somma.

2.ª hypothese, artigo 727.º § unico. Se, como ordinariamente se faz, se estipular o pagamento em moeda de certo metal, *verbi gratia*, em oiro, ha de fazer-se em moeda d'esse metal, corrente ao tempo do pagamento. No exemplo posto os 16$000 réis haviam de ser pagos em oiro, mas podia fazer-se o pagamento em libras, moedas de cinco mil réis, ou em qualquer moeda d'aquelle metal não existente ao tempo do contrato, e que estivesse creada ao tempo do pagamento.

3.ª hypothese, artigos 724.º, 725.º, 1531.º e 1638.º No exemplo posto, se se convencionou que o pagamento dos 16$000 réis deveria ser feito tambem em peças, isto é, na mesma especie de moeda em que se fizera o mutuo, é preciso distinguir segundo essa especie de moeda tinha ou não ainda curso legal ao tempo do pagamento.

No primeiro caso o pagamento ha de ser feito n'aquella especie, embora tenha variado de valor, ou por effeito de lei ou por circumstancias do mercado.

A quem aproveitam ou prejudicam estas variações de valor, ao mutuante ou ao mutuario? Se entre o tempo do contrato e o do pagamento o valor da peça for elevado de 8$000 a 16$000 réis, o mutuario pagará entregando só uma peça?

De certo, pelas rasões já dadas, de que corre por conta do mutuario o augmento ou diminuição do valor da cousa, pela disposição final do artigo 724.º, e ainda por argumento de algumas resoluções tomadas pela commissão revisora em sessão de 2 de janeiro de 1861, em cuja acta se lê o seguinte:

Resolveu a commissão votar por quesitos da seguinte maneira:

«1.º Se se deve fallar sómente dos pagamentos estipulados em dinheiro, ou designar expressamente os feitos em moeda metallica? Decidiu-se que se fallasse tambem em moeda metallica.

«2.º Se, tendo-se estipulado que o pagamento será feito em certa especie de moeda metallica determinada, existindo ella legalmente, embora tenha mudado de valor, o pagamento deve ser feito na especie convencionada? Decidiu-se affirmativamente.

«3.º Não existindo legalmente a moeda convencionada:

«1.º Se o valor d'essa moeda ha de ser o do tempo do contrato? Não foi approvado.

«2.º Se ha de ser o valor da moeda convencionada ao tempo da desamoedação? Votou-se affirmativamente.

«... 4.º Se esta mesma disposição terá logar quando a moeda não for supprimida, mas alterado por lei o seu valor intrinseco? Decidiu-se negativamente».

Resolveu pois a commissão que, alterado o valor da moeda convencionada, ainda que não fosse por effeito das leis naturaes que regem os preços nos mercados, mas por determinação dos poderes publicos, não tinha o mutuante direito a receber as especies convencionadas pelo valor que ellas tinham quando a lei o alterou, mas sim pelo seu valor ao tempo do pagamento.

Já tem entrado em duvida se as palavras do artigo 724.º «*moeda metallica de certa e determinada especie*» se referem propriamente á especie em geral, isto é, ao metal da moeda, como oiro, prata, etc., ou a qualquer subdivisão determinada d'essa especie, como peças, libras, etc.

É porém indubitavel que aquellas palavras não se referem á especie em geral. No § unico do artigo 727.º distingue-se perfeitamente o *metal* da moeda da *especie* da moeda; e o artigo 725.º, prevendo a hypothese de não existir legalmente a especie de moeda que foi objecto da convenção nos termos do artigo 724.º, não póde referir-se ao *metal* da moeda, para cuja extincção o codigo de certo não legisla, mas sim á *especie* determinada da moeda, que póde acabar, como as peças e as libras, que podem ser retiradas da circulação.



Tambem a commissão decidiu na referida sessão, que não devia dizer-se «*valor intrinseco*», «*valor real*», «*valor cambial*,» mas empregar-se unicamente a palavra «*valor*».

Se o pagamento, em consequencia de variação no valor da moeda, não podér fazer-se exactamente nas mesmas especies, como, no exemplo posto, se o valor da peça tivesse sido elevado a 12$000 réis, em que especie de moeda deverá pagar-se a differença entre os 12$000 e os 16$000 réis? Por analogia do disposto no artigo 725.º, deve ser paga em qualquer especie de moeda corrente ao tempo do pagamento. Devem ser os mesmos os effeitos juridicos, que resultam de não existir legalmente ao tempo do pagamento a especie de moeda convencionada, ou de ser impossivel o pagamento integral n'essa moeda.

As convenções devem cumprir-se, quanto possivel, conforme o estipulado.

No segundo caso, isto é, se a especie de moeda convencionada não existir legalmente ao tempo do pagamento, por ter sido tirada da circulação ou desamoedada, faz-se o pagamento em qualquer moeda corrente, ainda de metal differente, calculando-se o valor da moeda convencionada, não com relação ao tempo do contrato, mas com relação ao tempo da desamoedação.

No exemplo posto, se as peças foram retiradas da circulação tendo o valor de 14$000 réis cada uma, é por este valor que se calcula o pagamento, isto é, tem o mutuario que pagar 28$000 réis em qualquer das moedas correntes, quando, se se attendesse ao valor das moedas ao tempo do contrato, teria que pagar 16$000 apenas.

O projecto primitivo, no artigo (1593.º) correspondente ao artigo 1531.º do codigo, determinava que, não existindo a moeda convencionada, se pagasse em moeda equivalente, segundo o valor que aquella tivesse ao tempo do emprestimo.

A commissão revisora, porém, com rasão alterou aquella doutrina, mandando computar o valor da moeda extincta, não pelo que tinha ao tempo do emprestimo, mas pelo que tinha ao tempo da desamoedação, como epocha mais proxima do pagamento, em que a equação dos valores era mais perfeita, vistoque a alteração do valor da moeda corre sempre por conta do mutuario.

4.ª hypothese, artigos 726.º e 1639.º A lei respeita toda e qualquer estipulação das partes sobre esta materia. Assim, no exemplo posto podiam as partes estipular que o devedor entregasse duas peças iguaes, quaesquer que fossem as variações de valor para mais ou para menos.

Sem embargo do disposto n'estes artigos não deve julgar-se revogada a lei de 29 de julho de 1854 na parte em que obrigava a pagar na moeda principal as quantias superiores a 5$000 réis. O artigo 727.º diz, é verdade, expressamente que a prestação em réis e o pagamento na hypothese do artigo 725.º, podem ser feitos em qualquer moeda corrente ao tempo do pagamento; e o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

No entretanto parece-nos subsistir ainda o disposto na referida lei de 29 de julho de 1854, que respeita a materia estranha ao direito civil, e que comprehende especies que não são *expressamente* reguladas pelo codigo.

O codigo comprehenderá nas disposições dos artigos 724.º a 727.º, nas palavras «*moeda*», «*prestações em réis*», «*prestações em dinheiro*», a moeda papel que porventura se crear? Estes artigos referem-se unicamente ás especies metallicas e aos pagamentos em réis. Portanto as suas disposições serão ou não applicaveis segundo as condições prescriptas na lei que crear essa moeda papel.

Tambem os artigos 724.º a 727.º não abrangem, nem na sua letra, nem no seu espirito, os pagamentos hoje feitos em papel moeda em virtude de obrigações contrahidas no tempo em que o papel moeda tinha curso forçado entre nós.

O codigo, dispondo para o futuro, não teve em vista o papel moeda, que não era já a moeda corrente; senão por excepção, nos termos da lei de 31 de dezembro de 1837.

No entretanto devem ser attendidos, por analogia, para regular muitas das questões, que ainda hoje se suscitam a respeito do papel moeda.

Foi pena que nem o illustrado auctor do projecto, nem a commissão revisora, se resolvessem a estabelecer as regras precisas para decidir as variadas hypotheses, que ainda hoje apparecem, relativas ao papel moeda.

Bem pugnou por que se regulassem estas questões o sr. dr. Paes da Silva nas suas observações sobre o projecto de codigo, analysando o artigo 1726.º, correspondente ao artigo 1638.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «Se o contrato consistir em designada moeda, deverá a restituição ser feita na mesma especie; e se não for possivel ao obrigado obtê-la, pagará na moeda corrente, segundo o valor d'aquella ao tempo do contrato».

O sr. dr. Paes propunha que se decidisse se os emprestimos feitos no tempo em que havia esta moeda papel, haviam de ser pagos pelo valor d'ella ao tempo do contrato, ou ao tempo do pagamento, e opinava por que se pagasse segundo o valor da moeda ao tempo do contrato, com o fundamento de que o credor não devia receber menos do que emprestou, e de que o contrato do mutuo não era aleatorio; e que pela mesma rasão deviam ser pagos os juros segundo o valor dos capitaes ao tempo do contrato; e entendia tambem que deviam ficar salvos d'esta disposição os pagamentos já feitos, para evitar o transtorno resultante de se irem offender actos consummados.

A estas ponderações respondeu o sr. Seabra com o seguinte laconismo: «Está resolvida (a duvida) n'este (que era o artigo 1726.º acima transcripto) e no artigo 817.º, bem entendido emquanto ao futuro, porque: *Non est Janus in legibus*»!

Vejamos o alcance d'esta resposta. O artigo 817.º, que corresponde aos artigos 723.º a 725.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «As prestações em dinheiro serão feitas na especie de moeda convencionada, e, se isto não for possivel, na moeda correspondente ao valor real da moeda devida». De modo que ao sr. dr. Paes, que pedia que fossem esclarecidas as duvidas que os artigos suscitavam, respondia-se seccamente com os mesmos artigos, sem ao menos se dizer o modo como elles resolviam essas duvidas.

Tornou o sr. dr. Paes a instar, nas suas *Novas observações*, publicadas em 1863, para que se resolvessem as questões levantadas com relação ao papel moeda, declarando que o artigo 817.º estava concebido em termos tão geraes que até se prestava a ser entendido com respeito só aos capitaes que andavam em circulação, e não com respeito ao papel moeda.

A nada porém se moveu a commissão revisora!



No entretanto são ainda hoje tão frequentes as questões relativas aos pagamentos em papel moeda, que não podemos dispensar-nos de considerar algumas d'ellas, pelo menos as mais importantes. Tres hypotheses sobretudo apreciaremos n'este vastissimo assumpto: 1.ª, em que data começou de ter curso forçado o papel moeda; 2.ª, quaes as obrigações em que ainda hoje é permittido ao devedor pagar em papel moeda; 3.ª, qual o preço por que hoje deve ser recebido o papel moeda nos pagamentos, em que é obrigatorio para o crédor o receber-lo.

Quanto á primeira. O curso forçado do papel moeda só começou com a publicação do alvará de 25 de fevereiro de 1801. Alguns, confundindo o papel moeda com as apolices, creadas pelo alvará de 13 de julho de 1797, quizeram marcar n'esta data o curso forçado do papel moeda. Mas não têem rasão. É bem expresso o aviso de 23 de março de 1801, declarando: «Que o alvará de 25 de fevereiro de 1801 só providenciou, como d'elle se collige, quantos aos pagamentos que da sua publicação em diante se fizessem, para ser uma metade em metal e a outra em papel, ficando bem entendido que os pagamentos relativos a dividas contrahidas ou contratos effectuados antes da publicação do referido alvará deviam ser satisfeitos na fórma que se houvesse contratado, e segundo o uso que havia antes da dita publicação. E quando as partes instassem em satisfazer metade em moeda papel, contra o uso e contrato de que acima se falla, seriam n'este caso obrigados os devedores a entregar a referida moeda papel pelo valor que ella tivesse no mercado publico, locupletando seus credores com a quantia correspondente áquella diminuição.»

Em conformidade com esta doutrina julgou o supremo tribunal de justiça, aindaque por dois votos contra um, em accordão de 17 de outubro de 1871, publicado no *Diario do governo* de 21 de novembro do mesmo anno.

Diz o accordão:

«Attendendo a que, pelo alvará de 13 de julho de 1797, se mandaram crear 3.000:000 de cruzados em apolices de maiores quantias que as de 50$000 réis cada uma já emittidas, para se acceitarem em todas as acções entre os particulares, alem de outras providencias;

«Attendendo a que o alvará de 31 de maio de 1800 houve por findas as emissões das apolices pequenas, estabelecidas pelo citado alvará, mandando-as amortisar pelos meios marcados no decreto de 23 de janeiro de 1801 e edital de 30 do mesmo mez e anno;

«Attendendo a que o curso forçado da moeda papel sómente foi determinado pelo alvará de 25 de fevereiro de 1801, mandando que a metade de todos os pagamentos se fizessem na referida moeda pelos valores que ella representasse, sem duvida, abatimento ou diminuição;

«Attendendo ao disposto no aviso de 23 de março de 1801, que interpretou o alvará de 25 de fevereiro do mesmo anno, providenciando que da sua publicação em diante os pagamentos se fizessem metade em metal e a outra em papel;

«Attendendo a que o contrato da subemphyteuse foi celebrado pela escriptura de 5 de maio de 1798, epocha em que o papel moeda não tinha curso forçado;

«Portanto concedem a revista, por offensa e errada applicação das leis citadas, annullam o accordão recorrido na parte em que manda pagar o fôro a metade em metal e a outra em moeda papel, etc.»

Quanto á segunda. O papel moeda foi extincto pelo decreto de 23 de julho de 1834 e lei de 3 de setembro do mesmo anno, que expressamente desmonetisaram e retiraram da circulação esta falsa moeda.

Estabeleceu-se porém que desde o 1.º de janeiro de 1838 seria trocado no thesouro por moeda metallica todo o papel moeda que se apresentasse.

Como porém o governo não estivesse habilitado para aquella troca no 1.º de janeiro de 1838, publicou-se na vespera d'aquelle dia a lei de 31 de dezembro de 1837, na qual se acha consignada a seguinte disposição: «As obrigações entre particulares, anteriores á publicação do citado decreto de 23 de julho de 1834, continuarão a ser satisfeitas nas especies de moeda em que foram contrahidas, até que igualmente se providenceie por lei a este respeito.»

Conseguintemente só no pagamento das obrigações contrahidas desde 25 de fevereiro de 1801 até 23 de julho de 1834, na moeda então corrente, é que o credor é hoje obrigado a receber o papel moeda.

Nas obrigações, ainda contrahidas dentro d'aquelle periodo, em que não se estipulou o pagamento na moeda então corrente, não é hoje o credor obrigado a receber o papel moeda. Era a isso obrigado durante aquelle praso, porque então corria a moeda papel como moeda legal; mas não tem hoje essa obrigação, porque a lei de 31 de dezembro de 1837 só obriga o credor a receber o papel moeda, quando n'essa especie fosse contrahida a obrigação.

Deve notar-se que o curso forçado do papel moeda era só com relação ao credor. O devedor podia pagar tudo em metal: «Bem entendido (diz o alvará) que é e fica sendo livre aos que pagarem, o fazerem os respectivos pagamentos tudo em metal, não havendo para isso constrangimento algum publico ou occulto».

Se as obrigações contrahidas dentro do periodo decorrido desde 25 de fevereiro de 1801 a 23 de julho de 1834, expressavam claramente o valor em réis sem referencia á moeda então corrente, podem ser pagas hoje metade em metal, e metade em papel, vistoque, na falta de declaração no contrato, se reputam contrahidas n'essas especies. Nas convenções de mutuo, celebradas de 25 de fevereiro de 1801 até 23 de julho de 1834, reputavam-se feitos os emprestimos na fórma da lei, isto é, metade em papel, e metade em metal, a não haver estipulação em contrario. São poucos os mutuos, que hoje apparecem, contrahidos n'aquella epocha; mas os que existirem podem ser extinctos pelos respectivos devedores, pagando metade em papel e metade em metal.

Em virtude d'estes principios o pagamento dos fóros (que é hoje a especie mais frequente no fôro) relativos a aforamentos celebrados dentro d'aquelle praso, sem a clausula de serem satisfeitos na fórma da lei, ou metade em papel e metade em metal, hão de ser satisfeitos desde 23 de julho de 1834 por inteiro em metal. Os fóros são obrigações annuaes, e portanto obrigações renovadas em cada anno, segundo a doutrina do assento de 2 de março de 1786, e portanto hão de ser pagos nas especies de moeda corrente ao tempo do vencimento, com exclusão do papel moeda, que está retirado da circulação desde a referida data de 23 de julho de 1834. N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 15 de junho de 1866, publicado a pag. 12 do tomo II do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação.*

Por outro lado a obrigação do emprazamento foi contrahida sem a intervenção do papel moeda. O senhorio cedeu ao emphyteuta, não dinheiro, mas bens immobiliarios; e nos termos da lei de 31 de dezembro de 1837 o credor só é hoje obrigado a acceitar papel moeda no pagamento das prestações, que lhe são devidas, quando *n'essa especie* foi contrahida a obrigação.



Quanto á terceira. Nas obrigações que têem de ser pagas em papel moeda satisfaz o devedor, entregando-o pelo seu valor nominal, porque o agio ou cambio deve correr por conta do senhorio.

Demais, o papel moeda é ainda hoje moeda corrente para pagamento das obrigações entre particulares, n'esta especie contrahidos antes da publicação do decreto de 23 de julho de 1834.

No entretanto nos tribunaes, desde 1846 principalmente, tem havido grande variedade nos julgados a este respeito, ora admittindo o papel moeda sem attenção ao agio, ora admittindo-o com indemnisação do agio, calculado já com relação ao valor do tempo do contrato, já com relação ao tempo do vencimento. No entretanto, por analogia do disposto no artigo 724.º, deve ser recebido sem desconto o papel moeda, ficando a cargo do credor a variação do seu valor entre o tempo do contrato e o do pagamento.

É digno de ler-se o que a este respeito se escreveu a pag. 5, 35 e 133 do tomo II do citado *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação.*

O supremo tribunal de justiça decidiu, em accordão de 28 de janeiro de 1870 publicado no *Diario do governo* n.º 34, de 14 de fevereiro do mesmo anno, e a pag. 37, tom. I da *Jurisprudencia civil, commercial e criminal* da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que não é preciso deduzir artigos de liquidação para verificar o equivalente em moeda portugueza a certa porção de moeda estrangeira, ao cambio respectivo, quando se apresenta um certificado passado em fé de verdade por um corretor de numero, pertencente á classe de cambios e fundos publicos, que attesta por informações, que julga fidedignas, qual o preço em moeda portugueza da respectiva moeda estrangeira em certo e determinado dia.

A respeito d'esta decisão escrevemos nós que, apesar do attestado do corretor ter, mesmo n'estas circumstancias, por si a presumpção de verdade, podia a parte impugnar com qualquer genero de prova o certificado n'esse documento que se abona só em informações.

## Art. 728.º Se o devedor, por diversas dividas ao mesmo credor, se propozer pagar algumas d'essas dividas, fica á escolha d'elle devedor designar, a qual d'ellas deve referir-se o pagamento.

(Vid. artigo 1256.º § 2.º) O devedor, como dono do seu dinheiro, póde escolher a divida que deseja remir. Esta escolha póde tambem ser *tacita*. Assim, se na falta de declaração do devedor o credor lhe envia a quitação á conta de uma certa divida, e o devedor se cala, não póde depois reclamar; assim como se o devedor applica o dinheiro para o pagamento de uma divida que vence juros, pagando de preferencia o capital, e o credor se conforma, não póde exigir depois que se impute nos juros este pagamento.

Encontra-se apenas uma excepção ao preceito d'este artigo consignada no § 2.º do artigo 1256.º, que é na hypothese do devedor pagar um credito pessoal ao socio, administrador da sociedade, sendo tambem devedor á sociedade. N'esta hypothese, como o pagamento deve imputar-se proporcionalmente no credito do socio e da sociedade, artigo 1256.º, não póde o devedor escolher entre as dividas do socio e as da sociedade, para imputar o pagamento á conta das dividas d'aquelle, salvo o caso de ser mais oneroso o credito pessoal do socio do que o da sociedade, artigo 1256.º § 2.º; porque então póde ser preferido integralmente o credito do socio ao da sociedade.

Esta providencia foi dictada no intuito de evitar que o devedor, conluiado com o socio administrador, fizesse uma imputação dolosa quanto ao pagamento das dividas, vindo declarar que tinha pago ao socio administrador só por conta das suas dividas, e não por conta da sociedade.

Rogron, na nota ao artigo 1253.º do codigo civil Napoleão, cita a decisão de um tribunal francez que julgou que, a entrega de uma letra feita ao credor pelo devedor de um credito não vencido, na falta de declaração, não se considera um meio de pagamento, e que constitue para o devedor um credito distincto desde que a somma foi realisada pelo credor, que era o portador, de modo que, se o aceitante da letra vem a caír em fallencia, o creditado deve ser comprehendido entre os devedores da fallencia pelo montante da letra, salvo o seu direito de reclamar o proprio credito.

Art. 729.º Se o devedor não declarar qual é a sua intenção, entender-se-ha que o pagamento é por conta da mais onerosa; em igualdade de circumstancias, que é por conta da mais antiga; e, sendo todas da mesma data, que é por conta de todas ellas rateadamente.

(Vid. artigo 770.º) Na falta de declaração do devedor entende-se que o pagamento é por conta da mais onerosa, porque se presume que a intenção do devedor foi libertar-se da divida que mais o gravava. Assim, reputa-se mais onerosa a divida que vence juros, a que tem clausula penal, fiança, hypotheca, execução apparelhada, etc. Se o devedor deve em proprio nome, e como fiador, presume-se ter pago a primeira que se reputa mais gravosa. É igualmente mais onerosa a divida já vencida, e exigivel por inteiro, do que a divida ainda não vencida, ou a prasos. Em igualdade de circumstancias imputa-se o pagamento na mais *antiga*. E diz Rogron em a nota ao artigo 1256.º do codigo civil francez, que divida mais *antiga* é aquella que se venceu primeiro, e não aquella que primeiro foi contrahida. Assim, a divida contrahida ha seis mezes, e vencida ha dois, é mais antiga do que a contrahida ha dois annos, e vencida só ha dez dias. A preferencia por antiguidade não assenta em rasão plausivel que a justifique, e é quasi impossivel a existencia de dividas entre o mesmo credor e devedor contrahidas na mesma data.

Diz Goyena em a nota ao artigo 1106.º do projecto de codigo civil hespanhol, que n'esta materia se agita uma questão curiosa, que é o caso de o credor receber o pagamento de um devedor, que deve tambem a outro, de quem o credor tem procuração para receber.

Por exemplo. Pedro deve-me 100$000 réis, e é devedor da mesma quantia a João, de quem tenho poderes para fazer a cobrança; Pedro paga-me, sem declarar se é á conta da minha divida, se á conta da divida de João: em qual das duas deve imputar-se o pagamento?

Na falta de circumstancias, que suppram a declaração da vontade do devedor, entende com rasão Goyena que o pagamento deve imputar-se na minha divida, pela regra: *Potior habetur propria, quam uliena causa*. Ás mesmas regras expostas n'este artigo está sujeita a compensação, como determina o artigo 770.º, vistoque a compensação produz todos os effeitos do pagamento.

Art. 730.º Não se entenderá que as quantias, prestadas por conta de divida com juros, são pagas á conta do capital, emquanto houver juros caídos.



(Vid. artigo 867.º) É livre ao devedor o designar a divida a que quer applicar o pagamento, comtantoque o não faça em prejuizo do credor sem consentimento d'este, o que succederia se lhe fosse permittido imputar o pagamento sobre o capital de preferencia aos juros, podendo assim vir a transformar em divida simples a divida com juros. Alem d'isso os juros, como producto do capital, devem pela natureza das cousas ser pagos antes d'este.

É por isso que o devedor não póde pagar por inteiro o capital sem conjunctamente pagar os juros caídos; e a legislação franceza estabelece (artigo 1908.º do codigo civil Napoleão) que a quitação do capital sem reserva dos juros faz presumir o pagamento d'estes.

É em virtude dos mesmos principios que, se se empenhar em garantia da divida cousa que produza rendimentos, hão de estes ser encontrados nas despezas com o penhor e nos juros, e não no capital, salvo se a divida é gratuita, artigo 867.º, ou se os juros e despezas da cousa não cobrem os rendimentos que ella produz.

Art. 731.º Sendo varios os obrigados a prestar a mesma cousa, responderá cada um d'elles proporcionalmente, excepto:

1.º Se cada um d'elles se responsabilisou solidariamente;

2.º Se a prestação consistir em cousa certa e determinada, que se ache em poder de algum d'elles, ou se depender de facto que só um d'elles possa prestar;

3.º Se pelo contrato outra cousa tiver sido determinada.

A coobrigação presume-se sempre no sentido menos oneroso aos coobrigados, e por isso, salva declaração em contrario, só se entende que um responde pela totalidade da cousa quando só d'elle depende, como se varias pessoas se obrigaram a fornecer um quadro a Pedro, e só um dos coobrigados o tem em seu poder ou o sabe fazer. A estes mesmos principios estão hoje sujeitas as dividas da fazenda, que é equiparada a qualquer credor particular, artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, e artigos 3.º, 38.º, 382.º, 516.º, etc., do codigo.

A ordenação, livro II, titulo LII, § 5.º, permittia á fazenda, como privilegio, demandar integralmente a sua divida de qualquer dos herdeiros dos seus devedores, *porquanto a fazenda ficou sempre obrigada e hypothecada á dita divida, e passou com seu encargo e hypotheca a cada um dos herdeiros para por ella se poder haver* in solidum *toda a divida*.

Este principio era igualmente reconhecido nas ordenações da fazenda, capitulo CLVI, e no regimento dos contos, capitulo LXXXIII.

Sob a influencia dos mesmos principios foram redigidos os artigos 658.º e 659.º da novissima reforma judiciaria, que dizem assim:

«Quando algum dos herdeiros, assim dos devedores fiscaes, como dos seus fiadores, sendo demandado singularmente pela responsabilidade solidaria, pedir e obtiver espaço para chamar á demanda os demais coherdeiros ou interessados, poderá, se elles não vierem, finda a execução, proseguir contra qualquer d'elles, como cessionario em causa propria da fazenda, por viva execução, e haverá d'elle a totalidade da quantia que tiver pago, com a unica deducção de sua quota hereditaria.

«Os herdeiros que não tiverem sido chamados pelo primeiro demandado, só lhe responderão pela sua quota respectiva com os competentes juros e custas».

Em vista do codigo porém, que nada dispõe de especial relativamente ás obrigações e dividas á fazenda, julgâmos extinctos todos estes privilegios, e isto ou as dividas sejam anteriores ou posteriores á promulgação do codigo, salvo, com relação áquellas, se as respectivas acções estavam já propostas em juizo quando começou a vigorar a lei nova.

A certidão de relaxe das contribuições passada contra o fallecido serve de base ao processo contra os seus herdeiros, que podem todos ser demandados n'um só pleito nos termos do regulamento da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870.

Com relação ás execuções fiscaes, subsiste apenas para a fazenda o privilegio de dispensa de habilitações nos termos do artigo 5.º do decreto de 24 de dezembro de 1852, que artigo nenhum do codigo modificou.

Art. 732.º É applicavel á obrigação de prestação de cousas o que fica disposto no artigo 711.º, salvo no que toca aos pagamentos de dinheiro sem juro, a que só se accumularão perdas e damnos, na fórma do artigo 720.º, desde o dia em que o devedor for interpellado.

(Vid. notas aos artigos 711.º e 720.º)

## SECÇÃO IV

### DA PRESTAÇÃO COM ALTERNATIVA

Art. 733.º Se o devedor estiver obrigado a um de dois factos, ou a uma de duas cousas, á sua escolha, cumprirá prestando qualquer d'esses factos ou cousas, mas não poderá, contra a vontade do credor, prestar parte de uma cousa e parte de outra.

(Vid. artigos 738.º, 1691.º e 1829.º) As regras prescriptas n'esta secção são applicaveis tanto á prestação de cousas, como á prestação de factos, artigo 738.º

A escolha nas obrigações alternativas pertence ao devedor. Por isso, se nos emprazamentos, artigo 1691.º, se achar estipulado que os fóros serão pagos em fructos ou dinheiro, a escolha é do foreiro.

A obrigação não deixa de ser alternativa por estar obrigado o devedor a uma de entre mais de duas cousas. O que é indispensavel, para ser alternativa a obrigação, é que o devedor não esteja obrigado a uma só cousa, ou a um só facto.

Verdade seja que o codigo dá outra significação juridica á obrigação alternativa. No entretanto, por analogia ou maioria de rasão, devem julgar-se comprehendidas nas obrigações alternativas aquellas que se cumprem por mais de um de dois modos.

Assim, é alternativa a obrigação que o testador impõe ao herdeiro de dar ao legatario um moio de trigo, ou de cevada, ou de milho, etc. A escolha, desde que não é attribuida ao credor ou a terceiro, pertence ao devedor; porque em caso de duvida interpretam-se as clausulas dos actos juridicos a favor d'este.

Em virtude do mesmo principio, nos legados alternativos pertence ao herdeiro a escolha, se não for expressamente conferida ao



legatario, artigo 1829.º, ou a terceiro. Este principio acha-se claramente consignado nas legislações de quasi todos os povos, e a elle presta homenagem o nosso codigo, comquanto o não reconheça determinadamente em preceito especial, talvez pelo suppor corrente e incontroverso.

O devedor ha de prestar uma ou outra cousa, mas não parte de uma e parte de outra das cousas a que é obrigado. No exemplo posto não póde o devedor libertar-se da obrigação pagando, por exemplo, 30 alqueires de trigo e 30 de milho, porque a obrigação é de dar uma cousa ou outra, e não parte de uma e parte de outra.

Se a divida é periodica, como se o testador impõe ao herdeiro a obrigação de dar em cada anno ao legatario 1 moio de trigo ou de milho, póde este em cada anno renovar a sua escolha, dando ora milho, ora trigo, porque em cada termo nasce nova obrigação.

A obrigação torna-se pura e simples, se só uma das cousas promettidas póde ser objecto da obrigação.

Por exemplo. Vendo a minha propriedade ou a do meu vizinho, devo ao comprador só a minha propriedade, porque não me pertence a do vizinho, e por isso não podia vende-la, nem ser obrigado a entregar-lh'a.

Art. 734.º Se uma das cousas se perdeu, sendo a escolha do credor, distinguir-se-ha, se a cousa se perdeu por culpa ou negligencia, ou sem culpa nem negligencia do devedor. No primeiro caso, poderá o credor escolher a restante ou o valor da outra; no segundo caso, será obrigado a aceitar a restante.

Art. 735.º Se ambas as cousas se tiverem perdido por culpa ou negligencia do devedor, poderá o credor exigir o valor de qualquer d'ellas com perdas e damnos, ou a rescisão do contrato.

Art. 736.º Se ambas as cousas se tiverem perdido, sem culpa nem negligencia do devedor, far-se-ha a seguinte distincção:

1.º Se a escolha ou designação da cousa se achar feita, a perda será por conta do credor;

2.º Se a escolha se não achar feita, ficará o contrato sem effeito.

Art. 737.º Se uma das cousas se tiver perdido por culpa ou negligencia do credor, julgar-se-ha este pago.

(Vid. artigo 1812.º) Estes artigos regulam tres hypotheses distinctas sobre o perecimento da cousa, as quaes vamos considerar em separado.

1.ª hypothese. Perecimento da cousa por culpa do devedor;

2.ª hypothese. Perecimento da cousa por culpa do credor;

3.ª hypothese. Perecimento da cousa, sem culpa do devedor nem do credor.

1.ª hypothese, artigos 734.º e 735.º Esta hypothese é ainda restricta ao caso de ser a *escolha* do credor, e logo examinaremos a outra especie de ser a escolha do devedor.

Se, pois, pertencendo a escolha ao credor, perece uma das cousas por culpa do devedor, póde aquelle escolher a restante, ou o valor da

outra. Esta faculdade, concedida ao credor, é a justa indemnisação do damno proveniente da culpa do devedor, para que este o não possa privar do direito da escolha, deixando perecer uma das cousas, e talvez a mais valiosa. E como a escolha já não póde fazer-se com relação á cousa que pereceu, faz-se com relação ao preço que a representa.

Se ambas as cousas se perderam, o credor, que já não póde optar entre ellas, mas entre o preço, póde pedir o valor de qualquer d'ellas, com perdas e damnos; ou a rescisão do contrato, porque, não existindo nenhuma das cousas, póde convir-lhe mais o dar sem effeito o contrato. Para haver culpa basta que haja mora, que é equiparada á culpa: *In culpa haeret, qui in mora est.*

2.ª hypothese, artigo 737.º Se se perdeu uma das cousas por culpa do credor, perde-se por conta d'elle, e por isso imputa-se no seu pagamento. Se o devedor fosse obrigado a dar-lhe a restante viria a pagar duas cousas, em logar de estar sujeito á obrigação alternativa.

3.ª hypothese, artigos 734.º e 736.º Se pereceu sem culpa do devedor só uma das cousas, é o credor obrigado a aceitar a restante, visto que da parte do devedor não houve culpa nem má fé.

Se pereceram ambas sem culpa do devedor, ou a escolha estava feita, e a perda é por conta do credor, pela regra: *Res suo domino perit,* ou não estava feita, e fica o contrato sem effeito.

Se no legado alternativo uma das cousas legadas perecer, a obrigação de alternativa, que era, converteu-se em simples, devendo o onerado só a que resta, artigo 1812.º A disposição d'este artigo porém é em nosso entender applicavel unicamente ao caso de ter perecido sem culpa do devedor ou do credor, porque dada qualquer d'estas duas hypotheses ha de observar-se por analogia o disposto nos artigos 734.º a 737.º

Em materia de legados, citado artigo 1812.º, se tiver perecido só parte da cousa, paga o devedor com o resto, sem ser obrigado a pagar o valor da parte perdida, nem a entregar a outra.

O preceito da segunda parte do artigo 1812.º deve tambem entender-se em harmonia com o preceituado nos artigos 734.º a 737.º, segundo o perecimento de parte da cousa proveiu de culpa do devedor ou do credor, e applica-se nas mesmas condições á materia dos contratos.

Outras hypotheses, que podem aliás ser tão frequentes como as consideradas n'estes artigos, deixou o codigo de regular, apesar de virem prevenidas no codigo civil francez em artigo proximo d'quelles, d'onde foram extrahidos os que acabámos de analysar.

Por exemplo, se nos casos dos artigos 734.º e 735.º a escolha era do devedor, e não do credor, *quid juris?*

Se uma das cousas pereceu ainda por culpa do devedor, é este obrigado a entregar a restante, porque a obrigação pesava sobre uma das duas cousas; se uma pereceu fica a obrigação constituida sobre a outra, porque era ao devedor que pertencia dispor de uma ou de outra cousa.

Se ambas pereceram deve pagar o valor da que pereceu ultimamente, pelo principio estabelecido no periodo antecedente; poisque desde o momento que foi destruida a primeira era a segunda devida ao credor, e por isso da perda d'esta é que é preciso indemnisa-lo.

Outra hypothese deixou de regular o codigo, e que é prevista no artigo 1055.º do projecto de codigo civil hespanhol, e no artigo 1196.º do codigo civil francez, que já tocámos em a nota ao artigo anterior, e vem a ser que as mesmas regras até aqui expostas são applicaveis ao caso em que mais de *duas* cousas são comprehendidas na obrigação alternativa. É aceitavel esta doutrina, apesar do silencio do codigo, em vista do artigo 16.º, que manda reger os casos omissos pelos casos *analogos.*

Quando o perecimento de toda ou de parte da cousa proveiu de culpa de terceiro, tem contra este a acção de indemnisação por perdas e damnos o devedor ou credor lesado.

**Art. 738.º** As disposições d'esta secção são applicaveis á prestação de factos com alternativa.

(Vid. nota ao artigo 733.º)

## SECÇÃO V

### DO LOGAR E DO TEMPO DA PRESTAÇÃO

**Art. 739.º** A prestação será feita no logar e no tempo designados no contrato, excepto nos casos em que a lei expressamente permittir outra cousa.

(Vid. artigos 743.º, 744.º, 1447.º, 1529.º, 1583.º e § 1.º, 1660.º, 1661.º e 1843.º) O logar da prestação é: 1.º, o designado no contrato; 2.º, na falta de estipulação, o logar onde estava o objecto da obrigação ao tempo do contrato, se se tratava de um movel *certo* e *determinado:* assim, se vendo o trigo que está no meu celleiro de tal, é ahi que deve ser entregue o objecto, porque se presume ter sido esta a vontade dos pactuantes. Fóra d'estes dois casos será a entrega feita no domicilio do devedor, artigo 744.º, porque em duvida interpretam-se a favor d'este as clausulas dos contratos.

Para collocar porém o credor ao abrigo de qualquer capricho do devedor, que podia mudar o domicilio para sitio onde fosse muito dispendioso ao credor o cobrar a cousa, é o devedor obrigado a fazer as despezas, que ao credor originar com essa mudança, artigo 744.º § unico.

Quanto ao tempo do pagamento observa-se: 1.º, o determinado no contrato; 2.º, na falta de estipulação, o que resultar da natureza da obrigação, artigo 743.º, como no caso de arrendamento a fructos, que devem pagar-se depois da colheita; 3.º, quando o credor exigir a prestação, citado artigo 743.º

Se o credor deixou ao arbitrio do devedor o pagar-lhe *quando quizesse,* entendem alguns que o credor só póde compellir o devedor ao pagamento provando que elle está em circumstancias de pagar-lhe.

Parece-nos porém mais rasoavel a doutrina opposta, aliás degenerario o emprestimo em doação, porque ficando dependente do devedor o pagar quando quizesse, nunca elle seria obrigado a pagar. Entendemos que deve continuar a seguir-se n'esta materia o principio estabelecido na ordenação, livro IV, titulo L, § 1.º, que declara que a *cousa assi emprestada deve tornar o devedor ao tempo e praso, que lhe for posto, e nao sendo declarado tempo, cada vez que o credor lha pedir, e d'esse tempo fica constituido em mora.*

Se emprestei certa porção de milho ao devedor, que o não tinha, para elle me pagar quando podesse, não posso exigir o pagamento sem o mutuario ter feito a colheita d'este cereal.

O fôro é tambem pago no tempo e no logar convencionados, artigo 1660.º O tempo para o pagamento é no fim do anno, sendo a pensão em dinheiro, ou no fim da colheita, sendo em fructos. O logar

do pagamento será em casa do senhorio, se morar na parochia ou ahi tiver procurador, alias em casa do emphyteuta, artigo 1661.º E esta doutrina é applicavel tanto aos emprazamentos de futuro, como aos de preterito, artigo 1694.º

O deposito, na falta de convenção em contrario, deve ser entregue no logar onde foi feito, artigo 1447.º, isto é, onde existia no tempo do contrato, e não onde existia no tempo da entrega, para evitar que o depositario prejudicasse o depositante entregando-lhe a cousa em sitio afastado, obrigando-o assim ás despezas de transporte, que são por conta d'elle, artigo 1450.º

A restituição do emprestimo é feita tambem no logar convencionado. Na falta de convenção, se o mutuo é de generos, é feito no logar onde estes tiverem sido recebidos; se é de dinheiro, no domicilio do mutuante, artigo 1529.º A rasão do preceituado no artigo 1529.º é o presumir-se que fôra esta a intenção das partes.

Na compra e venda, não se ajustando o tempo e o logar do pagamento do preço, ha de pagar-se no tempo e no logar da entrega da cousa vendida, artigo 1583.º § 1.º, tambem pela vontade presumida das partes.

Dizem porém os commentadores ao artigo 1651.º do codigo civil francez, e ao artigo 1429.º do projecto de codigo civil hespanhol, dos quaes é traducção fiel o § 1.º do artigo 1583.º, que o principio do pagamento do preço no logar da entrega da cousa vendida é applicavel só ás vendas de contado, porque nas vendas a praso ha de observar-se a mesma regra que se acha consignada no artigo 739.º e seguintes do nosso codigo, pagando-se no domicilio do devedor, salvo se a prestação consistir em objecto movel determinado, o que só por excepção rarissima póde acontecer, porque então será feito o pagamento no logar onde existisse o objecto ao tempo do contrato.

E pelo nosso codigo commercial assim é. Em accordão de 4 de fevereiro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 21, 3.º anno, julgou a relação de Lisboa que em duvida precede a regra estabelecida no artigo 873.º do codigo commercial, de que o pagamento se faz no domicilio do devedor, sem embargo do disposto na segunda parte do artigo 490.º do mesmo codigo, que evidentemente se refere ás vendas feitas a prompto pagamento.

Em virtude do mesmo principio, a cousa legada é entregue no logar e no estado em que estiver ao tempo da morte do testador, artigo 1843.º, porque a morte do testador é nas disposições de ultima vontade o que é a consummação do contrato nos actos entre vivos. A morte fixa a epocha da transmissão dos direitos, e por isso os devedores dos legados, que devem entrega-los no estado em que se achavam ao tempo da morte do auctor da herança, respondem pelas deteriorações supervenientes por culpa sua.

Ha apenas uma especialidade n'esta materia de legados com relação ao logar da entrega, que é o caso de serem os objectos legados — dinheiro, joias ou valores representados por titulos de qualquer especie, que hão de ser entregues no logar da abertura da herança, o qual se acha regulado no artigo 2009.º

O legado é entregue com os seus accessorios, porque o accessorio segue o principal. Assim, com uma fabrica entregam-se todos os utensilios, e objectos que n'ella se acham, e são necessarios á exploração. Deve estremar-se bem o que são accessorios ou bemfeitorias no predio legado do que são novas acquisições posteriores ao testamento, porque estas já não pertencem ao legatario, artigo 1844.º

O codigo, regulando as condições do *tempo* e do *logar* da prestação, nada providenceia quanto á *fórma* do pagamento.



A *fórma* do pagamento ha de deduzir-se das estipulações do contrato ou da natureza da prestação. Quando a fórma da prestação for julgada por sentença, não póde ser substituida por outra fórma de pagamento sem consentimento do credor, aliás haveria excesso no modo da execução: assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 2 de agosto de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 185, de 20 do mesmo mez e anno.

Art. 740.º O praso para o pagamento sempre se presume estipulado a favor do devedor, excepto se dos proprios termos do contrato, ou das circumstancias que o acompanharem, se deprehender que a estipulação do praso tambem foi feita a favor do credor.

O praso é estabelecido em favor do devedor para elle poder no intervallo obter os meios de pagamento. Mas por isso mesmo que o praso é estabelecido em favor do devedor, tem este a faculdade de pagar antes do vencimento, sem que o credor possa recusar-lhe o recebimento da cousa devida.

Dos *termos* do contrato póde deprehender-se que o praso foi estabelecido em favor do credor, como se empresto um capital a juros, com a clausula de que não devo ser reembolsado antes de tres annos, ou de que não posso ser obrigado ao reembolso sem preceder aviso de tres mezes. Esta clausula é evidentemente estabelecida em favor do credor, para n'este intervallo poder pensar na collocação do seu dinheiro.

Diz porém Goyena, nas suas observações ao artigo 1047.º do projecto de codigo civil hespanhol, que mesmo esta clausula não obsta a que o devedor embolse o credor pagando os juros do tempo intermedio.

Até das *circumstancias* do contrato póde deprehender-se que o praso foi estabelecido em favor do credor, como se comprei uma junta de bois para os vender na feira de S. João, com a condição de m'os entregarem na vespera da feira. Não posso ser compellido a recebe-los antes d'este dia, porque o praso foi evidentemente marcado no intuito de evitar ao comprador as despezas do sustento dos animaes até ao dia da feira.

Art. 741.º O cumprimento da obrigação, aindaque tenha praso estabelecido, torna-se exigivel fallindo o devedor, ou se, por facto d'elle, diminuiram as seguranças, que no contrato haviam sido estipuladas a favor do credor.

(Vid. artigos 825.º, 844.º n.º 2.º, 860.º n.º 4.º, 901.º, 926.º § 1.º e 1024.º) Se o devedor *fallir* torna-se logo exigivel a divida, porque nem o emprestimo, nem o termo seria concedido ao devedor sem haver confiança na sua solvabilidade. Desde que a solvabilidade acabou, o termo não tem rasão de ser. Alem d'isso é urgente para o credor o fazer-se pagar em concorrencia com os outros credores, aliás correria o risco de não achar depois por onde pagar-se no vencimento do praso.

Os creditos hypothecarios são igualmente exigiveis pela fallencia do devedor, aindaque os representantes da massa se prestem e queiram continuar a pagar os juros e amortisação.

Se fallir um dos devedores solidarios, comquanto a este não aproveite o beneficio do termo, gosarão d'elle os outros, sem obrigação de

darem fiador em logar do fallido, pela regra: *Nemo ex alterius facto praegravari debet.*

Pela mesma rasão, se o fiador prestado mudar de fortuna, de fórma que haja risco de insolvencia, poderá o credor exigir outro fiador, artigo 825.º, porque o credor, contratando sob a base da fiança, não ha de ficar reduzido a ter um só obrigado, quando contratou sob a condição de ter dois.

O codigo civil francez e o projecto de codigo civil hespanhol exceptuavam da regra estabelecida no artigo 825.º o caso de ter sido escolhido o fiador pelo credor, porque então era o credor responsavel, em virtude da escolha feita, pela mudança que occorresse na fortuna do fiador; excepção esta que foi adoptada pelo sr. Seabra no projecto primitivo, artigo 924.º, correspondente ao artigo 825.º do codigo.

Eliminando porém a commissão revisora o final d'aquelle artigo, que continha a referida excepção, manteve em toda a sua generalidade o preceito de que a insolvabilidade do fiador, ou a escolha d'este, tenha sido feita pelo devedor ou pelo credor, ou por terceiro, obriga a nova fiança.

Pela mesma rasão, se o devedor decair de fortuna, de modo que ha risco de insolvencia, póde o fiador, ainda antes de haver pago, exigir que elle pague a divida ou o desonere da fiança, artigo 844.º n.º 2.º, porque não póde negar-se-lhe o direito de tomar as precauções e medidas necessarias para evitar quaesquer prejuizos.

A segunda parte d'este artigo 741.º está em visivel contradicção com o disposto nos artigos 860.º n.º 4.º e 901.º; contradicção que aliás se manifesta sob dois aspectos.

Em primeiro logar ao passo que o artigo 741.º declara pura e absolutamente que se torna exigivel a divida diminuindo por facto do devedor as seguranças que a garantiam; o artigo 860.º n.º 4.º, para o caso de se perder ou diminuir o penhor, dá ao credor acção *alternativa*, ou para pedir novo penhor (no que deve comprehender-se o pedido de reforço de penhor), ou para exigir a divida; e o artigo 901.º dá acção *subsidiaria* para pedir a divida quando o devedor não reforce.

Conseguintemente, quando as seguranças forem de penhor ou de hypotheca não se torna exigivel a divida pelo simples facto de diminuirem essas seguranças, como dispõe o artigo 741.º, se não acresce a recusa do devedor em reforça-las, como dispõem os artigos 860.º n.º 4.º e 901.º

Por outro lado se manifesta a contradicção entre o artigo 741.º e os artigos 860.º n.º 4.º e 901.º

O artigo 741.º só torna exigivel o cumprimento da obrigação pela diminuição das seguranças quando a diminuição teve logar por culpa do devedor, como se elle incendiou o edificio que o tornava soluvel, mas não se a perda do edificio foi consequencia de facto de terceiro, como se outrem o incendiou, ou resultado de força maior.

O artigo 901.º, pelo contrario, torna exigivel o cumprimento da obrigação no caso de recusa do devedor a reforçar a hypotheca, quando o predio hypothecado diminuiu de valor, *qualquer* que fosse o *motivo* d'essa diminuição, isto é, ou a causa da diminuição proviesse do devedor, ou de terceiro, ou de força maior.

O artigo 861.º n.º 4.º, sem ser tão expresso como o artigo 901.º, é todavia sufficientemente claro para mostrar que o credor pignoraticio, sempre que o penhor diminua ou se perca, póde exigir novo penhor, ou o cumprimento da obrigação, ou essa diminuição ou perda proviesse de facto do devedor, ou de terceiro, ou de força maior: comtanto que não proviesse, segundo julgâmos, de facto do credor, porque ninguem deve lucrar com o seu dolo, excepção esta que deve abranger mesmo a hypothese de não ser pignoraticia, mas hypothecaria a segurança da divida, sem embargo da redacção do artigo 904.º



Dispondo pois o artigo 741.º que a diminuição das *seguranças* da divida, mas só a diminuição proveniente de facto do devedor, torna exigivel o cumprimento da obrigação; e mostrando-se dos artigos 860.º n.º 4.º e 901.º que a diminuição das seguranças, não só a proveniente de facto do devedor, mas a proveniente de qualquer outro motivo que não seja facto do credor, não torna absoluta e puramente exigivel o cumprimento da obrigação, e apenas dá, na segurança pignoraticia, a alternativa para exigir novo penhor ou o cumprimento da obrigação, e na segurança hypothecaria a acção subsidiaria, para reclamar o cumprimento da obrigação no caso de recusa do devedor a reforçar a hypotheca, qual das duas disposições ha de prevalecer: a do artigo 741.º, ou a dos artigos 860.º n.º 4.º e 901.º?

Nas especies do penhor e da hyoptheca ha de prevalecer a disposição d'estes dois artigos, que regulam especial e determinadamente as hypotheses a que respeitam, sobre a prescripção do artigo 741.º, que estabelece apenas uma regra geral, sem determinar nenhum dos casos especiaes a que ella é applicavel.

Com o disposto no artigo 901.º concorda ainda o preceito do § 1.º do artigo 926.º, que tambem permitte á mulher dotada, ou áquelles que a dotaram, o pedir o reforço da hypotheca ao dote, quando esta se tornar *por qualquer motivo* inefficaz.

O regulamento de 28 de abril de 1870 regula no artigo 75.º o processo que o credor tem a seguir para exigir o reforço da hypotheca, quando esta se torne insufficiente.

Nos termos d'este artigo do regulamento e seus paragraphos ha de o credor, deduzindo as rasões por que a hypotheca se tornou insufficiente, requerer ao juiz de direito respectivo que o devedor a reforce até onde o exigir a segurança da divida; e o juiz, ouvida a parte em um termo, e mandando, no caso de contestação, avaliar o predio hypothecado, se tanto for preciso, decidirá como for de justiça, com recurso de aggravo para a relação respectiva, de cujo accordão não ha recurso.

O juiz, na sua decisão, deverá fixar sempre o praso, dentro do qual o devedor ha de reforçar a hypotheca, para que passado o mesmo praso sem ser cumprida a decisão, possa o credor usar do direito que lhe concede o artigo 901.º do codigo. Na primeira instancia será este processo distribuido por fóra da audiencia, como os orphanologicos.

O projecto de codigo de processo marca nos artigos 243.º e 244.º os termos a seguir para o reforço da hypotheca, quando esta se torne insufficiente.

A expropriação torna tambem exigiveis desde logo todas as obrigações que oneram o predio expropriado, artigo 1024.º, porque acaba a garantia sobre a qual os credores tinham seguro o seu direito.

Deve notar-se que a rescisão do contrato do mutuo não póde invocar-se com fundamento no artigo 741.º do codigo pelo simples facto de ter o devedor outras dividas anteriores ao contrato, e assim o decidiu a relação de Lisboa em accordão de 4 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito* n.º 10, 2.º anno.

A verdade é que o contrato do mutuo não póde ser rescindido com fundamento no artigo 741.º, pelo facto de ter o mutuario contrahido outras dividas, antes ou depois da celebração do emprestimo, ou por se collocar em circumstancias que tornem arriscado o pensamento,

Salvo o caso de fallencia, não póde ser exigido do devedor o pagamento do mutuo senão quando *por facto d'elle* diminuiram as seguranças especiaes, *ajustadas a favor do credor*.

Convem igualmente notar que o codigo emprega a palavra «*insolvencia*», de que usa nos artigos 825.°, 1033.°, 1036.°, 1043.°, 1045.°, 1363.° n.° 4.° e n'outros, n'um sentido mais amplo do que a palavra fallencia, ou quebra, de que usa no artigo 741.°, e no n.° 3.° do artigo 1381.° A insolvencia é não só a fallencia em materia commercial, mas a insolvabilidade nas dividas civis.

Art. 742.° Nas dividas, que têem de ser pagas em prestações, a falta de pagamento de uma d'estas dá ao credor o direito de exigir o pagamento de todas as que ainda se devem.

O devedor que falta ao estipulado no contrato, deixando de pagar alguma prestação no seu vencimento, ou revela má fé, por não cumprir as suas obrigações, ou induz suspeitas de insolvabilidade, que legitimam o pedido de todas as prestações a vencer.

Se a divida anterior tiver sido reduzida para o effeito do pagamento em prestações, nem por isso, faltando o pagamento de alguma d'estas, revive a antiga obrigação, como succederia se se verificasse a hypothese prevista no artigo 813.°, porque a novação não foi *nulla* pelo facto de não ser cumprida. Demais, não póde reviver o que foi extincto; e, sempre que o devedor contrahe para com o credor uma nova divida em logar da antiga, fica esta extincta, artigo 802.° n.° 1.°

Art. 743.° Se o tempo da prestação não for determinado, será esta feita quando o credor a exigir, salvo o lapso do tempo, dependente da natureza do contrato.

§ unico. Se o tempo da prestação foi deixado na possibilidade do devedor, não póde o credor exigi-la forçadamente, excepto provando a dita possibilidade.

Art. 744.° Se o logar da prestação se não achar designado, e a dita prestação consistir em objecto movel determinado, deverá ser feita no logar onde esse objecto existir no tempo do contrato. Em qualquer outro caso será feita no logar do domicilio do devedor.

§ unico. Se, depois do contrato, o devedor mudar de domicilio, deve indemnisar o credor das despezas que fizer de mais por causa d'essa mudança.

(Vid. nota ao artigo 739.°)

Art. 745.° A entrega dos immoveis tem-se por feita com a entrega dos respectivos titulos.

(Vid. artigos 1571.° e 1821.°) Não é só com relação aos immoveis, mas tambem com relação aos direitos, artigo 1571.°, que a entrega se reputa feita com a entrega dos respectivos titulos.

Confrontando porém o artigo 745.° com o artigo 1571.°, conhece-se que para se verificar a entrega da cousa, ou se trate de bens immoveis ou de direitos, não basta a *entrega dos titulos*: é necessario alem d'isso *abandonar o uso da cousa ou do direito* ao adquirente.



Não será preciso praticar nenhum outro facto *positivo*, alem da entrega dos titulos. Mas tambem não basta a simples tradição do titulo por exemplo, das casas, ou da servidão, que vendi, para constituir a entrega. É preciso, alem d'isso, que eu não obste á entrada do comprador nas casas, para elle tomar conta d'ellas, e que eu lhe *consinta* a passagem pelo predio, onde se constituiu a servidão, ou o goso da servidão constituida.

Tanto nos direitos como nos immoveis não póde haver tradição *real*, isto é, entrega manual da cousa feita pelo vendedor ao comprador. Usa-se a fórma da tradição symbolica.

O codigo francez contenta-se, para a tradição dos direitos, com um dos dois requisitos que o nosso codigo exige simultaneamente, ou a *entrega* dos titulos, ou o *uso* da cousa pelo comprador.

Esta *entrega*, porém, não é o mesmo que a *posse*, constituida pelo registo, de que havemos de fallar no artigo 953.° Para transferir a posse nos immoveis basta o registo da transmissão, artigo 953.°

O herdeiro é que satisfaz, entregando simplesmente os respectivos titulos, quando o testador legar algum credito, quer contra terceiro, quer contra o proprio legatario, ou der a este quitação da divida, artigo 1821.°

Se o testador lega a Pedro a divida de 1:000$000 réis, que Paulo lhe deve, não é o herdeiro obrigado a fazer a cobrança da divida, nem para isso é pessoa competente; póde limitar-se, e esse é o seu dever, a entregar a Pedro a escriptura ou qualquer outro titulo da divida, para elle haver o legado.

O legatario porém apenas tem direito a receber a parte do credito ou da divida que estiver em ser ao tempo da morte do testador, salvo se a diminuição ou extincção do credito provier de compensação, porque n'esse caso o legatario tem direito a haver do herdeiro o valor da parte compensada.

O artigo 1821.°, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido todo de novo pela commissão revisora, contém alguns preceitos para os quaes não ha explicação plausivel.

Em primeiro logar, fallando-se de credito legado contra o *proprio* legatario, escusado era fallar de quitação da divida ao mesmo legatario. Tanto vale legar o testador a Pedro 1:000$000 réis, que este lhe devia, como dar-lhe quitação da divida.

Em segundo logar, se é nullo o legado da divida extincta, porque esta já não *existe*, e não póde ser objecto de legado o que não existe, tambem não existe a divida compensada, porque a compensação opera os seus effeitos *ipso jure*, artigo 768.°; e não devia por isso valer o legado da divida compensada.

No entretanto as disposições do artigo são claras, ainda que não haja rasões plausiveis para as fundamentar.

Art. 746.° As despezas da entrega são por conta do devedor, se outra cousa não foi estipulada.

(Vid. artigos 764.°, 1552.°, 1570.° e 1842.°) Como o devedor não póde desempenhar-se da sua obrigação sem entregar a cousa, fica a cargo d'elle a despeza necessaria para a transportar ao logar onde ella deve ser entregue.

Por esta rasão as despezas da *entrega* da cousa comprada são por conta do vendedor, artigo 1570.°, porque o vendedor é o *devedor* da cousa, e, como é obrigado a entrega-la, deve supportar os gastos ne-

cessarios para o cumprimento da sua obrigação. Nas cousas vendidas por conta, peso ou medida não ha *entrega* emquanto se não medem, contam ou pesam, e por isso são igualmente de conta do vendedor as despezas annexas a este serviço.

Mas tambem feita a *entrega*, de modo que o comprador ache a cousa no logar convencionado e possa tira-la quando quizer, expiraram todas as obrigações do vendedor, sendo de conta do comprador quaesquer outras despezas de mudança e transporte da cousa.

Ainda pelo mesmo principio são de conta do comprador as despezas com a escriptura de venda e com o registo de transmissão, havendo-as, e salva declaração em contrario, artigo 1552.º; porque, comquanto o vendedor e o comprador sejam reciprocamente devedores um do outro, é o comprador quem deve o *preço*, e portanto quem é considerado *principalmente* como devedor, e sujeito por isso á regra estabelecida no artigo 746.º

Alem de que as despezas da *escriptura* aproveitam principalmente ao comprador, porque a escriptura é o titulo do seu dominio sobre a cousa, e ás vezes tambem a quitação do seu encargo, representando o pagamento do preço. As despezas do *registo* só ao comprador aproveitam, para o premunir contra qualquer fraude do vendedor, e garantindo o seu direito com relação a terceiros, artigos 949.º e 1549.º

O registo só tem logar, mas é indispensavel, para garantia dos direitos do comprador com relação a terceiro, nas transmissões de bens immobiliarios, qualquer que seja o seu valor. A escriptura publica só é necessaria nas vendas e trocas de bens de raiz, quando os bens transmittidos excedem o valor de 50$000 réis.

Porém nas vendas inferiores a este preço, realisadas por escripto particular, se for necessario pagar o seu trabalho ao auctor do escripto particular, devem pesar sobre o comprador estas despezas bem como os encargos com o sêllo do documento, por analogia do disposto relativamente á escriptura.

Na troca as despezas do registo são feitas por cada um dos permutantes, registando cada um á sua custa o predio adquirido pelo contrato de escambo; e as despezas de escriptura, salvo convenção em contrario, devem ser pagas tambem ao meio.

A contribuição de registo devida pela transmissão de bens immobiliarios pesa sobre o vendedor ou sobre o comprador? A disposição do artigo 1552.º não se refere de certo a este encargo, annexo á venda. As despezas de escriptura são os salarios judiciaes devidos ao tabellião, nos termos da respectiva tabella, pela feitura d'este acto, e que variam conforme a escriptura é feita de dia ou de noite, e no cartorio ou fóra do cartorio do tabellião, etc. Mas a contribuição de registo, comquanto seja encargo annexo ao *acto* da transmissão, não é parte do *titulo* ou escriptura de venda.

Portanto continuam em vigor a este respeito as disposições das leis fiscaes, sendo a contribuição de registo nas arrematações e adjudicações pelo executado, arrematante ou adjudicatorio nas trocas devida por ambos os permutantes, cada um com relação ao valor total nos termos do regulamento de 30 de junho de 1870, e nas vendas devida pelo comprador, porque é para elle que passam os bens, artigo 11.º da lei de 30 de junho de 1860, e argumento do artigo 4.º da lei de 31 de agosto de 1869.

Tambem deve ser da obrigação do comprador, como despeza de escriptura, o pagamento do sêllo proporcional ao valor do preço que é devido pela quitação concedida ao comprador no acto da venda.

Sobre a obrigação de pagar o imposto de sêllo pela quitação do preço nas escripturas de venda levantaram-se ao principio grandes duvidas em presença da escuridade da legislação vigente.



A lei de 1 de julho de 1867, tabella n.º 2, n.º 1.º, dizia: «Recibos entre particulares, facturas com quitação de qualquer natureza e proveniencia, cheques ou ordens sobre banqueiros com designação de pessoa certa a favor de quem forem passados, vales e ordens do correio, titulos de mutuo, *quitação por escriptura ou por escripto particular*, letras e ordens á vista e até oito dias de praso, etc.», e portanto obrigava evidentemente ao imposto de sêllo nas escripturas publicas ou particulares de quitação.

Mas em presença da lei a opinião effectivamente mais rasoavel era que ficavam sujeitas ao sêllo, proporcional ao valor, unicamente as escripturas ou escriptos particulares de quitação, em que a quitação era o seu unico ou principal objecto, e que as quitações, dadas nas escripturas de qualquer contrato em que a quitação era accessorio, *verbi gratia*, a quitação do preço na escriptura de compra, a do laudemio e dos fóros na venda de um prazo, etc., não estavam sujeitos a este sêllo.

O regulamento porém para a execução d'esta lei, datado de 4 de setembro do mesmo anno, na tabella 2.ª, n.º 1.º, dispoz o seguinte: «Recibos entre particulares, facturas com quitação de qualquer natureza ou proveniencia, cheques ou ordens sobre banqueiros com designação de pessoa certa a favor de quem forem passados os vales e ordens de correio, titulos de mutuo, *quitação por escriptura ou escripto particular, ainda mesmo sendo objecto secundario, incidente ou accessorio da escriptura ou escripto particular*, letras e ordens, etc.

Em vista da disposição d'este regulamento, que apparece depois reproduzida textualmente no regulamento de 2 de outubro de 1869, declarou o governo por despacho de 30 de maio de 1868, que mesmo pela quitação do preço nos contratos de compra e venda se devia o imposto de sêllo, comquanto a quitação não fosse o objecto essencial do contrato, e viesse ali apenas por incidente.

É duro que o comprador seja obrigado não só ao pagamento da contribuição de registo, imposto de si já elevado, senão tambem ainda ao imposto de sêllo que, demais, se não exige nas outras transmissões a titulo oneroso, como troca, aforamento, etc., em que não corre dinheiro.

A determinação do preço é elemento *essencial* da compra e venda, e portanto a quitação relativa a esse elemento não póde considerar-se um *incidente* ou *accessorio*. A declaração na escriptura de «*preço recebido*» é concomitante e complemento d'aquelle elemento essencial.

Se o preço fica em divida, e a quitação se dá depois por escriptura separada, deve-se realmente o imposto, porque a quitação é o unico objecto da escriptura. Se o senhorio directo, assistindo á venda do prazo, renuncia ao direito de opção, e na propria escriptura de venda dá quitação do laudemio, como esta quitação não se refere a um elemento *essencial* do contrato de venda, mas é apenas um *incidente*, deve-se o imposto do sêllo proporcional ao valor do laudemio. Porém pela quitação do preço nenhum imposto do sêllo deveria pagar-se.

Todavia esta é a disposição da lei, segundo a interpretação que lhe foi dada pelos poderes publicos, e interpretação que nos parece a melhor, tratando-se, como se trata, *de jure constituto*.

Deve notar-se que a falta de sêllo nos titulos de quitação não é punida com multa para os interessados, mas sim com a pena de nullidade para os documentos, como determina expressamente o § 3.º do artigo 82.º do regulamento de 2 de dezembro de 1869.

Em virtude d'estes mesmos principios consignados no artigo as despezas com mandados, precatorios, e quaesquer outras relativas aos levantamentos de dinheiros existentes na arca dos orphãos, para satisfazer as dividas passivas d'estes, hão de ser pagas, não pelos credores, mas pelos orphãos, por cuja conta, como devedores, devem correr as despezas necessarias para effectuar o pagamento que extingue a obrigação.

A regra é que as despezas são feitas por aquelle a quem aproveitam, ou por aquelle que dá causa a ellas.

É por isso que as despezas feitas com a consignação em deposito são por conta do credor, artigo 764.º, porque o credor as provoca pela sua injusta resistencia em aceitar o pagamento. Pela mesma rasão, quando ha opposição por parte do credor, e o juiz julga justa essa opposição, e que não tem logar o deposito, são por conta do devedor as despezas, porque foi sua a culpa.

As despezas da entrega do legado são por conta da herança, artigo 1842.º, porque o herdeiro é considerado devedor, e as despezas da entrega da cousa são por conta do devedor, artigo 746.º, sem offensa porém da porção devida aos herdeiros legitimarios.

Mas o pagamento da contribuição de registo, quando for devida nos termos da lei de 31 de agosto de 1869 e do regulamento de 30 de junho de 1870, e as despezas com o registo da transmissão na conservatoria para satisfazer ao disposto nos artigos 949.º n.º 4.º e 1722.º, quando tiverem logar, são a cargo do legatario, porque são devidas em virtude da transmissão operada a seu favor.

Pelo codigo commercial, artigo 467.º, tambem as despezas do instrumento e mais accessorios da venda se fazem por conta do comprador.

## SECÇÃO VI

### DAS PESSOAS QUE PODEM FAZER A PRESTAÇÃO, E DAS PESSOAS A QUEM DEVE SER FEITA

Art. 747.º A prestação póde ser feita pelo proprio devedor e pelos seus representantes, ou por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada n'ella. Mas, n'este ultimo caso, sendo feita sem o consentimento do devedor, não fica este obrigado a cousa alguma para com a pessoa que por elle tiver feito a prestação, excepto achando-se ausente, e se receber com isso manifesto proveito.

§ unico. O credor não póde comtudo ser constrangido a receber de terceiro a prestação, havendo no contrato declaração expressa em contrario, ou se com isso for prejudicado.

(Vid. artigos 777.º a 781.º, 785.º, 793.º, 804.º, 839.º, 845.º, 853.º e 2161.º) Na prestação tanto de cousas como de serviços ha que attender: 1.º, á pessoa a quem se deve a prestação; 2.º, á pessoa que a deve; 3.º, á pessoa que a faz. Com relação á pessoa que a faz é que o assumpto é de mais elevada importancia, e que os direitos variam profundamente, segundo esta pessoa é ou não interessada na prestação.

A prestação póde ser paga pelo devedor, ou pelos seus successores, ou por qualquer fiador e interessado na extincção da divida. Até o não interessado póde pagar, declarando que faz o pagamento em nome



do devedor, e para o exonerar. Se o terceiro pagasse em seu nome, julgando ser o devedor, seria nullo o pagamento, podendo repetir-se o indevidamente pago, e não ficaria exonerado o devedor verdadeiro.

Ainda que em regra quem deve é quem paga ou quem tem obrigação de pagar, como o que o credor quer é ser pago, e o devedor exonerar-se da divida com vantagem, póde em regra um terceiro pagar pelo devedor.

A maior differença entre o pagamento feito pelo interessado e o pagamento feito pelo não interessado é que este não fica subrogado nos direitos do credor. Assim, não póde prevalecer-se dos privilegios e das hypothecas que porventura assegurassem a divida primitiva, que pela prestação ficou extincta. A acção, que tem para exigir do devedor o que por elle pagou, não nasce da obrigação primitiva, é uma acção nova que deriva do facto da gestão de negocios.

O proprio devedor solidario que pagou a divida toda não fica subrogado nos direitos do credor, porque a subrogação só se dá quando qualquer paga por outro, e o devedor solidario não paga por outro, paga por si, como condição da solidariedade; e por isso só tem contra os comdevedores o direito de exigir de cada um a sua parte. É o que resulta tambem do disposto nos artigos 808.º e seguintes.

A subrogação significa apenas a *mudança* de credor, sem a extincção da divida. A subrogação póde ser legal ou convencional; isto é, resultar ou só da disposição da lei, ou de accordo entre o subrogado e o credor, ou entre o subrogado e o devedor.

É *legal* a subrogação quando o pagamento é feito por algum *interessado* na extincção da divida, como pelo fiador, pelo comprador do immovel onerado com hypotheca, pelo credor em segunda linha ao que tem melhor hypotheca, ou privilegios, etc.

O artigo 839.º estabelece claramente esta doutrina com relação ao fiador, com a unica modificação de que se o fiador em transacção com o credor pagou menos do que a divida, não tem direito a exigir do devedor mais do que realmente desembolsou, salvo se o abatimento feito pelo credor foi a titulo de doação ao fiador.

Assim como é justo que o fiador tenha indemnisação completa, é tambem de equidade que elle não se locuplete á sombra da fiança só pela disposição da lei, sem que o credor lhe ceda o resto a titulo de doação.

E se o que o fiador desembolsou é mais do que a divida? Não tem direito a exigir o excesso do devedor, porque este era obrigado estrictamente á divida. Soffra o fiador as consequencias da especie de doação, que fez, pagando mais do que a divida.

Como a subrogação do fiador nos direitos do credor resulta das disposições da lei, se não poder realisar-se por culpa do credor fica exonerado o fiador, artigo 853.º, que não ha de sujeitar-se a uma condição peior por culpa alheia, como se o credor perdeu o direito hypothecario por negligencia no registo, se deixou cortar uma floresta hypothecada em garantia da divida, se não interpoz recurso de uma sentença que declarou perdido o privilegio de que gosava, etc.

É justo que o credor, que por facto seu deixou perder as garantias que tinha contra o devedor, não possa compellir a caução, a quem devia transmittir essas garantias, a supportar as consequencias da sua culpa.

Se porém havia mais de um fiador, e algum d'elles pagar, sem o devedor estar fallido, ou sem lhe ter sido judicialmente pedido o pagamento, não fica subrogado nos direitos do credor, artigo 845.º, sendo assim a provisão do artigo 845.º uma excepção ao disposto nos artigos 779.º e 839.º

O fiador, que pagou a divida, exonerou os comfiadores de um encargo, que lhes era commum, e por isso tem direito a exigir que elles supportem o onus na sua parte proporcional.

Como, porém, não deve ficar ao arbitrio de qualquer fiador o usar da acção contra os comfiadores, constituindo-se seu credor, só se lhe concede esta faculdade nos dois unicos casos de ter sido demandado judicialmente, ou de ter sido declarado em fallencia o devedor.

Fóra d'aquelles dois casos marcados no § 2.º do artigo, o fiador que pagou a divida na sua totalidade, ou, por analogia, em proporção maior do que lhe competia, não póde exigir dos comfiadores a importancia da divida ou do excesso; o que é excepção, como já dissemos, ao principio da subrogação consignado no artigo 779.º, em virtude do qual o fiador que fez o pagamento fica subrogado nos direitos do credor.

Se porém elle pagou só a sua quota parte, ha de ser-lhe depois levada em conta, porque manifestou desejos apenas de libertar-se, e não de tomar a posição de credor dos comfiadores, cessando assim a rasão porque elle, fóra dos casos taxativamente marcados no § 2.º do artigo, pagando alem da sua quota, não póde exigir dos comfiadores o excesso.

Se um dos fiadores é insolvente recairá a sua quota sobre todos os outros proporcionalmente. Por exemplo, sendo cinco os fiadores, e de 1:000$000 réis o valor da fiança, cabe a cada um 200$000 réis. Se porém um se torna insolvente recae sobre os outros a quota d'elle, e paga cada um 250$000 réis. Nas partilhas tambem o evicto tem direito a ser indemnisado pelos co-herdeiros na proporção das suas quotas, deduzindo sempre a quota do evicto para estabelecer a perfeita igualdade, artigo 2161.º

Na hypothese dada, sendo o evicto um dos co-herdeiros no valor de 200$000 réis, cada um dos outros quatro lhe pagaria 40$000 réis, e não 50$000 réis, aliás ficaria elle mais favorecido que os outros. Supponhamos porém que um d'elles era insolvente; responderiam então todos por elle, concorrendo cada um com a quota de 50$000 réis.

É tambem *legal* a subrogação quando o devedor pede a terceiro uma quantia para pagar a divida, e effectivamente a paga com essa quantia. O terceiro fica subrogado nos direitos do credor, independentemente da vontade d'este, com a condição de que o acto do emprestimo conste de documento authentico, e de que se declare no documento que o dinheiro emprestado foi destinado para effectuar o pagamento.

O documento authentico exige-se para prevenir a fraude e constatar que a subrogação não é posterior ao pagamento, com o fim de dar os direitos do credito extincto ao novo credor, em prejuizo dos credores anteriores. Os outros credores não podem queixar-se, porque o dinheiro não foi pedido senão para pagar ao credor, que lhes preferia. Sem este emprestimo não teria sido pago o credor, e teria continuado a manter a sua prefereneia.

Se fica subrogado no logar d'este credor o que emprestou o dinheiro para se lhe pagar, não soffreram modificação os direitos dos outros credores, e por isso não podem queixar-se da subrogação.

Se porém o emprestimo, feito por terceiro, é mais oneroso do que a divida que elle paga, não póde o novo credor prejudicar os outros credores n'este *excesso* de onus.

Supponhamos a hypothese de haver dois credores hypothecarios, A e B, collocado aquelle em primeira linha, e este em segunda; que o credito de A vencia juro de 5 por cento, e que C emprestou ao devedor, a 10 por cento, as quantias precisas para pagar a A; não fica



subrogado no credito de A com prejuizo dos credores inscriptos senão pelo capital respectivo e pelo juro de 5 por cento.

Rasão de queixa teriam estes, tambem em vista do codigo, se o devedor, pagando com outro dinheiro a divida, e destinando para fim diverso o dinheiro emprestado, substituisse ao credor pago o que lhe tivesse emprestado o dinheiro.

É para evitar esta fraude que se exigem para a subrogação as condições prescriptas no artigo 780.º; e outros codigos levam as suas cautelas até ao ponto de exigirem que na quitação dada pelo credor se declare expressamente que o dinheiro para o pagamento foi fornecido pelo novo credor.

E talvez que o nosso codigo exija implicitamente esta condição, vistoque é necessario provar que a divida foi paga effectivamente com o dinheiro para esse fim emprestado pelo novo credor.

A especie porém contida no artigo 780.º é verdadeira excepção ao principio geral de que o emprestimo, feito por terceiro ao devedor para este pagar a divida, não importa subrogação de credito. Em verdade, a divida extinguiu-se em consequencia de ter o devedor quem lhe emprestasse o dinheiro para a paga, e caducaram assim os direitos do credor, porque o que forneceu o dinheiro é um novo credor, que contrahiu uma nova relação juridica com o devedor inteiramente distincta da primeira.

A subrogação é *convencional*, ou quando o subrogado paga com consentimento expresso ou tacito do devedor, independentemente do consentimento do credor, artigo 778.º, ou quando o credor cede ou subroga os seus direitos a quem lhe paga, comtantoque a subrogação seja *expressa*, e feita no *acto* do pagamento, artigo 779.º n.º 2.º

N'este caso a subrogação é, para assim dizer, uma venda que o credor faz de todos os seus direitos, ficando até responsavel para com o que paga pelas consequencias da cedencia, para o caso de se achar insolvente o devedor, etc.

A subrogação deve ser *expressa* na quitação, aliás presume a lei que o terceiro quiz simplesmente exonerar o devedor, sem se collocar no logar do credor; e ser feita no acto do pagamento: 1.º, porque o credor depois do pagamento não póde ceder direitos que não tem, e que o pagamento extinguiu; 2.º, porque era preciso obstar a que se fizesse reviver o credito extincto, com o trespasse dos respectivos direitos em prejuizo de credores anteriores.

Em virtude do codigo acabou a subrogação de que gosava, nos termos do artigo 348.º da novissima reforma judicial, o que pagava em nome de outro divida fiscal á fazenda.

Ainda assim entendem alguns que este preceito da reforma judicial não ficou revogado, visto conter materia fiscal, e não materia civil.

Como na subrogação ha apenas mudança de credor, fica o subrogado com todos os privilegios e garantias a que tinha direito o credor originario. Por isso o novo credor, tendo sido substituido ao antigo em todos os seus direitos, póde persegnir, como elle, o devedor e os fiadores. O mesmo acontece com o cessionario, artigo 793.º

A cessão approxima-se da subrogação emquanto que o credor, que recebe o pagamento, cede os seus direitos em quem lhe pagou, artigo 779.º n.º 2.º, e approxima-se da novação emquanto representa a mudança ou substituição do credor, artigo 802.º n.º 3.º

Distingue-se no entretanto a cessão, por caracteristicos essenciaes, d'aquelles dois modos de extinguir obrigações. Na subrogação adquire os seus direitos o subrogado, porque pagou em vez do devedor, quando na cessão é o credor quem se substitue a si mesmo. Por isso na sub-

rogação ha necessariamente o pagamento da divida, quando a cessão póde ser gratuita. Por esta mesma rasão póde estar sujeita a cessão ás regras geraes da doação, ou da compra e venda, segundo é feita a titulo gratuito ou a titulo oneroso.

Distingue-se tambem a cessão da novação em que na novação não se substitue novo credor ao antigo sem se obrigar para com elle o devedor.

Ás vezes tambem a cessão reveste a fórma do mandato, mas não é d'essa especie que nós aqui tratâmos.

A palavra «*ausente*», empregada n'este artigo 747.º, refere-se só áquelle cuja ausencia está julgada por sentença? Cremos que não. Entendemos que se refere a todo aquelle que está fóra do seu domicilio, aindaque d'elle haja noticias.

Sem consentimento do devedor não póde em regra substituir-se o credor, aliás poderia aquelle correr o risco de ver substituido um credor humano por outro rigoroso e violento. Se porém o devedor estava ausente, e a novação lhe foi vantajosa, como se a divida vencia juros, e o terceiro que a pagou desembolsa o seu dinheiro gratuitamente, é valida a substituição; isto é, a substituição do devedor póde fazer-se, sem consentimento do devedor antigo em todos os casos, em que sem consentimento d'este póde ser feito o pagamento, artigo 804.º

O credor tambem não é obrigado a receber de terceiro, não interessado, o pagamento, se isso é contra as estipulações do contrato, ou recebendo prejuizo com o paganento feito por elle; como se o terceiro quizer o credito sobre aquelle devedor para extinguir por compensação o debito que tem para com elle, etc.

A disposição do § unico do artigo 747.º, que na sua letra é applicavel só á prestação, feita por terceiro, é igualmente applicavel á prestação feita pelo proprio devedor. O credor não póde ser constrangido a receber do proprio devedor a prestação, quando for prejudicado com isso, ou houver no contrato declaração expressa em contrario.

O credor pois que não é obrigado a aceitar a substituição do devedor, artigo 804.º, é todavia obrigado, fóra dos casos marcados no § unico do artigo 747.º, a aceitar sempre o pagamento.

Ás mesmas regras estabelecidas n'este artigo está sujeita a novação por substituição do devedor, com a differença unica de que não póde ter logar *sem consentimento* do credor, aindaque este se não prejudique com a substituição, vistos os expressos termos do artigo 804.º

É preciso não confundir a *novação* com a *subrogação*. Na novação fica inteiramente extincta a divida, cessando todas as garantias e accessorios, artigo 807.º Aindaque se annulle a nova divida não revive a primeira. Na subrogação não ha a extincção da divida propriamente, mas sim e unicamente a mudança de credor.

Assim se eu ajustasse com Paulo o passar o *meu* credito para Pedro, e não o ficar Paulo em *nova* divida para com Pedro, haveria subrogação, e não novação.

Portanto, pela novação extinguem-se todos os accessorios da obrigação, salvo havendo reserva expressa, que, abrangendo terceiro, não póde fazer-se sem o consentimento d'este, artigo 807.º Assim, a fiança á obrigação primitiva acabou pela novação, se não for reservada expressamente com consentimento do fiador.

Art. 748.º A prestação deve ser feita ao proprio credor, ou ao seu legitimo representante.



Art. 749.º A prestação feita a terceiro não extingue a obrigação, excepto:

1.º Se assim foi estipulado ou é consentido pelo credor;

2.º Nos casos em que a lei o determina.

A prestação feita a terceiro, que não ao credor, não extingue a obrigação. É preciso que o pagamento se faça ao proprio credor; e, se este não tiver a livre administração de seus bens, ao seu representante, como ao tutor, ao administrador e ao marido. Ainda que o credor tenha a legitima administração de seus bens, póde fazer-se o pagamento ao seu mandatario, a quem elle deu poderes para a receber.

No entretanto julgâmos valido o pagamento, ainda feito a pessoa incapaz, se reverteu em seu proveito. Nas letras de cambio é frequente o declarar o credor que se pague a terceiro. Nos casos de fallencia determina a lei que se pague á massa, e não ao credor fallido.

Em accordão de 1 de agosto de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno n.º 44, julgou a relação de Lisboa, que se alguem entregar voluntariamente dinheiro a outrem na supposição de que era pessoa legitima e auctorisada para o receber, quando effectivamente o não era, sómente por acção civel póde rehaver esse dinheiro, sendo incompetente o meio de fazer intimar o que recebeu o dinheiro para dentro de vinte e quatro horas entrar com elle em deposito sob pena de desobediencia aos mandados da justiça.

Art. 750.º Sendo diversos os credores, com direito igual a receber a prestação por inteiro, póde o devedor satisfazer a qualquer d'elles, se já não tiver sido requerida judicialmente por outro.

Art. 751.º O credor solidario póde livrar o devedor, tanto pelo pagamento, que este lhe faça da divida, como por compensação, novação ou perdão, salva a sua responsabilidade para com os outros credores.

(Vid. artigos 809.º, 1444.º e 2530.º) A obrigação é *solidaria* quando o total da divida póde ser pedido por cada um dos credores, ou exigido de cada um dos devedores. Os credores solidarios, considerados em relação uns aos outros, são credores cada um apenas pela sua parte, e os devedores igualmente. A solidariedade existe só entre a entidade credor e a entidade devedor, para o effeito de se poder exigir o pagamento total por qualquer dos credores, ou de qualquer dos devedores. Por isso o devedor livra-se da obrigação, pagando a qualquer dos credores, salvo se já tiver sido requerido judicialmente por outro, porque então deve pagar a este, que pelo facto da sua *diligencia* prevenin para assim dizer o direito de occupar a cousa: *Rem occupavit*.

Estas disposições são consequencia dos principios geraes que regem a solidariedade dos credores. Cada um d'elles tem o direito de exigir o cumprimento do contrato. Cada um tem o mesmo direito, e póde tudo o que poderia sendo só: *Ac si solus stipulatus esset*, diz a lei romana.

Estes principios são igualmente applicaveis ás obrigações provenientes de deposito, artigo 1444.º Sendo solidarios os depositantes, ou indivisivel a cousa, póde o depositario entrega-la a qualquer d'elles, se ainda não tiver sido requerida judicialmente a entrega por outro,

assim como cada um d'elles o póde exonerar, tanto pelo pagamento, como por compensação, novação ou perdão, salva a sua responsabilidade para com os outros deportantes.

Alguns codigos, e nomeadamente o francez, não admittem que o perdão feito por um dos credores liberte o devedor com relação aos outros credores, pelo principio de que o credor solidario, como mandatario dos outros, tem o poder de receber para todos, mas não o de doar, senão pela sua parte.

Esta excepção porém é contraria ao principio da solidariedade, a qual importa tambem a confiança reciproca dos credores uns nos outros. Na mão d'elles esteve sempre o exceptuar o perdão, bem como o demandar o devedor, e prevenir as fraudes, quanto mais que a excepção não previne a fraude, porque a doação póde até certo ponto substituir-se por um recibo simulado do devedor e do credor.

Por meio de juramento é que um dos credores solidarios não póde livrar o devedor senão pelo que toca á sua parte, artigo 2530.º Pelo facto de confiar no juramento e na consciencia do devedor um dos credores não se segue que os outros confiem tambem.

Os outros credores solidarios não consentiram em se sujeitar ao que o devedor attestasse debaixo de juramento.

Tinha o credor, que deferiu o juramento, a faculdade de exonerar o devedor por qualquer dos meios estabelecidos no artigo 751.º, mas não podia abandonar a obrigação á consciencia do devedor.

O juramento deferido a um dos devedores solidarios é que aproveita aos outros comdevedores, nos termos que havemos de indicar em as notas aos artigos 2531.º e 2532.º

Mas o credor solidario que livrou o devedor, pelo pagamento, compensação, novação ou perdão, não se livrou a si da responsabilidade para com os outros credores pela extincção da obrigação do devedor. Fica sempre *salva* a sua responsabilidade para com os outros credores, como se diz no final do artigo 751.º

Assim, se A, B e C eram credores solidarios de E, póde um dos credores livrar o devedor por qualquer dos quatro modos acima indicados, mas fica elle responsavel para com os outros credores pelo montante da divida.

Do mesmo modo a novação feita entre o credor e algum dos devedores solidarios exonera os comdevedores, artigo 809.º, mas não exime estes de responsabilidade pela sua quota parte para com o devedor que pela novação extinguiu a anterior obrigação.

Art. 752.º O credor de uma prestação, a que são obrigados solidariamente varios devedores, póde exigi-la de todos conjunctamente ou só de alguns d'elles, sem que o demandado possa implorar o beneficio da divisão.

Art. 753.º O credor, que exigir de algum dos comdevedores solidarios a totalidade ou parte da prestação devida, não fica por isso inhibido de proceder contra os outros, no caso de insolvencia d'aquelle.

Diz-se *beneficio de divisão* aquelle pelo qual o comdevedor, perseguido pela totalidade da divida, póde, offerecendo a sua parte, enviar o credor contra os outros devedores pelo resto do debito.

O beneficio da divisão é uma excepção ao pedido, fundada em que o total da obrigação é devido por differentes pessoas, para que o devedor demandado não seja obrigado a pagar alem da sua quota.



Se porém cada um dos devedores está obrigado pela totalidade da divida, isto é, se cada um é devedor solidario com relação ao credor, claro está que não póde aproveitar-se de um beneficio, contrario á natureza da solidariedade, que dá ao credor o direito de exigir o pagamento total de todos, de alguns, ou de um só dos comdevedores. É assim que o portador da letra de cambio, protestada por falta de pagamento, póde exigir o montante d'ella de qualquer das firmas, sem que o demandado possa oppor-lhe o beneficio da divisão.

No projecto primitivo, artigo (840.º) correspondente ao artigo 752.º do codigo, lia-se em seguida á palavra «*conjunctamente*» as seguintes «*pela sua parte respectiva*», que foram conservadas nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e a final com rasão eliminadas, porque o devedor solidario não póde implorar o beneficio da divisão, ou se lhe peça só a sua respectiva parte, ou a totalidade da divida.

O devedor solidario com relação ao credor, ou seja demandado só ou conjunctamente com os seus comdevedores, deve a divida toda, e não parte d'ella. A divisão é só com relação aos devedores. O credor póde exigir de qualquer dos devedores solidarios ou o montante da divida, ou só parte, pela rasão de que se póde pedir-se o todo, melhor póde pedir-se a parte.

Da redacção do artigo 753.º mostra-se que, demandado um dos devedores pela totalidade ou por parte da divida, já não póde o credor proceder contra os outros senão em caso de insolvencia do demandado. Esta disposição deveria applicar-se só ao caso de ser demandado um pela *totalidade* da divida, e não por parte, poisque seria menos justo privar o credor de demandar livremente os outros devedores solidarios, quando elle demanda um só por *parte*, e não pelo montante do seu credito. Esta é a doutrina que se encontra no artigo 1062.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este artigo, onde se diz: *El acreedor por obligaciones mancommunadas puede reclamar contra todos los deudores simultáneamente. Puede reclamar contra qualquiera de ellos el todo ó la parte que le corresponda. En el caso de pedir el todo contra uno de ellos, podrá antes de concluir el juicio reclamar contra uno de los outros, por la cuota que le corresponde. Si reclamare el todo contra uno, y resultare su insolvencia, podrá reclamarlo contra los demas. Si ha reclamado la parte, ó de otro modo, ha consentido en la division en favor de undeudor, podrá reclamar el todo contra los demás, con deducion de la parte del deudor á quien ha libertado de la mancomunid.* No entretretanto é evidente que o codigo seguiu doutrina differente da consignada no projecto de codigo civil hespanhol.

Provavelmente o codigo prohibe que, demandado um pela totalidade da divida ou por parte da divida, se varie a demanda contra os outros, para evitar que se augmentem assim incommodos e despezas aos devedores solidarios com mais de uma demanda, quando o credor os poderia ter accionados todos conjunctamente no mesmo processo, em vez de chamar a juizo só um d'elles.

Art. 754.º O devedor solidario, que pagar pelos outros, será indemnisado por cada um d'elles na parte respectiva; e, se algum for insolvente, será a sua quota repartida entre todos.

(Vid. artigo 840.º) O devedor solidario que paga pelos outros extingue a obrigação com relação ao credor, mas póde exigir dos outros a sua quota parte, assim como no caso de ser algum insolvente deve

repartir-se por todos a perda occasionada pela insolvencia; porque, se cada um dos comdevedores é obrigado a pagar a divida por inteiro ao credor, nenhum é responsavel pelas quotas dos outros. O devedor, que pagou pelos outros, não fica subrogado nos direitos do credor nos termos de lhe ficarem solidariamente obrigados os comdevedores, como já dissemos, aliás não sairiamos de um circulo vicioso de acções: póde demandar cada um dos outros comdevedores, mas só pela sua quota parte.

O fiador, que pagou a divida, e que por esse facto fica subrogado nos direitos do credor, artigos 779.º e 839.º, é que póde exigir a divida por inteiro de qualquer dos comdevedores, artigo 840.º, como podia faze-lo o credor pela natureza da obrigação solidaria.

Art. 755.º Se a cousa, que é objecto da prestação, se perder por culpa de algum dos comdevedores solidarios, não ficarão os outros desobrigados; mas o que deu causa á perda será o unico responsavel por perdas e damnos.

A perda da cousa póde ter logar por culpa só de algum dos devedores, como se só elle a tem em seu poder e está em mora apesar de demandado para cumprir a obrigação.

A obrigação não se extingue por isso para os devedores innocentes, porque seria injusto que a culpa ou a mora de um aproveitasse aos outros para se libertarem do encargo; e por isso o credor póde pedir a todos o preço da cousa perdida.

Mas tambem é certo que a falta de um não deve aggravar a posição dos outros; e por isso o pagamento de perdas e damnos fórma uma nova obrigação, proveniente da culpa em que incorreram aquelles que deixaram perder a cousa, obrigação que não deve estender-se aos que não concorreram para esta perda, porque as culpas são pessoaes. Ficam por conseguinte os comdevedores solidarios obrigados para com o credor á restituição da cousa ou do seu valor, e o comdevedor solidario, que deu causa á perda, obrigado para com elles a indemnisa-los da perda soffrida, e obrigado para com o credor á reparação de perdas e damnos.

Art. 756.º O devedor solidario demandado póde defender-se por todos os meios, que pessoalmente lhe competem, ou que são communs a todos os comdevedores.

(Vid. nota ao artigo 513.º)

Art. 757.º Os herdeiros do devedor solidario respondem collectivamente pela totalidade da divida. Cada um d'elles, porém, individualmente só responde por uma quota parte proporcional ao numero dos herdeiros, e á parte que na herança do devedor solidario cada um d'elles tiver, salvo no caso mencionado no artigo 731.º n.º 2.º

(Vid. nota ao artigo 555.º)

Art. 758.º Quando, por erro de facto ou de direito, nos termos dos artigos 657.º e seguintes, alguem paga o que realmente não deve, póde recobrar o que houver dado, nos seguintes termos:



§ 1.º O que de má fé receber cousa indevida, deve restitui-la com perdas e damnos. Se a transmittiu a outrem, que fosse igualmente de má fé, póde o lesado reivindica-la. Mas, se o acquirente foi de boa fé, só a póde reivindicar o lesado, tendo sido transferida por titulo gratuito, e achando-se o alheador insolvente.

§ 2.º Emquanto a bemfeitorias, observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 499.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 657.º)

§ 2.º (Vid. nota ao artigo 499.º)

## SECÇÃO VII

### DA PROPOSTA DE PAGAMENTO E DA CONSIGNAÇÃO EM DEPOSITO

Art. 759.º O devedor póde livrar-se, fazendo depositar judicialmente, com citação do credor, a cousa devida nos casos seguintes:

1.º Se o credor recusar recebe-la;

2.º Se o credor não vier, ou não mandar recebe-la na epocha do pagamento, ou no logar para isso designado;

3.º Se o credor não quizer dar quitação;

4.º Se o credor for incapaz de receber;

5.º Se o credor for incerto.

§ unico. No caso do n.º 5.º d'este artigo é dispensada a citação do credor.

Art. 760.º Se os credores forem conhecidos, mas duvidoso o seu respectivo direito, poderá o devedor fazer depositar a cousa devida, fazendo-os citar, para que façam certo o seu direito pelos meios competentes.

Não sendo justo que o devedor estivesse sujeito aos caprichos do credor, que se recusasse sem motivo a aceitar o pagamento, e sendo preciso providenciar sobre o modo de libertar o devedor no caso de ser desconhecido, ou incapaz de receber o credor, estabeleceu-se a consignação em deposito como meio equivalente ao pagamento.

Para exonerar o devedor n'estes casos estabelece o codigo a proposta de pagamento e a consignação em deposito, de modo que a offerta real, acompanhada do deposito, equivale a pagamento, liberta o devedor, e põe logo a cousa a risco do credor.

É para notar que o codigo não exija, para o caso de ser incerto o credor, a citação por editos, que em taes casos costuma usar-se.

O projecto primitivo no artigo 852.º, que foi eliminado pela commissão revisora, exigia a citação por editos, com o praso de trinta dias, dos credores que fossem desconhecidos, e a commissão revisora manteve esta idéa ainda na primeira revisão, como póde ver-se do artigo (831.º) do seu projecto de 1863, correspondente ao artigo 759.º do codigo.

Porém no projecto de 1864 o § unico do artigo 768.º, correspondente ao § unico do artigo 759.º, era já redigido nos seguintes termos:

«É dispensada a citação quando o deposito for feito em rasão de incerteza do credor».

Similhante disposição porém não poderia executar-se á letra sem se alterarem fundamentalmente os principios regulares do processo entre nós e em toda a parte. Como havia de fazer-se o julgamento do deposito, nos termos dos artigos 761.º a 763.º, dispensando-se a citação da parte? Pois póde haver sentença sem citação da parte? Pois bastará que o devedor requeira ao juiz que mande entrar no deposito a cousa que pertence não sabe a quem, e que o juiz assim o mande, e julgue bom o deposito, sem audiencia de terceiro certo ou incerto, para o devedor ficar seguro com o recibo do deposito?

Parece ser essa a doutrina do codigo. No entretanto ha um meio de conciliar o preceito do codigo com as prescripções da nossa lei de processo. Como o juiz não póde julgar bom o deposito pertencente a credor desconhecido sem julgar primeiro a *incerteza* do credor, e como para o julgamento da *incerteza* do credor é indispensavel a citação por editos e a nomeação de curador para representar os interesses do desconhecido, julgada esta incerteza por sentença escusada é nova citação e edital chamando o credor incerto, e póde julgar-se bom o deposito com a intimação simplesmente do curador nomeado no processo preparatorio da incerteza para este effeito.

O contrario seria sanccionar um absurdo juridico de tal ordem, que nem por momentos póde admittir-se. Para se proferir qualquer sentença que envolva direitos de terceiro é indispensavel fiscalisar, com audiencia do interessado, a verdade do allegado.

Julgâmos que o codigo dispensou a citação do credor incerto, porque este póde vir a todo o tempo contestar o deposito nos termos do artigo 761.º; direito de que não fica privado, aindaque o deposito seja julgado bom com audiencia do curador.

O projecto de codigo do sr. Seabra estabelecia algumas providencias de processo para o julgamento do deposito, quando o credor era certo e conhecido. A commissão revisora porém eliminou-as, devendo guardar-se hoje no julgamento do deposito, ou o credor seja certo ou desconhecido, as disposições da nossa lei de processo, com as modificações que deixâmos consignadas na explicação do § unico do artigo 759.º

Quando os credores forem incapazes ou ausentes, devem ser citados os seus legitimos representantes, como dispunha o projecto primitivo no artigo 853.º

Porém na maior parte dos casos, quando o credor é incapaz, não é preciso depositar a cousa: entrega-se ao seu representante. Pois o tutor ou administrador do interdicto não poderão receber as prestações a este devidas senão pela consignação em deposito? Podem; e varios artigos do codigo auctorisam expressamente o tutor a receber as quantias devidas aos interdictos, como se mostra dos artigos 243.º n.º 8.º, 321.º, etc.

Se é duvidoso o direito dos credores, o devedor, para evitar o pagamento a quem não seja verdadeiro credor, póde depositar a importancia da divida, fazendo citar, para virem disputar entre si o seu direito, não só os credores certos, mas os incertos por editos.

O supremo tribunal de justiça julgou em accordão de 28 de janeiro de 1870, como se lê a pag. 24, tomo I, da jurisprudencia civil, commercial e criminal da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que o credor que está na posse, por si ou por seus antepassados, de receber certa pensão, não póde contestar o deposito d'ella com o fundamento de ser maior ou menor, e que deve discutir este ponto em acção ordinaria.



**Art. 761.º Se o deposito não for contestado, a cousa ficará a risco do credor, e a obrigação extincta desde a data do mesmo deposito; mas sendo este contestado, aquelles effeitos só principiarão na data da sentença, passada em julgado, que o confirmar.**

O projecto primitivo, no artigo (854.º) correspondente achava-se redigido nos seguintes termos: «Confirmado o deposito por sentença passada em julgado, ficará a cousa a risco do credor, e a obrigação extincta em todos os seus effeitos». Em a nota ao artigo (833.º) correspondente do projecto de 1863 lê-se o seguinte: «Foi approvado o pensamento do artigo, salva nova redacção, devendo ficar expresso que o risco do credor e extincção da obrigação correm desde o deposito, se não é contestado, e sendo-o, desde a sua confirmação por sentença passada em julgado».

A data, em que deve julgar-se extincta a obrigação por virtude do deposito, é muito importante, não só para determinar a pessoa, a cujo cargo fica o risco da cousa, mas por causa dos juros, se a obrigação os vence, que cessam desde o deposito valido.

Conseguintemente, toda a differença entre o preceito consignado na primeira parte do artigo, e o consignado na segunda, consiste em que no primeiro caso contam-se os effeitos desde a data do deposito sem esperar pela sentença que o julga *bom*, e no segundo só desde a data da sentença, que passa em julgado.

Realmente nenhuma rasão justificaria que, no caso de não ser contestado o deposito, se esperasse que houvesse sentença e que esta transitasse em julgado para se julgar extincta a obrigação.

No caso de ser contestado o deposito, e de haver recurso da sentença que o julga bom, contam-se todavia desde logo os effeitos do deposito, porque as sentenças proferidas nas causas de deposito são appellaveis no effeito devolutivo sómente, reforma judicial, artigo 681.º § 7.º; comquanto a extincção definitiva da obrigação não se verifique senão depois de ter passado em julgado a sentença.

Quando a parte não quer receber o deposito faz-se petição ao juiz com o caracter de comminatorio para mandar tomar o termo de deposito, e sercitado o interessado, a fim de se oppor com embargos, ou consentir expressa ou tacitamente no deposito.

**Art. 762.º Emquanto o credor não aceita a cousa depositada, ou não é julgado o deposito, póde o devedor retira-la.**

**Art. 763.º Depois do julgamento, só póde ser retirada a cousa pelo depositante com permissão do credor; mas, n'este caso, perde o mesmo credor qualquer direito de preferencia, que sobre ella tenha, e ficam os comdevedores e fiadores desobrigados.**

Emquanto a vontade do credor não interveiu aceitando o deposito, ou uma sentença judicial não extinguiu a obrigação julgando bom o deposito, póde o devedor retirar a cousa, e n'este caso ficam de pé as cauções e as obrigações dos comdevedores, ou, como dizia o projecto primitivo no final, do artigo (856.º) correspondente ao artigo 762.º, que a commissão revisora eliminou: «Mas n'este caso ficará subsistindo a obrigação, como se tal facto não houvera».

O credor porém póde renunciar ao seu direito, e consentir em que o devedor retire a cousa; mas este consentimento significa novo contrato e novo emprestimo, e por isso os privilegios e hypothecas que garantiam o credito extincto pelo deposito desappareceram, assim como ficaram desobrigados os comdevedores e os fiadores.

Mas basta qualquer julgamento, por exemplo, a sentença de primeira instancia que julgue bom o deposito, para o devedor não poder já retirar a cousa? Pelo projecto primitivo era preciso que tivesse passado em julgado a sentença que julgou bom o deposito, e assim se dispõe claramente nos artigos 1262.º e 1263.º do codigo civil francez, fonte do artigo 763.º do nosso codigo.

Sem embargo d'isso como, no caso de julgamento, os effeitos do deposito começam desde a data da sentença, sem se esperar que ella transite em julgado, é claro que depois da sentença que julga bom o deposito, ainda não tendo transitado em julgado, não póde já o depositante retirar a cousa sem permissão do credor.

O que o artigo 763.º dispõe com relação á retirada da cousa depois do julgamento deve applicar-se por analogia ao caso de ser retirada a cousa depois da aceitação do credor. Equipara o artigo 762.º as duas hypotheses, e do mesmo artigo se infere *a contrario sensu* que o devedor, depois da aceitação do credor, não póde já retirar a cousa sem permissão d'elle. Conseguintemente, se o devedor a retirar com permissão do credor depois d'este a ter aceitado, tambem acabam todas as cauções e garantias que seguravam a anterior obrigação, porque a nova obrigação não é continuação da anterior, mas inteiramente nova e distincta.

Art. 764.º As despezas feitas com o deposito serão por conta do credor, salvo se, em caso de opposição, for o devedor convencido a final.

(Vid. nota ao artigo 746.º)

## SECÇÃO VIII

### DA COMPENSAÇÃO

Art. 765.º O devedor póde desobrigar-se da sua divida por meio de compensação com outra, que o credor lhe deva, nos termos seguintes:

1.º Se uma e outra divida forem liquidas;

2.º Se uma e outra divida forem igualmente exigiveis;

3.º Se as dividas consistirem em sommas de dinheiro, ou em cousas fungiveis, da mesma especie e qualidade; ou se umas forem sommas de dinheiro, e outras forem cousas cujo valor possa liquidar-se, conforme o disposto na ultima parte do § 1.º do presente artigo.

§ 1.º Divida liquida diz-se aquella cuja importancia se acha determinada, ou póde determinar-se dentro do praso de nove dias.

§ 2.º Diz-se divida exigivel aquella cujo pagamento póde ser pedido em juizo.



Art. 766.º Se as dividas não forem de igual somma, poderá dar-se a compensação na parte correspondente.

(Vid. artigo 768.º) A compensação é um pagamento reciproco e ficticio, que se opera entre duas pessoas devedoras uma á outra.

Nos termos da ordenação, livro IV, titulo LXXVIII *pr.* «Compensação quer dizer desconto de uma divida a outra, e foi introduzida com rasão e equidade, porque mais rasão é não pagar algum o que deve, se lhe outro tanto é devido, que paga-lo, e depois repeti-lo, como cousa que não era devida».

Devo 100$000 réis a Pedro, posteriormente torna-se Pedro meu credor pelos mesmos 100$000 réis, ou por 30$000 réis; opera-se desde logo a compensação em concorrente quantia, artigo 768.º, só pela força da lei, mesmo sem os devedores o saberem, extinguindo-se immediatamente todas as obrigações correlativas e accessorias, como fianças, hypothecas, etc. As duas dividas extinguem-se no mesmo momento em que existem ao mesmo tempo.

Por isso é pouco rigorosa a redacção do artigo 766.º nas palavras «*poderá dar-se*». Estabelecido que a compensação opera os seus effeitos *ipso jure*, é claro que *se dá* sempre que existam dividas reciprocas, liquidas e exigiveis nos termos do artigo 765.º

A importancia do disposto no artigo 768.º está principalmente no vencimento dos juros, que cessam logoque se dá a compensação, ainda que alguma das dividas seja gratuita, e na extincção das garantias.

Em direito civil não se estende a compensação legal a mais de duas pessoas. Mas nas operações commerciaes, póde estabelecer-se compensação, como succede especialmente nas transacções bancarias, que abrangem ás vezes um grande circulo de individuos. Por exemplo, Pedro deve 100$000 réis a Paulo, Paulo deve igual quantia a Sancho, e este igual a Martinho, de quem Pedro é credor pela mesma quantia.

Pedro póde pagar a Paulo com o credito que tem sobre Martinho, e este com o mesmo credito pagar a Sancho, ficando feita assim a compensação entre todos sem o desembolso de um real.

A compensação funda-se na utilidade commum das partes, senão é antes uma necessidade derivada da propria natureza das cousas. Cada uma das partes interessa mais em compensar, do que em dar e perseguir depois o pagamento do que lhe é devido.

A compensação evita despezas, pleitos e rodeios que importaria a cobrança reciproca das differentes dividas.

A compensação surte todos os effeitos de verdadeiro pagamento, e ainda que uma das dividas produza juros, e a outra seja gratuita, cessam os juros logo desde a compensação, assim como a clausula penal.

Verdade é que a compensação, para aproveitar, carece de ser allegada e provada, mas, uma vez provada, retrotrahem-se os seus effeitos, só pela disposição da lei, á epocha em que teve logar.

Em virtude d'este principio deveria ser permittido allegar-se a compensação até na contestação ao pedido.

Pela pratica do fôro antes do codigo civil, e em virtude do principio de que a *contestação* ou *embargos* não são meio de pedir, exigia-se nova acção para oppor a compensação. E ainda que não era indispensavel intentar a acção separadamente, porque se usava do meio da reconvenção que corre *pari passu* com o processo da acção principal, em virtude do disposto nos artigos 191.º e 315.º da novissima reforma judicial, podendo até fazer-se na pessoa do procurador a primeira cita-

ção, artigo 201.º § 1.º da citada reforma, o exame de duas causas augmentava as despezas da demanda e alongava o processo.

Não se acha alterada esta doutrina sem embargo de dispor o codigo que a compensação se opera no momento em que o devedor se torna tambem credor, parecendo assim que a compensação póde oppor-se na contestação, sem prejuizo do principio de que está não é meio de pedir, porque se a compensação opera de direito os seus effeitos, o réu, deduzindo-a, não vem propriamente pedir, mas demonstrar que ou nada deve, ou deve menos do que lhe pedem, isto é, *contestar* o pedido no todo ou em parte.

Todavia esta excepção requer uma nova contestação, e portanto o processo de acção ordinaria ou summaria, segundo as circumstancias.

Por embargos só póde ser allegada a compensação liquida, e com *execução apparelhada*, reforma judicial, artigo 617.º

A ordenação, livro III, titulo LXXXVII, § 1.º, tambem só admittia a compensação nos embargos estando ella julgada.

Ainda assim, mesmo por direito anterior, a compensação operava a extincção da divida *pleno jure*, e por isso alguns entendiam que podia oppor-se mesmo na contrariedade, Rocha, *Direito civil*, §§ 164.º a 167.º, e Correia Telles, *Doutrina das acções*, § 321.º e nota (5).

Para haver compensação é preciso que as dividas sejam *liquidas*, isto é, que esteja averiguado que se deve e quanto se deve: *An, et quantum debeatur*.

Se uma divida é contestada, ou se consiste, por exemplo, em perdas e damnos que não foram ainda fixados, não póde compensar-se com uma divida certa, e cuja quantia está determinada.

Diz a citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, no § 4.º: «Outrosi não haverá logar quando a divida, de que se faz compensação, é incerta, e a divida, principalmente demandada, é liquida, certa e clara per confissão da parte, ou per outra alguma prova a ella dada. Porque n'este caso não se deve fazer compensação da divida de quantidade incerta, não liquida á que é certa».

É necessario que sejam *exigiveis*, isto é, que estejam vencidas, que não sejam dependentes de condição ou termo: *Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit*.

Se o devedor a praso não póde ser obrigado a pagar antes do vencimento, pela mesma rasão não póde ser obrigado a aceitar a compensação, que é verdadeiro pagamento. Portanto, se eu possuo um credito representado por uma letra a tres mezes, não posso oppor com elle a compensação, ainda com o desconto correspondente ao praso do vencimento, sem a annuencia do auctor, a quem opponho a compensação.

E póde oppor-se em compensação uma divida prescripta, mas cuja prescripção não foi ainda julgada? Evidentemente. Mas o auctor, a quem o réu oppõe a compensação de uma divida n'estas condições, póde impugna-la, allegando a excepção de prescripção, e prejudicar a compensação com a decisão previa sobre a excepção.

A compensação com divida prescripta não poderá oppor-se, na contrariedade, em causas summarias, em que o auctor já não póde articular para responder. N'este caso é indispensavel oppo-la por meio de reconvenção.

Para haver compensação é preciso que as cousas consistam ou em sommas de dinheiro, ou em cousas fungiveis da mesma especie e qualidade: *Ejusdem naturae et qualitatis*.

Portanto não basta que as cousas fungiveis sejam da mesma especie; é preciso que sejam tambem da mesma qualidade. Assim, póde compensar-se vinho bom com vinho bom, azeite superior com azeite superior, etc., mas não vinho com azeite, nem vinho superior com vinho inferior.



Devo a Pedro 100 almudes de vinho de certa qualidade, e elle é obrigado por um testamento a pagar-me o legado de 100 almudes de vinho da mesma qualidade: está verificada a compensação.

Diz a citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII *pr.*: «E a compensação ha logar assi na acção real, como na pessoal, comtantoque se allegue de quantidade a quantidade. E quantidade quer dizer cousa que consiste em conto, assi como he o dinheiro, ou em peso, assi como cera, ou em medida, assi como azeite, e outros semelhantes. E portanto, se hum homem he obrigado e devedor a outro em certa quantidade de dinheiro, cera, azeite, ou de outras semelhantes cousas, o qual lhe he devedor em outro tanto, mais, ou menos, desconte-se uma divida pela outra, emquanto ambas concorrerem, e em a maioria fique salva a divida áquelle a que mais for devido».

A compensação pois sómente tem logar de quantidade a quantidade, e não de especie a especie.

*Especie*, segundo a define no § 7.º a citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, «he a cousa, que se não costuma dar per conta, peso e medida, como he um cavallo, hum escravo, hum livro, e outras cousas semelhantes».

Se porém são devidas as cousas fungiveis, como corpos certos e determinados, por exemplo, o trigo que existe no celleiro de tal, não póde dar-se a compensação, porque a obrigação não é de entregar tantas medidas de trigo, mas certo e determinado trigo.

A citada ordenação, nos §§ 7.º e 8.º, dispõe que póde tambem oppor-se compensação, ainda que seja devida uma especie, ou indeterminada, como um livro ou um cavallo, ou determinada, como certo livro ou certo cavallo: 1.º, quando as partes, sendo indeterminada a especie, se concertaram em pagar a estimação, ou assim foi julgado por sentença, porque sendo a estimação da cousa escolhida pelas partes, ou *feita condemnação d'ella*, já a especie é convertida em quantidade; 2.º, quando, sendo determinada a especie, esta não póde ser havida, pelo que é devida a verdadeira estimação d'ella, podendo então oppor-se compensação, sem embargo de parecer que é principalmente devida a dita especie.

A generalidade com que o codigo emprega a palavra «*cousas*» no final do n.º 3.º, para significar que póde haver compensação entre sommas de dinheiro e cousas, cujo valor possa liquidar-se dentro em nove dias, não abrange todavia mais do que as cousas fungiveis; aliás tomada em toda a sua amplitude abrangeria até os *immoveis*, o que repugna ao pensamento geral d'esta doutrina e á noção de *divida*, de que usa o codigo no artigo.

As sommas de dinheiro podem compensar-se com cousas, cujo valor possa liquidar-se em nove dias.

Já a nossa ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, § 4.º, não admittia a compensação de quantidade incerta e illiquida com quantidade certa, salvo se o que allegasse a compensação se obrigasse a *prova-la* dentro de nove dias peremptoriamente.

Os nove dias concedidos a quem allega a compensação são não só para fazer a liquidação, mas tambem para fazer a prova da divida compensada, segundo se deprehende da citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, § 4.º

Assim, devo a Pedro 16$000 réis, e elle deve-me de rendas quarenta medidas de milho, cujo preço fixado pela estiva municipal é

de 400 réis o alqueire: está feita a compensação, porque se póde fazer a liquidação, e fixar-se o preço no breve praso marcado no codigo.

Como não póde dar-se compensação sem que as quantidades sejam homogeneas, reduzidas a um valor commum dividas de natureza heterogenea, estabelecida fica a compensação.

Assim como podem compensar-se sommas de dinheiro com cousas avaliadas ou avaliaveis, podem compensar-se cousas avaliadas ou avaliaveis entre si? Assim como podem compensar-se 100 alqueires de trigo com a divida de 60$000 réis, póde compensar-se a divida de 100 alqueires de trigo com a divida de 160 alqueires de milho, por exemplo? Não. Nos precisos e expressos termos do artigo, alem da compensação com sommas de dinheiro só póde fazer-se a compensação com cousas fungiveis da mesma especie e qualidade.

A *determinação*, a que se allude no § 1.º do artigo 765.º, refere-se não só ao que se chama propriamente liquidação ou reducção a moeda do valor da cousa, mas tambem á *prova* da divida, quando a nega aquelle a quem se oppõe a compensação, como acima dissemos, em vista do preceito da ordenação.

Não basta, para oppor a compensação, a promessa de *determinar* a divida dentro de nove dias; é preciso determina-la effectivamente dentro d'esse praso. A não allegar e provar o interessado causas de força maior, que o inhabilitassem de concluir a liquidação dentro dos nove dias, a liquidação feita depois d'este periodo não procede para os effeitos da compensação. Portanto, ainda julgada provada a divida illiquida, não podendo fazer-se a liquidação dentro dos nove dias, fica sem effeito o julgamento da compensação.

O processo da liquidação é appenso ao processo principal da acção e da compensação.

No praso de nove dias não se conta de certo o tempo que duram quaesquer recursos contra a liquidação feita, aliás não haveria liquidação que podesse fazer-se em nove dias.

É preciso estabelecer o processo a seguir para se concluir a liquidação em tão curto praso.

Provavelmente o auctor do codigo quiz referir-se n'esta parte unicamente ás dividas de cousas reductiveis a dinheiro, e não contestadas pelo credor, ás quaes se oppõe a compensação.

A compensação, que póde invocar-se tanto nas acções como nas execuções, poderá igualmente allegar-se nas execuções hypothecarias?

O regulamento de 28 de abril de 1870, no artigo 211.º, que admitte os embargos fundados em novação ou pagamento, não falla de embargos por compensação; o que não admira, visto ser privilegiado e excepcional o processo para as execuções hypothecarias. Julgâmos porém que n'estas como em quaesquer outras execuções a sentença póde ser embargada por compensação, quando esta é liquida e tem execução apparelhada, novissima reforma judicial, artigo 617.º n.º 4.º, e lei de 16 de junho de 1855, artigo 9.º

A commissão revisora com rasão eliminou o artigo 866.º do projecto primitivo, que permittia oppor a compensação em todo o estado da causa, porque este objecto pertence á lei do processo.

A compensação nas execuções deve ser deduzida por meio de embargos, vistas as disposições dos artigos 617.º e 619.º da reforma judicial.

Art. 767.º A compensação não póde dar-se:

1.º Quando alguma das partes houver renunciado de antemão ao direito de compensação;



2.º Quando a divida consistir em cousa, de que o proprietario tenha sido esbulhado;

3.º Quando a divida for de alimentos, ou de outra cousa, que não possa ser penhorada, ou seja por disposição da lei, ou seja pelo titulo de que procede, salvo se ambas as dividas forem da mesma natureza;

4.º Quando a divida proceder de deposito;

5.º Quando as dividas forem do estado ou municipaes, salvo nos casos em que a lei o permittir.

1.º, etc. (Vid. artigo 771.º) Em regra cada um póde renunciar aos seus direitos, como lhe aprouver. A renuncia póde ser *expressa*, como se o devedor declara que paga sem se valer da compensação, ou *tacita*, como se elle effectivamente paga sem allegar o seu direito de compensação.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 487.º) Julgâmos porém que ainda n'este caso póde offerecer-se compensação se a divida compensanda for da mesma natureza, por analogia do disposto em o n.º 3.º E a ordenação assim o dispunha no § 2.º do livro IV, titulo LXXVIII, que dizia assim: «Em todo o caso de força, roubo, furto, ou qualquer outro semelhante, per que alguma quantidade alheia fosse a poder de alguem per alguma arte de engano, não haverá logar a compensação. E se o dono demandar essa quantidade, não se lhe poderá oppor compensação de qualquer outra, em que elle seja obrigado per qualquer titulo, salvo se elle for obrigado per semelhante modo de força, roubo ou furto, porque então se fará compensação de uma quantidade a outra, em quanto ambas concorrerem».

3.º, etc. O codigo trata com tanto favor as pensões alimenticias, que prohibe que ellas sejam penhoradas por terceiro para pagamento de dividas do alimentado, em prejuizo dos seus alimentos, artigos 767.º n.º 3.º e 1230.º; e pela mesma rasão prohibe que o alimentante possa negar-se ao pagamento d'ellas com o fundamento de que o alimentado lhe é tambem devedor de cousas, em que póde oppor-se compensação. A compensação na divida de alimentos equivaleria a um embargo.

Se porém o credor e o devedor forem reciprocamente alimentante e alimentado, podem compensar as suas dividas, visto serem da mesma natureza.

O codigo, exceptuando da penhora os alimentos, abrange na generalidade do seu preceito tanto os alimentos devidos por direito de sangue, como os devidos por qualquer outra causa. Pelo menos assim o dispunha o § 3.º da citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII:

«Nem haverá logar, quando a alguma pessoa forem devidos alimentos, postoque consistam em quantidade, *quer per contracto, quer per testamento, ou per outro qualquer modo;* porque a divida dos alimentos he tão favoravel, que não soffre ser-lhe opposta compensação de outra divida, aindaque seja de quantidade».

Em nosso entender o codigo modificou o disposto na reforma judicial, artigo 590.º § 3.º, n.º 4.º, que só exceptuava da penhora as provisões de comida que se achassem na casa do executado, e que lhe fossem necessarias e á sua familia para o seu sustento por uma semana.

Ainda assim já vimos sustentar, depois da promulgação do codigo, que o citado artigo 590.º da reforma é por ora a disposição que regula quaes são os bens penhoraveis; mas similhante opinião accusava de certo ignorancia do disposto n'este artigo.

4.º, etc. A cousa depositada considera-se sempre nas mãos do proprietario. Se o depositario quizesse rete-la, ainda a pretexto de compensação, commetteria esbulho. O depositario não deve aproveitar-se do serviço de amisade, que prestou, para se pagar de um credito.

Julgâmos tambem que n'este caso é admissivel a compensação se a divida compensada for da mesma natureza, por analogia do disposto em o numero antecedente. A citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, assim o dispunha no § 1.º, onde dizia:

«E se algum demandar certa quantidade, que tenha dado em guarda e deposito, e o outro disser que o outro lhe deve outro tanto por outro algum titulo, que não for semelhante, não haverá logar a compensação; mas elle será obrigado a lhe entregar tudo aquillo, que lhe deu em guarda, e ficar-lhe-ha salvo todo o seu direito ácerca do que lhe elle dever de qualquer outra obrigação. Porque o contrato de guarda e deposito he de tal natureza, que não admitte compensação alguma de caso, que não seja privilegiado com elle».

No § 6.º determina a ordenação que com todos os casos especiaes em que a compensação não se admitte, se fará todavia, se for opposta compensação de outro caso especial identico.

O corretor que foi negociar titulos de divida publica não póde aproveitar-se do preço d'elles para compensar dividas que lhe devesse o dono dos titulos, vistoque pela natureza das suas funcções o corretor era depositario dos fundos publicos, e por conseguinte do seu producto. Assim julgou um tribunal francez, conforme se lê em a nota de Rogron ao artigo 1293.º do codigo civil Napoleão.

O codigo francez e outros excluem a compensação expressamente no caso de commodato tambem; doutrina aliás escusada de inserir-se no nosso codigo desde que o artigo 765.º n.º 3.º não admitte a compensação senão entre cousas *fungiveis*, ou entre estas e dinheiro.

5.º, etc. Esta excepção, como as anteriores, achava-se já reconhecida na legislação vigente ao tempo da promulgação do codigo.

A citada ordenação, livro IV, titulo LXXVIII, dizia no § 5.º: «E bem assim, quando alguma divida de quantidade for devida a nós, ou a alguma cidade ou villa, não haverá logar a compensação, salvo nos casos que se acharem per direito, que se póde pôr compensação á divida, que he devida a alguma cidade ou villa».

Mal se explica como o codigo, que tirou ao estado e ás municipalidades o beneficio da restituição e todos os favores quanto á prescripção, conserva ainda uma excepção com relação á compensação das dividas, tanto mais odiosa quanto que todos sabem as difficuldades e complicações a que está sujeito o credito de um particular sobre o thesouro.

E o mais é que o codigo nem ao menos exceptua expressamente d'esta regra geral, como a ordenação exceptuava, os casos declarados nas leis, que todavia julgâmos exceptuados, sem embargo do silencio do codigo.

Porém as dividas de quaesquer outras pessoas moraes, artigo 37.º, com excepção dos municipios e do estado, são sujeitas a compensação.

**Art. 768.º** A compensação opera de direito os seus effeitos, e extingue ambas as dividas com todas as obrigações correlativas, desde o momento em que se realisar.

(Vid. nota ao artigo 765.º)

**Art. 769.º** O que paga uma divida susceptivel de compensação não póde, quando exigir o credito que podia ser compensado, valer-se, com prejuizo de terceiro, dos privilegios e hypothecas que asseguravam esse credito, salvo provando ignorancia da existencia do credito que a extinguia.



Paulo era-me devedor de 100$000 réis, e de outros 100$000 réis a Pedro, achando-se garantidas ambas as dividas por uma e a mesma hypotheca, em que eu tinha o primeiro logar.

Posteriormente tornou-se Paulo meu credor de outros 100$000 réis; e extinguiu-se assim de pleno direito pela compensação o meu credito sobre elle, perdendo eu a preferencia hypothecaria sobre o direito de Pedro.

Se por negligencia paguei a Paulo sem lhe oppor a compensação, já não posso, quando lhe pedir o meu credito, exercer em prejuizo de Pedro a minha hypotheca, porque seria priva-lo de direitos, que elle adquiriu *pleno jure* em virtude da compensação; e se a compensação, como verdadeiro pagamento, produziu o effeito de extinguir o principal — a divida — extinguiu tambem o accessorio — privilegios e hypothecas.

«*Salvo provando*», etc. Como se o meu credito sobre Paulo proviesse de um testamento, cuja existencia eu ignorasse ao tempo em que lhe paguei a divida, vistoque a ignorancia de facto sempre aproveita, etc.

**Art. 770.º** Se forem varias as dividas compensaveis, seguir-se-ha, na falta de declaração, a ordem indicada no artigo 729.º

(Vid. nota ao artigo 729.º)

**Art. 771.º** O direito de compensação póde ser renunciado, não só expressamente, mas tambem por factos, de que se deduza necessariamente a renuncia.

(Vid. nota ao artigo 767.º)

**Art. 772.º** O fiador não póde fazer compensação do seu credito, com a divida do principal devedor, nem o devedor solidario póde pedir compensação, com a divida do credor, ao seu comdevedor.

Para verificar a compensação é preciso ser obrigado directa e principalmente. Por isso o fiador não póde fazer compensação do seu credito sobre o credor com a divida do devedor principal, salvo se, alem de fiador, é principal pagador. Assim Paulo, fiador de Pedro, que deve 100$000 réis a João, não póde compensar esta divida com outra igual que lhe deve João, porque obrigado *por si* directamente, o devedor principal é e não o fiador, o que seria indispensavel para proceder a compensação. O devedor principal tambem não póde oppor a compensação do que o credor deve ao fiador, comquanto o fiador possa utilisar a compensação do que o credor deve ao devedor principal.

Em virtude d'estes mesmos principios, não póde o devedor solidario, demandado pelo credor, allegar a compensação do que este deve a outro comdevedor, porque ninguem póde oppor as excepções pessoaes ao seu comdevedor. Só o comdevedor, que é credor do credor, é que póde oppor a compensação do seu credito. Pedro, Paulo e Sancho devem solidariamente 100$000 réis a Martinho, que é devedor

a Sancho de igual quantia. Se Martinho demandar algum dos dois primeiros, não póde o demandado oppor-lhe compensação com o credito do terceiro.

Art. 773.º O devedor, que consentiu na cessão feita pelo credor em favor de terceiro, não póde oppor ao cessionario a compensação, que poderia oppor ao cedente.

Art. 774.º Se, porém, o credor lhe der conhecimento da cessão, e o devedor não consentir n'ella, poderá este oppor ao cessionario a compensação dos creditos, que tiver contra o cedente, e que forem anteriores á cessão.

(Vid. artigos 777.º e 857.º) Não se explica o motivo por que, achando-se em seguida, no projecto primitivo e nas edições da commissão revisora de 1863 e de 1864, as disposições contidas nos artigos 773.º, 774.º e 777.º, como a logica pedia, foram a final intercalados entre disposições essencialmente conjunctas os preceitos contidos nos artigos 775.º e 776.º, que n'aquelles projectos eram os artigos finaes da secção.

Tres hypotheses ha que considerar na cessão de creditos para o effeito da compensação: 1.ª, cessão feita com consentimento do devedor; 2.ª, cessão feita com sciencia e contra vontade do devedor; 3.ª, cessão feita sem conhecimento do devedor.

1.ª hypothese, artigo 773.º O devedor que consente pura e simplesmente na cessão sem se reservar expressamente o direito de compensação, que lhe assistia, não póde oppo-la ao cessionario, que em virtude do silencio do devedor ficou persuadido do seu direito sobre o credito cedido, e de que o devedor não podia oppor-lhe compensação com o credito que tinha sobre o cedente.

2.ª hypothese, artigo 774.º Notificada a cessão ao devedor, ainda que feita contra a vontade d'este, a posição do credor passou do cedente para o cessionario com perfeito conhecimento do devedor, e por isso não póde este oppor ao cessionario qualquer credito que posteriormente adquirisse contra o cedente.

Mas póde oppor os creditos anteriores á cessão, porque não póde ser privado por facto alheio das vantagens da compensação, que se operou simplesmente em virtude da lei, e a que elle não renunciou nem expressa nem tacitamente.

3.ª hypothese, artigo 777.º Esta hypothese é uma consequencia dos principios postos com relação ás duas anteriores. O devedor, que não foi intimado da cessão feita, póde oppor ao cessionario quaesquer compensações que tenha sobre o cedente, tanto anteriores como posteriores á cessão, assim como ficaria livre se pagasse ao cedente a divida, que por effeito da cessão pertencia já ao cessionario.

Pela mesma rasão, o devedor que pagou ao credor depois d'este ter dado em penhor o titulo de divida, mas sem lhe ter significado a existencia d'este novo contrato, fica exonerado, sem poder ser incommodado pelo credor pignoraticio, artigo 857.º

Se porém tivesse sido notificado do empenho do titulo, e fosse depois pagar ao seu credor, ficava no emtanto responsavel para com o credor pignoraticio.

A commissão revisora fez uma modificação ao principio geral do artigo 857.º, que vinha consignado em termos absolutos no projecto primitivo, abrindo uma excepção para o caso de serem acções de companhia os titulos de credito particular empenhados. N'este caso não ha necessidade de notificar o devedor, que é a companhia.



Art. 775.º A compensação não póde admittir-se com prejuizo de direito de terceiro.

Devo 100$000 réis a Pedro, e este outros 100$000 réis a João, que vem embargar em meu poder os 100$000 réis que devo a Pedro. Se depois do embargo ou da penhora me constituo credor de Pedro não posso já oppor a compensação em prejuizo de João, porque depois de effectuado o embargo não sou mais do que um depositario judicial, sem faculdade de pagar a Pedro, e n'este caso a compensação equivaleria ao pagamento, que eu faria a mim mesmo.

Posso porém oppor a compensação dos creditos anteriores ao embargo, porque estava já feita *ipso jure*, ainda quando eu a ignorasse; e nem o embargo podia abranger senão o que eu realmente devia a Pedro, isto é, o que restava com deducção do compensado.

Art. 776.º Não obsta á compensação o serem as dividas pagaveis em diversos logares, comtantoque se paguem as despezas de mais, que se hajam de fazer para ella se realisar.

Sou obrigado a entregar a Paulo cem medidas de trigo em Lisboa; posso oppor-lhe a compensação de outras cem, que elle é obrigado a entregar-me no Porto, pagando-lhe as despezas do transporte, aliás soffreria elle prejuizo por não ser feito o pagamento no logar convencionado.

Se as dividas são de dinheiro, o que oppõe a compensação deve pagar tambem o agio ou desconto entre o logar onde se faz e o logar onde devia ser feito o pagamento.

Art. 777.º Se a cessão se fizer, sem que d'isso se haja dado noticia ao devedor, poderá este oppor ao cessionario a compensação dos creditos, que tiver contra o cedente, quer anteriores, quer posteriores á cessão.

(Vid. nota ao artigo 773.º)

## SECÇÃO IX

### DA SUBROGAÇÃO

Art. 778.º Aquelle, que paga pelo devedor com seu consentimento, expressamente manifestado, ou por factos d'onde tal consentimento claramente se deduza, fica subrogado nos direitos do credor.

Art. 779.º Aquelle, que paga pelo devedor sem seu consentimento, só adquire os direitos do credor nos casos seguintes:

1.º Se a pessoa, que fez o pagamento, é fiador ou interessado, por algum outro modo, em que elle se faça;

2.º Se o credor, que recebe o pagamento, ceder os seus direitos nos termos da seguinte secção, ou subrogar, quem houver pago, nos seus direitos, comtantoque a subrogação seja feita expressamente, e no acto do pagamento.

Art. 780.º Se a divida for paga pelo proprio devedor, com dinheiro que terceiro lhe emprestasse para esse fim, este só poderá ficar subrogado nos direitos do credor, se o emprestimo constar de titulo authentico, em que se declare, que o dinheiro foi pedido para pagamento d'aquella divida.

(Vid. nota ao artigo 747.º)

Art. 781.º O subrogado póde exercer todos os direitos que competem ao credor, tanto contra o devedor como contra os seus fiadores.

(Vid. nota ao artigo 747.º)

Art. 782.º O credor, que só foi pago em parte, póde exercer os seus direitos, com preferencia ao subrogado, pelo resto da divida.

§ unico. Esta preferencia, porém, compete unicamente aos credores originarios, ou aos seus cessionarios, e não a qualquer outro subrogado.

(Vid. artigo 784.º) O credor de trinta, que recebeu vinte, prefere no pagamento dos dez restantes ao subrogado nos vinte, porque não se presume que elle quizesse ficar em concorrencia quanto ao pagamento do resto com o subrogado. Pelo contrario, salvo expressa convenção n'outro sentido, presume-se que elle quiz reservar-se o direito de ser pago em primeiro logar, pela regra: *Non videtur cessisse contra se*. Este direito de preferencia, porém, é concedido só ao credor e aos seus cessionarios, mas não aos subrogados.

Estes concorrem em posição igual. Assim, no exemplo posto, se o credor subroga um em vinte, e depois outro em dez, nenhum dos subrogados tem preferencia sobre o outro, e concorrerão ambos com direito igual ao pagamento dos seus respectivos creditos. É a doutrina do artigo 782.º do nosso codigo, do artigo 1252.º do codigo civil francez, e do artigo 1121.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Verdade seja que o artigo 784.º parece destruir este principio, porque dá preferencia aos subrogados pela ordem das subrogações.

No entretanto deve notar-se que o artigo 782.º regula as relações entre subrogante e subrogado ou subrogados, emquanto que o artigo 784.º regula as relações dos subrogados entre si.

O subrogante é pago de preferencia aos subrogados. Os subrogados são pagos pela ordem successiva das subrogações.

Convem igualmente notar que a preferencia concedida ao credor primitivo emquanto ao resto do credito não pago não se estende a outros creditos sobre o mesmo devedor, resultantes de outros titulos.

Art. 783.º Não póde dar-se subrogação parcial em dividas, cuja solução é indivisivel.

É uma consequencia do principio de que a obrigação deve ser paga conforme a sua natureza. Se o pagamento da divida não póde ser feito senão integralmente, e não por partes, por ella ser indivisivel, tambem não póde fazer-se por partes a subrogação.

Art. 784.º O pagamento aos subrogados em diversas porções do mesmo credito, não podendo ser todos pagos ao mesmo tempo, será feito pela ordem successiva das diversas subrogações.

(Vid. nota ao artigo 782.º)



## SECÇÃO X

### DA CESSÃO

Art. 785.º O credor póde transmittir a outrem o seu direito ou credito, por titulo gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor.

§ unico. Mas, se os direitos ou creditos forem litigiosos, não poderão ser cedidos de qualquer fórma a juizes singulares, ou collectivos, nem a outras auctoridades, se esses direitos ou creditos forem disputados nos limites em que ellas exercerem as suas attribuições. A cessão feita com quebra do que fica disposto n'este § será de direito nulla.

(Vid. nota ao artigo 747.º, e artigos 1557.º, 1563.º e 1635.º) N'esta secção estabelecem-se os principios que regulam a transmissão de creditos e direitos, ou estes creditos e direitos sejam litigiosos, ou liquidos e incontroversos.

A venda de direito ou de cousa litigiosa em geral não é defeza, artigo 1557.º, como era por direito antigo. Não tem a venda d'estes objectos restricção senão quanto ás pessoas dos compradores, nos termos do § unico d'este artigo, ainda modificado pelo preceito da parte final do artigo 1563.º

Os direitos ou creditos litigiosos não podem ser cedidos nem vendidos a juizes singulares ou collectivos, nem a quaesquer outras auctoridades, tendo elles de ser disputados nos limites onde ellas exercem jurisdição.

Por direito antigo, salvas as disposições que apparecem reproduzidas até certo ponto na segunda parte do artigo 1563.º, era absolutamente nulla a venda de cousa ligitiosa, e castigada com graves multas, para evitar duros contendores quando cedida a pessoas poderosas.

Hoje, que depois da publicação da carta todos são iguaes perante a lei, o codigo só reconhece, como pessoas poderosas, as auctoridades que exercem jurisdicção nos limites onde esses direitos se disputam.

Nos termos do § unico do artigo, não só aos juizes singulares, como ao juiz eleito, juiz de paz, juiz ordinario, e juiz de direito de primeira instancia, senão tambem aos juizes collectivos, como aos juizes das relações e do supremo tribunal de justiça, é prohibido o serem cessionarios de cousas litigiosas. Os membros do supremo tribunal de justiça são absolutamente inhibidos de serem cessionarios, porque exercem jurisdicção em todo o territorio portuguez.

As palavras «*outras auctoridades*» têem uma significação muito ampla. O projecto primitivo fallava de «*outras auctoridades de nomeação regia*», redacção ainda conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

A commissão revisora, porém, eliminando a final as palavras «*de nomeação regia*», abrangeu de certo no seu pensamento, alem das auctoridades propriamente de nomeação regia, o regedor de parochia e outras que não são de nomeação do rei. De certo não comprehendeu

no termo «*auctoridades*» os corpos populares ou de origem popular, comquanto exerçam jurisdicção, nos termos da legislação administrativa, como juntas de parochia, camaras municipaes, commissões de recenseamento, conselhos de districto e juntas geraes de districto.

Já achavamos irracional e attentoria dos bons principios a disposição do projecto primitivo. Felizmente proferem-se hoje sentenças contra qualquer conselheiro do supremo tribunal de justiça e contra um ministro d'estado com a mesma facilidade, que contra um desvalido e indigente.

A commissão revisora, porém, em vez de banir aquelle preceito inqualificavel, ampliou-o.

Deve porém notar-se que o sr. Seabra não conservou a doutrina consignada no § unico do artigo, pela mesma rasão por que ella estava adoptada na ordenação, livro IV, titulo X, como se mostra da sua resposta ao sr. dr. Paes, que queria mantida em toda *a sua pureza* a doutrina d'aquella velha ordenação.

Dizia o sr. dr. Paes: «Ao artigo 1621.º (1557.º do codigo), que permitte a venda da cousa litigiosa, impondo sómente ao vendedor a obrigação de o declarar ao comprador, tenho a observar, que pela nossa ordenação, livro IV, titulo X, tirada do direito romano, é nulla a venda de causa litigiosa; e isto para evitar as fraudes que póde haver, principalmente dando á parte um contendor poderoso; e não se evita este inconveniente só com a prohibição de venda aos juizes e auctoridades locaes, conforme o artigo 1621.º (1557.º do codigo) combinado com o artigo 881.º (785.º do codigo), porque outras pessoas póde haver de tanta ou mais influencia como as auctoridades».

Respondia o sr. Seabra: «A mesma rasão que nos levou a não prohibir absolutamente os contratos *quotas-litis*, nos moveu a declinar em regra a disposição da ordenação.

«A excepção que fizemos não foi dictada pelo receio de dar á parte um contendor mais duro; essa rasão nada importa n'um systema regular de administração de justiça, em que as garantias são iguaes e as mesmas para todos. A rasão que tivemos em vista para estabelecer a excepção foi de moralidade e decencia publica. A dignidade do funccionario publico não se compadece com este trafico odioso. Esta mesma doutrina é seguida nos codigos da Prussia, França, Vaud, e muitos outros».

Sem embargo d'estas rasões, que aliás são ponderosas, podia conseguir-se o mesmo fim sem fulminar de nullidade o acto juridico.

Mesmo os que pelo § unico do artigo são inhibidos de serem cessionarios nos termos do §, podem se-lo no caso de venda de acções hereditarias, se são coherdeiros, e no caso de possuirem bens que se achem hypothecados em segurança do direito litigioso, que elles vão comprar, artigo 1653.º

Conseguintemente os individuos inhibidos de serem cessionarios de direitos litigiosos podem se-lo, se esses direitos litigiosos são acções hereditarias uma vez que elles se achem na situação de coherdeiros, porque este facto os constitue interessados na cousa litigiosa, não podendo por isso attribuir-se a pura especulação a compra do direito; ou se têem bens hypothecados á segurança d'este direito, porque n'este caso prevalece maior rasão de interesse pela responsabilidade, em que já estão envolvidos em consequencia da hypotheca a esse direito litigioso.

A transferencia dos direitos litigiosos é permittida, ainda que se trate do direito de perceber por tempo e preço certos quaesquer prestações ou rendas, artigo 1635.º, salvo o disposto nas leis de fazenda sobre



as rendas do estado, em que não é permittido ao governo transferir essas dividas, porque o estado é a unica pessoa competente para em certos casos promover a cobrança d'ellas.

Se porém a cedencia for entre os proprios litigantes tem o caracter de transacção, que é valida nos termos do codigo.

Esta especie não está de certo comprehendida no § unico do artigo 785.º

E assim como é valida, nos termos dos artigos 1563.º e 1594.º, a cedencia a titulo oneroso das acções hereditarias a favor das pessoas mencionadas no § unico do artigo 785.º, achando-se estas nas circumstancias especificadas na segunda parte do artigo 1563.º, será tambem valida essa cedencia se for a titulo gratuito?

O coherdeiro, assim como por venda ou troca póde ceder a outro coherdeiro, comprehendido no § unico do artigo 785.º, o seu direito á acção hereditaria, póde tambem doar-lh'o?

Por maioria de rasão devia ser permittida a doação n'esta especie, em que é permittida a venda ou a troca. O codigo porém não a permitte.

A regra consignada no § unico do artigo 785.º não ha outras excepções alem das reconhecidas no final do artigo 1563.º, excepções que não podem ampliar-se, vista a disposição expressa do artigo 11.º

O codigo tambem, para ser logico, devia ter harmonisado as excepções marcadas no final do artigo 1563.º, com as excepções marcadas na segunda parte do artigo 786.º, e não conservar n'estes dois artigos tal qual a redacção do projecto primitivo.

Pois que rasão ha para permittir ás pessoas, a quem respeita o § unico do artigo 785.º, a compra de acções quando são coherdeiros, e não quando são *comproprietarios?* É porventura logico permittir-lhes a compra do direito litigioso quando têem alguns bens hypothecados a esse direito, e não lh'a permittir quando são usufructuarios do immovel a que respeita o direito? E é rasoavel prohibir a compra quando o cessionario é credor do cedente, de modo que talvez não tenha outro meio de haver o pagamento do seu credito?

Não se justifica esta incoherencia de disposições, consignadas nos artigos 786.º e 1563.º Como, porém, são lei as doutrinas de um e de outro artigo, hão observar-se fielmente.

Não deixa porém o cedente de cousa litigiosa de responder por perdas e damnos, no caso de não declarar que é litigiosa a cousa cedida, artigo 1557.º, se não havia ainda demanda sobre a cousa, ou se havendo-a, não havia ainda registo de acção, ou não era caso d'elle. Vendo uma casa sobre a qual pende uma demanda cuja acção não está ainda rejeitada; vendo um credito sobre Pedro proveniente do contrato de deposito: se o comprador fica sem a casa por a perder na demanda, se fica privado do credito por se provar em juizo que o vendedor não tinha credito sobre Pedro, ha de o vendedor responder por perdas e damnos para com o comprador se não o preveniu do risco do direito cedido.

Esta doutrina é consequencia do principio da evicção, que faz responder o alheador para com o adquirente a titulo oneroso pela perda da cousa em consequencia do direito que o terceiro mostra ter sobre ella.

Se porém a cousa são bens immobiliarios, e se acha registada a acção na respectiva conservatoria, não tem o vendedor responsabilidade por perdas e damnos, por falta da declaração, vistoque o comprador podia e tinha rasão de saber o que se achava nos registos da conservatoria.

O registo deve substituir, pela sua publicidade, a declaração a que é obrigado o vendedor para se salvar da responsabilidade por perdas e damnos.

O projecto primitivo mandava punir nos termos das leis penaes o vendedor que omittisse a declaração de que os bens eram litigiosos, e não tivesse bens por onde responder por perdas e damnos, disposição ainda conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e que esta a final com rasão eliminou, não só porque será difficil incluir este facto, como criminoso, no artigo 450.º do codigo penal, mas ainda porque é contra os bons principios o estabelecer a responsabilidade criminal, quando ella não é necessaria absolutamente, e apenas em substituição da responsabilidade civil.

Em materia civil nunca deve ser estabelecida a responsabilidade penal em substituição da responsabilidade civil, ou accumulada com esta, senão quando isso for absolutamente indispensavel para a certeza dos direitos e garantia dos actos juridicos.

**Art. 786.º O devedor de qualquer obrigação litigiosa, cedida por titulo oneroso, póde livrar-se satisfazendo ao cessionario o valor que este houver dado por ella, com seus juros, e as mais despezas feitas na acquisição, excepto se a cessão tiver sido feita:**

**1.º Em favor de herdeiro ou de comproprietario do direito cedido;**

**2.º Em favor do possuidor do immovel, que é objecto d'esse direito;**

**3.º Ao credor em pagamento da sua divida.**

O devedor de direito litigioso, cedido a titulo oneroso pelo credor a terceiro, exonera-se da divida, sem ser obrigado a pagar o montante d'ella, entregando ao cessionario apenas o preço que este pagou, com os juros legaes desde o desembolso, e as despezas feitas com o titulo e modo de acquisição. Esta disposição tem ainda por fim refrear a cobiça dos especuladores de direitos litigiosos, e evitar os processos com que elles perseguem os devedores.

Deve porém ter-se em vista que o devedor não póde invocar a reducção na divida nos termos do artigo, se ella não era litigiosa antes de cedida, e litigiosa na *sua substancia*, artigo 788.º

Se a cessão foi gratuita não é applicavel a disposição do artigo, porque não póde suppor-se no cessionario o mesmo espirito de ambição que n'aquelle que comprou os direitos.

No entretanto esta excepção offerece facil meio de illudir a lei, porque os cessionarios podem dissimular a acquisição sob a apparencia de um titulo gratuito.

Nas tres hypotheses marcadas no artigo, como excepções á regra geral, não póde o devedor livrar-se, senão pagando integralmente a divida ao cessionario. N'estes tres casos não ha rasão para castigar o feito do cessionario, que teve justo motivo para adquirir; e a disposição do artigo tem por fim, não favorecer o devedor, mas punir o cessionario de direitos litigiosos.

Assim, o herdeiro ou comproprietario, que adquire o direito litigioso, não é um estranho que venha por cobiça e espirito de chicana envolver-se n'uma successão ou n'uma partilha, em que elle já intervem pelo seu direito hereditario, ou de compropriedade.



O usufructuario do immovel sobre o qual ha disputa, e que compra o direito litigioso, póde ter em vista o ficar socegado no goso do predio. O cessionario, que adquire o direito litigioso em pagamento da sua divida, presume-se que fez a acquisição para se pagar, e não para especular com a demanda.

**Art. 787.º A fórma de solução, permittida no artigo precedente, só póde dar-se emquanto o litigio não é resolvido por sentença passada em julgado.**

É uma consequencia do disposto no artigo antecedente. O direito deixou de ser litigioso, e tornou-se certo e definido, logoque passou em julgado a sentença que o fixou: *Res judicata pro veritate habetur*. Continha o mesmo pensamento, aindaque com diversa redacção, o artigo correspondente (883.º) do projecto primitivo, que era concebido nos seguintes termos: «O distrate permittido no artigo precedente só poderá ter logar emquanto o litigio não for resolvido em ultima instancia».

**Art. 788.º É tido como direito litigioso, para os effeitos declarados, aquelle que foi contestado na sua substancia, em juizo contencioso, por algum interessado.**

Para se reputar legitioso o direito para os effeitos d'este artigo não basta que tenha sido contestado no juizo conciliatorio, ou de outro qualquer modo. É absolutamente indispensavel que seja contestado: 1.º, em juizo contencioso; 2.º, por algum interessado; 3.º, na substancia, e não em qualquer incidente que não influa na essencia da questão. Conseguintemente não póde dizer-se *litigioso* o direito, se o que se contesta não é, por exemplo a *existencia* da divida, mas qualquer incidente, como a falta de intimação ordenada no artigo 789.º, etc. O projecto primitivo, no artigo correspondente (884.º) considerava litigioso para os effeitos declarados n'esta secção, mesmo o direito contestado em juizo conciliatorio.

**Art. 789.º Pelo que respeita ao cedente, o direito cedido passa ao cessionario pelo facto do contrato; mas em relação ao devedor ou a terceiro, a cessão só póde produzir o seu effeito, desde que foi notificada ao devedor, ou por outro modo levada ao seu conhecimento, comtantoque o fosse por fórma authentica.**

(Vid. artigos 791.º e 792.º) A cessão, emquanto não é notificada ao devedor, só produz effeitos juridicos entre o cedente e o cessionario, mas com relação ao devedor, e a terceiros, que são credores do cedente, é como se não existisse, porque são estranhos ao contrato. Assim, póde o devedor n'este intervallo pagar ao cedente, e este exercer contra o devedor todos os seus direitos, artigo 791.º; e podem igualmente os credores do cedente exercer os seus direitos sobre a divida, como se ella não tivera sido cedida, artigo 792.º

A regra é que o cedente, antes da notificação da cedencia ao devedor, é considerado com relação a este e a terceiros, como o verdadeiro proprietario dos direitos cedidos, porque antes do aviso ninguem tem rasão de saber da cedencia.

O credor póde fazer conhecida do devedor a cedencia, ou por meio de notificação judicial, ou mesmo por meio extrajudicial, comtantoque o aviso conste de documento *authentico*, para se fixar de um modo indubitavel o *tempo* da cessão, sem o risco das antedatas, vistoque o aviso da cedencia ao devedor é fonte de importantes direitos, como se vê n'estes artigos.

No projecto primitivo lia-se, nos artigos (886.º e 887.º) correspondentes aos artigos 790.º e 791.º do codigo, a palavra «*aceitação*» em vez da palavra «*conhecimento*». Aquelle vocabulo porém foi com rasão substituido logo na primeira revisão, vistoque nos termos do artigo 785.º do codigo, e do artigo correspondente (880.º) do projecto do sr. Seabra, não é preciso o *consentimento* ou *aceitação* do devedor para se tornar effectiva a cessão, comquanto para a transferencia do debito seja necessario o consentimento do credor, pelas rasões já dadas em a nota ao artigo 747.º

No intervallo entre a cessão e a communicação d'ella ao devedor as relações juridicas constituidas são só entre o cedente e o cessionario, podendo este apenas usar contra aquelle dos meios competentes para garantir o seu direito, artigo 791.º, como exigindo d'elle hypotheca, fiança, etc.

Art. 790.º Occorrendo no mesmo dia notificação ou conhecimento de varias cessões, serão havidos os diversos cessionarios por iguaes em direitos, excepto se a hora da notificação se achar precisamente declarada; porque, n'este caso, preferirá a primeira.

O direito dos cessionarios é regulado segundo a ordem dos avisos da cedencia ao devedor, preferindo o direito d'aquelle cuja cessão primeiro foi notificada. Reputam-se porém feitas na mesma occasião as notificações feitas no mesmo dia, salvo quando a hora se achar precisamente declarada no acto da notificação, porque então preferem segundo a prioridade da hora. Parece deprehender-se do artigo que o devedor deve pagar áquelle dos cessionarios de que primeiro tiver notificação ou conhecimento, e que sendo a notificação ou conhecimento do mesmo dia, sem ir precisada a hora, póde pagar a qualquer d'elles ou ao primeiro que judicialmente lhe exigir a divida.

Art. 791.º Emquanto não se dá a notificação ou o conhecimento, é licito ao devedor livrar-se, pagando ao cedente, e a este exercer contra aquelle todos os seus direitos. O cessionario só póde, n'esse intervallo, proceder contra o cedente aos actos necessarios á conservação do seu direito.

Art. 792.º Os credores do cedente podem igualmente exercer os seus direitos sobre a divida cedida, emquanto a cedencia não for notificada, ou conhecida na fórma sobredita.

(Vid. nota ao artigo 789.º)

Art. 793.º O credito cedido passa ao cessionario com todos os direitos e obrigações accessorias, não havendo estipulação em contrario.

(Vid. nota ao artigo 781.º)



Art. 794.º O cedente é obrigado a assegurar a existencia, e a legitimidade do credito ao tempo da cessão, mas não a solvencia do devedor, salvo se assim for estipulado.

Art. 795.º Se o cedente se houver responsabilisado pela solvencia do devedor, e não se declarar o tempo, que tal responsabilidade ha de durar, limitar-se-ha esta a um anno, contado desde a data do contrato, se a divida estiver vencida, e, se o não estiver, desde a data do seu vencimento.

§ unico. Se a cedencia for de rendas ou de prestações perpetuas, a responsabilidade do cedente durará por dez annos, salvo havendo estipulação em contrario.

O cedente é obrigado a garantir a existencia e legitimidade do seu credito, isto é, que o credito existe e lhe pertence, ou que elle é proprietario da cousa que cede. Esta garantia é da natureza do contrato, e independente de estipulação.

A solvabilidade do devedor, salvo declaração em contrario, não é elle obrigado a garantir, porque o cedente o que transfere é o seu credito, tal como é, bom ou mau com relação á fortuna do devedor.

No caso de o cedente se comprometter a garantir a solvabilidade do devedor, limita-se a garantia, salvo clausula em contrario, a assegurar o preço que recebeu, e não o valor do direito que vendeu, aliás haveria logar a contratos usurarios, que a lei quer acautelar.

A regra é que a cousa depois de transferida fica por conta e risco do adquirente e que por isso o cedente não responde pela solvabilidade do devedor sem convenção expressa. A garantia da solvabilidade não se estende alem da *solvabilidade actual*, e no silencio das partes a este respeito regula o artigo 795.º a duração da responsabilidade do cedente pela solvabilidade do devedor.

O § unico do artigo 795.º não vinha no projecto primitivo. Foi introduzido sob proposta do sr. Seabra, segundo se lê em a nota ao artigo 867.º do projecto de 1863. Não é facil descobrir a rasão d'este preceito excepcional, que demais é applicavel unicamente ás rendas ou prestações perpetuas, e não ás rendas ou prestações temporarias.

## SECÇÃO XI

### DA CONFUSÃO DE DIREITOS E DE OBRIGAÇÕES

Art. 796.º Confundindo-se na mesma pessoa a qualidade de credor e a de devedor, pela mesma causa, extingue-se o credito e a divida.

(Vid. artigos 2241.º n.º 3.º e 2279.º n.º 1.º) Pela regra de que ninguem póde ser credor ou devedor de si mesmo, a reunião na mesma pessoa das qualidades de devedor e de credor extingue a divida; como se o credor fica herdeiro do devedor, ou o devedor do credor, ou se o devedor por qualquer outro titulo adquire o seu credito. Mas para se verificar a confusão não basta adquirir o credito em simples propriedade ou usufructo, é preciso adquiri-lo em propriedade plena.

A confusão não tem logar só entre devedor e credor. Pela confusão com a propriedade se extingue o usufructo, n.º 3.º do artigo 2241.º,

pela regra: *Res sua nemini servit*, porque assim gosará o proprietario da cousa por titulo de dominio, e não como usufructuario.

Pela confusão acabam tambem as servidões, artigo 2279.º n.º 1.º E a confusão tem logar ou o dono do predio dominante adquira o serviente, ou o do serviente adquira o dominante, ou um terceiro adquira os dois predios, porque quem tem a propriedade inteira de uma cousa não póde ter sobre ella uma simples fracção do direito de propriedade, como é o direito de servidão pela regra acima dita: *Res sua nemini servit*.

Se não se reunir na mesma pessoa a totalidade de ambos os predios, mas só parte determinada de cada um ou de algum d'elles, subsistirá a servidão activa e passivamente no resto.

Mas depois de alienados ou separados os predios não renasce a servidão senão no caso especial do artigo 2274.º

Cremos porém que se a separação for temporaria, resoluvel ou condicional, renascerá a servidão. Por exemplo, se Pedro, dono do predio dominante, o tinha vendido com o pacto de remir a João, dono do predio serviente, e depois o remiu, revive a servidão, porque se resolve a venda como se nunca houvera existido.

João é herdeiro de Pedro, que legou o predio dominante sob condição suspensiva a Paulo, ainda que pela aceitação da herança ha a reunião de ambos os predios na pessoa de João, se verificada a condição passa o predio a Paulo irá com o direito de servidão sobre o o de João, como se o legado fôra puro.

Art. 797.º A confusão, que se verifica na pessoa do principal devedor, aproveita ao seu fiador.

Art. 798.º A confusão, que se dá nas qualidades de fiador e de credor, não extingue a obrigação.

(Vid. artigo 849.º) A disposição do primeiro artigo funda-se em que, extincta a obrigação principal, a do devedor, extincta fica a accessoria, a da fiança, que sem aquella não póde subsistir; e a disposição do segundo artigo na rasão inversa de que a extincção da accessoria, da fiança, não envolve a extincção da principal, que póde subsistir sem aquella.

Do mesmo modo se confunde a obrigação do devedor com a do fiador, por herdarem um do outro; e subsiste no entretanto a do abonador, artigo 849.º Pedro devia a Paulo 100$000 réis, de que era fiador Sancho e abonador Martinho. Pedro foi herdeiro de Sancho, ou Sancho de Pedro: confundiu-se a divida com a caução, mas subsiste a abonação. A unica modificação n'este caso consiste em perder uma caução o credor da divida, porque o responsavel pela outra caução se confundiu com a pessoa do devedor principal.

Art. 799.º A confusão, que se opera na pessoa do credor ou do devedor solidario, só produz os seus effeitos na parte proporcional ao seu credito ou divida.

Pedro, João e Diogo devem-me solidariamente doze; sou herdeiro de Pedro, ou este é meu herdeiro: houve confusão em quatro, e pelos oito restantes continua a obrigação com o mesmo caracter de solidariedade entre os dois restantes comdevedores.

Art. 800.º Não ha confusão concorrendo na mesma pessoa as qualidades de credor e de devedor, por titulo de herança aceita a beneficio de inventario.



(Vid. nota ao artigo 551.º n.º 6.º)

Art. 801.º Se a confusão se desfizer, renascerá a obrigação com todos os seus accessorios, ainda em relação a terceiro, se o facto tem effeito retroactivo.

Assim, se o devedor fica herdeiro testamentario do credor, e mais tarde é annullado o testamento, renasce a divida a favor do novo herdeiro com as respectivas hypothecas, ainda que os predios hypothecados se achem já em poder de terceiro.

O renascimento da obrigação com prejuizo de terceiro parece-nos contrario aos bons principios. O preceito, que por se desfazer a confusão, faz reviver as hypothecas cancelladas, e responsabilisar terceiro, que houve o predio, como livre e desembargado, é durissima, contraria as doutrinas e o fim do registo, e vae de encontro a varios artigos do codigo, com os quaes deve combinar-se, para poder ser aceita em boa jurisprudencia.

Nos termos do artigo 1029.º só póde reviver a hypotheca no caso de extincção da obrigação principal por meio de *pagamento*, quando este for annullado; mas se a inscripção tiver sido cancellada, só renasce desde a data de nova inscripção.

Nos termos do artigo 999.º, sendo declarado nullo o cancellamento, a nullidade só prejudica a terceiro, desde que se acha em juizo, e competentemente registada a respectiva acção.

O preceito do artigo 801.º pois deve entender-se subordinado ás prescripções dos artigos 999.º e 1029.º As palavras mesmo «*se o facto tem effeito retroactivo*» indicam que o artigo, dispondo que a obrigação renascerá com todos os seus accessorios, ainda em relação a terceiro, não determina um principio absoluto.

Portanto nós recompomos o pensamento do artigo nos seguintes termos, desfeita a confusão, renasce a obrigação com todos os seus accessorios, ainda em prejuizo de terceiro que contratou depois de estar já registada a acção para annullar o acto, que operou a confusão. Na especie do artigo 1593.º § unico decidiu o codigo em harmonia com os bons principios.

## SECÇÃO XII

### DA NOVAÇÃO

Art. 802.º A novação effeitua-se:

1.º Quando o devedor contrahe para com o credor uma nova divida em logar da antiga, que fica extincta;

2.º Quando um novo devedor é substituido ao antigo, que fica exonerado;

3.º Quando um novo credor é substituido ao antigo, obrigando-se para com elle o antigo devedor.

(Vid. nota ao artigo 747.º, e artigo 807.º) A novação é a substituição da divida antiga por outra nova, ficando aquella extincta. São tres os casos de novação: nova divida, novo devedor e novo credor.

Exemplo do 1.º caso. Obriguei-me a pagar a Paulo 100$000 réis, e depois ajusto com elle o entregar-lhe tres cavallos em vez d'aquella quantia, fica extincta a primeira divida.

Exemplo do 2.º caso. Devo 100$000 réis a Paulo, apresento-lhe, como devedor, em meu logar, a Pedro, no que elle consente, fica extincta a minha divida para com Paulo.

Dizem alguns que, para ter logar a extincção da obrigação pela novação n'este caso, não basta que Paulo apresente em seu logar a Pedro, mas que é indispensavel que alem d'isso se declare que com a nova obrigação fica extincta a antiga, isto é, sustentam que a novação só extingue a obrigação do devedor, se assim for expressamente declarado na escriptura. É porém insustentavel similhante opinião.

Deduz-se perfeitamente dos artigos 807.º, 809.º e 813.º que a extincção da antiga obrigação é consequencia da novação, independentemente de outra declaração. Nem ha novação sem a extincção da obrigação anterior; e a novação basta que se deduza claramente dos termos do novo contrato, artigo 803.º

Exemplo do 3.º caso. Tenho sobre Paulo um credito de 100$000 réis; ajusto com elle o ficar pertencendo esta somma a Pedro: é extincto o meu credito.

Art. 803.º A novação não se presume; é necessario que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contrato.

(Vid. artigo 806.º) A renuncia de direitos não se presume. Não póde pois presumir-se renuncia aos direitos, que dava a obrigação primitiva, se a substituição não foi estipulada em termos precisos e expressos, ou se não se deduz de uma maneira evidente dos actos praticados entre o devedor e o credor a intenção de novar. Não se presumem os factos; e por isso não se presume a existencia de um contrato posterior revogando o anterior. É clara a intenção de novar, quando a nova obrigação é incompativel com a antiga.

Não se considera novação qualquer modificação que, longe de tender á extincção da divida, tende a assegura-la, como o acrescentamento de uma clausula penal, de uma hypotheca, a estipulação de juros quando os não havia, ou o augmento d'estes, etc.; devendo apenas notar-se que o fiador não responde por qualquer aggravamento na obrigação sem o seu consentimento.

Pela rasão de que a novação não se presume é que a simples indicação, feita pelo devedor ou pelo credor, da pessoa que deve pagar ou receber em seu logar, não significa *novação*, artigo 806.º, mas quando muito o *mandato* que o devedor ou o credor dá a terceiro para pagar ou receber em seu logar.

Art. 804.º A novação, por substituição de devedor, não póde fazer-se sem consentimento do credor; mas póde fazer-se sem intervenção do devedor antigo, nos termos em que, sem consentimento do devedor, póde ser feito o pagamento.

(Vid. nota ao artigo 747.º)

Art. 805.º O credor, que exonerar pela novação o antigo devedor, aceitando outro em seu logar, não terá regresso contra aquelle, se o novo devedor se achar insolvente ou for incapaz, salvo se outra cousa for estipulada.

O credor que aceitou outro devedor em logar do primeiro exonerou completamente este, e só póde considerar como obrigado o que



o substituiu. É da natureza da novação o extinguir a anterior obrigação.

O codigo civil francez, o projecto de codigo civil hespanhol, e outros, acrescentam á excepção, estabelecida no final do artigo, o ser a insolvencia anterior e publica ou conhecida do devedor, pela presumpção de que o credor, que consentiu na novação n'esta hypothese, o fez pelo erro em que estava da ruina d'aquelle, que tomava como novo devedor.

Não póde no entretanto aceitar-se esta outra excepção, que o codigo não reconhece, tendo aliás podido aproveita-la dos artigos de lei estrangeira, que foram a sua fonte. A rescisão d'esta convenção só póde verificar-se, havendo erro que dê causa á nullidade do contrato, nos termos expostos no codigo, artigo 656.º e seguintes.

Art. 806.º A simples indicação, feita pelo devedor, de pessoa que deva pagar em seu logar, ou feita pelo credor, de pessoa que deva receber em seu logar, não produz novação.

(Vid. nota ao artigo 803.º)

Art. 807.º Extincta a divida antiga pela novação, ficam igualmente extinctos todos os direitos e obrigações accessorios, não havendo reserva expressa.

§ unico. Se a reserva disser respeito a terceiro, é tambem necessario o consentimento d'este.

(Vid. nota ao artigo 802.º)

Art. 808.º Quando, porém, a novação se effeitua entre o credor e algum devedor solidario, os privilegios e hypothecas do antigo credito só podem ser reservados em relação aos bens do devedor, que contrahe a nova divida.

A, B e C eram devedores solidarios a D; D concordou com C em ser substituido como credor por E: não gosa E para a sua divida das garantias que tinha D, senão com relação aos bens do devedor C, porque os outros comdevedores ficaram todos exonerados, artigo 809.º

A divida anterior extinguiu-se pela novação entre o credor e um dos devedores solidarios. As garantias pois, achando-se estipuladas para a divida antiga, e não para a nova, não podem ampliar-se a esta sem consentimento dos interessados.

O devedor, que fez a novação, fica apenas com o direito de exigir de cada um dos comdevedores a sua quota parte.

Art. 809.º Pela novação, feita entre o credor e algum dos devedores solidarios, ficam exonerados todos os mais comdevedores.

(Vid. nota ao artigo 751.º)

Art. 810.º Se a primeira obrigação se achar extincta ao tempo em que a segunda for contrahida, ficará a novação sem effeito.

Assim, se o herdeiro ajusta com o legatario dar-lhe 100$000 réis em logar de um cavallo que lhe havia deixado o testador, e o legatario

a essa hora estava já entregue do cavallo, é nulla a novação, porque não tem rasão de ser. Falta-lhe um requisito essencial, que é a existencia de uma obrigação anterior, para ser substituida por outra.

Art. 814.º Ainda que a obrigação anterior seja subordinada a uma condição suspensiva, só fica a novação dependente do seu cumprimento, no caso em que assim seja estipulado.

No exemplo supra, se a entrega do cavallo estava dependente da chegada de um navio, e se o herdeiro ajustou dar os 100$000 réis sem pôr claramente a condição suspensiva, fica pura a obrigação, e elle obrigado a compri-la desde logo, como se tal condição não houvera A obrigação substituida é uma obrigação inteiramente *nova*. Por ser condicional a anterior, não se segue que o seja tambem a posterior.

Art. 812.º Se a obrigação primitiva for absolutamente reprovada pela lei, ou tal que não possa ser sanada ou confirmada, será nulla a obrigação que a substituir.

Art. 813.º Se a novação for nulla, subsistirá a antiga obrigação.

Se a novação for nulla subsiste a antiga obrigação, porque a obrigação nulla, como *posterior*, não póde viciar a anterior valida.

Se porém é nulla a obrigação anterior não póde ser valida a novação, por estar viciada a sua *causa*.

Assim a novação, que consiste na transferencia do encargo da divida para um demente, é nulla, ficando por isso valida a obrigação anterior. Pelo contrario, se a divida foi contrahida com um demente, e depois transferida para um devedor *sui juris*, fica nulla a novação.

Art. 814.º O devedor substituido não póde oppor ao credor as excepções, que poderia oppor o primeiro devedor; mas póde oppor-lhe as que pessoalmente tenha contra o mesmo credor.

A novação não é subrogação. A novação extingue a divida antiga, e cria outra nova; e por isso o novo devedor não póde oppor as excepções, que eram pessoaes do antigo devedor.

## SECÇÃO XIII

### DO PERDÃO E DA RENUNCIA

Art. 815.º É licito a qualquer renunciar o seu direito, ou remittir e perdoar as prestações que lhe são devidas, excepto nos casos em que a lei o prohibir.

(Vid. nota ao artigo 182.º, e artigos 1026.º n.º 2.º, 1027.º n.º 3.º, 2241.º n.º 5.º, 2261.º e 2279.º n.º 3.º) Cada um é senhor do seu direito, e por isso inteiramente livre de o renunciar. A renuncia das prestações vincendas é n'alguns casos prohibida, como na especie do artigo 182.º, relativa a alimentos. Caso em que se prohiba a renuncia de prestações *vencidas* não o conhecemos.

Em todo o caso a renuncia do direito é um meio de extinguir a obrigação correlativa.



No projecto primitivo vinha um artigo em seguida ao correspondente a este, que era redigido nos seguintes termos: «A existencia, em poder do devedor, do documento particular que representa a obrigação, estabelece em seu favor a presumpção de perdão ou pagamento, emquanto o credor não provar o contrario».

A commissão revisora com rasão eliminou este preceito.

Pela renuncia acabam os privilegios, artigo 1026.º n.º 2.º, as hypothecas, artigo 1027.º n.º 3.º, o usufructo, artigo 2241.º n.º 5.º, o uso e a habitação, artigo 2261.º, e as servidões, artigo 2279.º n.º 3.º

Art. 816.º O perdão concedido ao devedor principal aproveita ao fiador; mas o concedido a este não aproveita áquelle.

Art. 817.º Havendo mais de um fiador, e sendo todos solidarios, não aproveita aos outros o perdão, que for concedido só a algum d'elles na parte respectiva á sua responsabilidade.

O perdão concedido ao devedor extingue a divida, e por consequencia a fiança, que, como accessorio, não póde subsistir sem o principal.

Mas o perdão concedido ao fiador não exonera o devedor, porque o credor, para beneficiar o fiador, póde ter querido renunciar aos seus direitos sobre este sem renunciar aos seus direitos sobre o devedor.

O perdão concedido a um dos fiadores solidarios na parte respectiva á sua responsabilidade não aproveita aos outros, porque é um favor particular que não póde ampliar-se sem a manifestação expressa da vontade do credor.

# CAPITULO X

## DA CAUÇÃO OU GARANTIA DOS CONTRATOS

## SECÇÃO I

### DA FIANÇA

### SUB-SECÇÃO I

#### DA FIANÇA EM GERAL

Art. 818.º O cumprimento das obrigações, que resultam dos contratos, póde ser assegurado por um terceiro, que responda pelo devedor, se as ditas obrigações não forem cumpridas. É o que se chama fiança.

(Vid. artigos 821.º, 827.º, 829.º, 847.º, 859.º e 895.º) A caução consiste na segurança pessoal ou real, que dá um terceiro ao credor, de satisfazer a obrigação, se o devedor a não cumprir.

Póde estipular-se que haja não só fiador do principal devedor, como tambem fiador do fiador, que se chama abonador, artigo 827.º: a abonação é mais uma segurança do cumprimento do contrato.

O abonador representa, para todos os effeitos, o fiador, tanto no que é favoravel, como no que é gravoso.

Para a fiança ou abonação não é preciso o consentimento do devedor, porque a fiança tem por objecto unicamente a garantia da divida; o fiador obriga-se para com o credor, e não para com o devedor; e

não póde negar-se ao credor o direito de tomar todas as seguranças possiveis para ser respeitado o seu direito.

Por esta rasão póde constituir-se a fiança a favor do credor, sem consentimento do devedor, artigo 821.º, assim como o penhor, artigo 859.º, e a hypotheca, artigo 895.º Verdade seja que o fiador, pagando pelo devedor principal, tem recurso contra este, mas o direito do fiador n'este caso provém da subrogação legal.

Na redacção do artigo 895.º, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido de novo pela commissão revisora, não se guardou perfeita concordancia com a redacção dos artigos 821.º e 859.º, porque se não consignaram as palavras «*sem consentimento do devedor*». A diversidade de redacção porém não altera o pensamento de que tanto a hypotheca, como a fiança, e o penhor, ou outra qualquer segurança pessoal ou real, podem ser ajustadas entre o credor e terceiro, sem conhecimento, e até contra vontade do devedor.

Art. 819.º Podem afiançar todos os que podem contratar, excepto as mulheres, não sendo commerciantes.

Art. 820.º É valida, porém, a fiança prestada por mulheres, aindaque não sejam commerciantes:

1.º No caso de fiança de dote para casamento;

2.º Se houverem procedido com dolo em prejuizo do credor;

3.º Se houverem recebido do devedor a cousa, ou quantia sobre que recáe a fiança;

4.º Se se obrigarem por cousa que lhes pertença, ou em favor dos seus ascendentes ou descendentes.

A fiança, comquanto possa ser onerosa, é em regra gratuita; e a fragilidade das mulheres facilmente as poderia arrastar a contratos de segurança, d'onde só prejuizo lhes poderia advir. Por isso a lei declara nullas em beneficio d'ellas as fianças por ellas contrahidas.

O codigo exceptua d'esta regra as mulheres commerciantes que, pela sua pratica dos negocios e pela sua mais larga experiencia, melhor podem avaliar a importancia dos actos de fiança em que se envolvem. As mulheres commerciantes podem assim afiançar não só em negocios commerciaes, mas tambem em negocios puramente civis.

O legislador, inserindo na lei civil a disposição de que as mulheres commerciantes podem afiançar, refere-se de certo e principalmente á fiança em materia civil, aliás o logar proprio d'este preceito seria no codigo de commercio.

Ha porém casos excepcionaes em que é valida a fiança prestada por mulheres, ainda não commerciantes. Se afiançam em dote para casamento, hão de responder por elle no caso de o dotador não cumprir, excepção determinada pelo favor com que a lei trata os dotes para casamento.

Se a mulher procedeu com dolo, prestando a fiança no unico intuito de prejudicar o credor, é valida a fiança, pela rasão de que ninguem deve lucrar com o seu dolo.

O mesmo é se a mulher houver recebido do devedor a cousa sobre que recae a fiança, vistoque essa cousa pertence ao credor, e ninguem deve locupletar-se com o alheio.

Tambem é valida a fiança se a mulher se obriga por cousa sua ou de seus ascendentes ou descendentes, porque é obrigação constituida no seu *proprio interesse*.



Deve notar-se que as provisões dos dois artigos se referem ás mulheres que gosam da livre administração de seus bens, e não ás mulheres casadas, sujeitas á administração do marido.

A mulher casada não tem responsabilidade alguma pela fiança prestada pelo marido sem a sua intervenção, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 28 de janeiro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 19, 3.º anno, e se mostra dos artigos 1110.º e seguintes do codigo.

Art. 821.º A fiança póde ser estipulada entre o fiador e o credor, ainda sem consentimento do devedor, ou do primeiro fiador, se ella se referir a este.

(Vid. nota ao artigo 818.º)

Art. 822.º É nulla a fiança, que recáe em obrigação que não seja valida, excepto se a nullidade da obrigação proceder unicamente de incapacidade pessoal.

§ 1.º N'este ultimo caso a fiança subsiste, aindaque o devedor principal faça rescindir a sua obrigação.

§ 2.º Esta excepção não abrange a fiança por emprestimo feito a filho familias, como se dirá no titulo respectivo, artigos 1535.º e 1536.º

(Vid. notas aos artigos 99.º e 694.º)

Art. 823.º A fiança não póde exceder a divida principal, nem ser contrahida sob condições mais onerosas. Póde, comtudo, contrahir-se por quantidade menor, e com menos onerosas condições. Se exceder a divida ou se contrahir mais onerosa, a fiança não será nulla, mas sim reductivel aos precisos termos da divida afiançada.

(Vid. nota ao artigo 674.º)

Art. 824.º Quando algum devedor é obrigado a dar fiador, não póde o credor ser obrigado a aceitar fiador que não tenha:

1.º Capacidade para obrigar-se;

2.º Bens immoveis livres e desembargados, que cheguem para segurança da obrigação, e sejam situados na comarca onde o pagamento deve ser feito.

Estabelece o artigo garantias indispensaveis para não se tornar illusoria a fiança. Sem a capacidade juridica do fiador é nulla a fiança; e, se elle não tivesse dentro da comarca, onde o pagamento deve ser feito, bens de raiz desembargados, seria de difficil cumprimento a obrigação da fiança.

Para o calculo pois da solvabilidade do fiador e do abonador, artigo 829.º, attende-se unicamente aos bens immobiliarios que elle possue; e não aos moveis, que facilmente se alienam e não são susceptiveis de hypotheca; e dos bens immobiliarios só se tomam em conta os que não estão litigiosos, nem onerados com outros encargos.

A exigencia de bens immobiliarios para constituir a solvabilidade do fiador é uma innovação radical na nossa legislação sobre esta materia. Nas leis civis anteriores ao codigo civil, bem como no codigo do commercio e na nossa lei de processo, não se exige para a idoneidade da fiança a condição de ter o fiador bens *immoveis*, e bens immoveis sitos na comarca. Por excepção a ordenação, livro I, titulo LXII, § 38.º, para assegurar a reversão dos bens ao ausente, exigia um fiador abonado que possuisse bens de raiz na respectiva localidade e que fosse ali morador; mas n'outros casos limitava-se a exigir que estes garantes fossem fiadores *bastantes*, ficando assim a apreciação da idoneidade dependente do arbitrio do juiz, como nas hypotheses da ordenação, livro III, titulos XXV *pr.*, XXXVII *pr.*, XLI § 5.º, LXXXIV § 14.º, e LXXXVI § 2.º

O codigo commercial, como póde ver-se dos artigos 476.º, 850.º, 1119.º, e outros, falla de fiadores *bastantes* e *idoneos*, sem exigir, como condição essencial, o terem bens de raiz na comarca; e a reforma judicial, como póde ver-se, entre outros, dos artigos 681.º § 9.º, 682.º § 3.º, 921.º, 927.º, 928.º e 930.º, falla de fiança idonea, e de pessoas ricas, chãs, e moradoras no districto da jurisdicção do juiz. A doutrina do codigo de commercio e da reforma judicial não foi revogada pelo codigo civil nas especialidades, a que se referem, comquanto dê margem a julgar-se o contrario o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo.

A idoneidade, tendo por base principal a solvabilidade, que presuppõe a abundancia de meios provenientes de qualquer das fontes de riqueza, ou sejam rendimentos prediaes, ou de capitaes consolidados, ou de commercio e industria, etc., não póde em rigor restringir-se á solvabilidade proveniente da riqueza predial. O codigo porém transformou, por assim dizer, a fiança, de obrigação pessoal, que era, em obrigação real, e amplia estas disposições á abonação, visto o preceito do artigo 829.º

**Art. 825.º** Se o fiador prestado mudar de fortuna, de fórma que haja risco de insolvencia, poderá o credor exigir outro fiador.

(Vid. nota ao artigo 741.º)

**Art. 826.º** Tanto a fiança, como a exoneração d'ella, provam-se pelos meios estabelecidos na lei para se provar o contrato principal.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

**Art. 827.º** Podem uma ou mais pessoas responsabilisar-se pela solvabilidade do fiador. A este facto chama-se abonação.

(Vid. nota ao artigo 818.º)

**Art. 828.º** Para haver abonação é necessario que seja dada em termos claros, expressos e positivos.

A simples indicação ou recommendação de que alguem é solvavel não importa a obrigação de afiançar, salvo a responsabilidade por perdas e damnos quando a recommendação é fraudulenta.

A fiança e a abonação, pela sua natureza especial, não são contratos que se deduzam tacitamente de quaesquer factos: hão de ser ajustados de um modo definido e preciso.



**Art. 829.º** A abonação póde provar-se pelos mesmos meios pelos quaes se prova a fiança, e é em tudo o mais sujeita ás disposições que regulam a fiança, excepto quando a lei, expressamente, determinar o contrario.

(Vid. nota aos artigos 686.º e 818.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DOS EFFEITOS DA FIANÇA EM RELAÇÃO AO FIADOR E AO OREDOR

**Art. 830.º** O fiador não póde ser compellido a pagar ao credor, sem previa excussão de todos os bens do devedor, excepto:

1.º Se o fiador se obrigou como principal pagador;

2.º Se renunciou ao beneficio da excussão;

3.º Se o devedor não póde ser demandado dentro do reino.

(Vid. artigo 837.º) Pela natureza *subsidiaria* da sua obrigação o fiador só é obrigado a pagar ao credor, quando se mostre que foram executados todos os bens do devedor, e que elle já não tem por onde pague o total ou parte do credito; e do mesmo direito gosa o abonador, tanto contra o devedor, como contra o fiador, artigo 837.º

Como porém o direito, que tem o fiador de exigir a previa excussão dos bens do devedor, é facultativo, e lhe é licito renunciar a elle, póde obrigar-se como principal pagador, ou renunciar ao beneficio da excussão; a fiança toma n'estes casos o caracter de divida *solidaria*, e póde o credor dirigir-se só contra o fiador, sem que este possa oppor-lhe o beneficio da excussão.

De igual direito gosa o credor se o devedor não póde ser demandado no reino, por ter mudado o seu domicilio ou ter saído para paiz estrangeiro, porque as despezas e a demora do pleito ou da citação em paiz estrangeiro tornavam quasi inutil a garantia do devedor, não tendo então o credor recurso senão contra o fiador.

No entender de alguns, a simples viagem ou residencia do devedor em paiz estrangeiro, onde possa ser citado para responder no reino, não dá direito ao credor de se dirigir immediatamente contra o fiador, sem que a este aproveite o beneficio da excussão.

Parece-nos todavia que a palavra «*demandado*», empregada em o n.º 3.º do artigo, tem a mesma significação que a palavra «*citado*», porque, se nos termos do artigo 844.º n.º 3.º póde o fiador, mesmo antes de haver pago, exigir que o devedor pague ou o exonere da fiança, pelo simples facto de este *pretender* ausentar-se do reino, parece que o fiador fica compellido a pagar, como devedor principal, se o verdadeiro devedor chegou a ausentar-se effectivamente, de modo que não possa ser citado no reino. Mas o fiador, mesmo ainda antes de haver pago, póde exigir que o devedor pague a divida ou o desonere da fiança provando simplesmente, que este pretende ausentar-se do reino, artigo 844.º n.º 3.º

A commissão revisora com rasão eliminou, por conterem materia puramente de processo, os dois artigos que no projecto primitivo se achavam inscriptos em seguida ao artigo (927.º) correspondente ao artigo 830.º do codigo, e que eram redigidos nos seguintes termos: «O fiador não poderá comtudo aproveitar-se do beneficio da excussão, se o

não requerer logoque seja citado para pagar, nomeando bens sufficientes do devedor, que sejam livres e desembargados, e situados na comarca em que o pagamento deve ser feito, e adiantando as despezas da excussão. O credor que, no caso do artigo precedente, se houver com negligencia em promover a excussão, será responsavel pelo prejuizo que possa causar ao fiador com a sua negligencia».

Art. 831.º O credor póde demandar simultaneamente o devedor principal e o fiador, salvo o regresso que fica ao fiador contra aquelle.

Art. 832.º Sendo demandado o fiador, quer seja como simples fiador, quer como principal pagador, póde fazer citar o devedor, para com elle se defender, ou ser condemnado conjunctamente.

Art. 833.º Condemnados conjunctamente o devedor e o principal pagador, sendo este compellido a pagar, póde nomear á penhora bens do devedor, se elle os tiver livres e desembargados, e situados na mesma comarca.

É preciso analysar estes artigos do codigo, de combinação com o artigo 613.º da novissima reforma judicial, que é redigido nos seguintes termos: «Exhaustos os bens do condemnado, ou não os tendo, a sentença se executará no fiador, se tiver sido ouvido na causa com o devedor principal, ou se se tiver obrigado a estar pela sentença, que contra este o credor obtiver, ou se tiver sido dado no caso de algum espaço concedido pelo exequente ao executado, depois da sentença, para lhe pagar.

«§ 1.º Ainda mesmo tendo bens o devedor, poderá o exequente requerer logo penhora contra o fiador, se tambem for principal pagador, e tiver sido ouvido na causa principal. N'este caso porém é licito ao fiador nomear á penhora os bens do devedor, ficando sempre livre ao exequente dirigir a execução contra os bens d'aquelle, quando se encontrem difficuldades nos que assim forem nomeados.

«§ 2.º Por tudo o que o fiador pagar pelo principal devedor, póde aquelle a todo o tempo executar este pela mesma sentença, e execução, sem dependencia de cessão, conciliação, ou nova demanda.»

É até conveniente para o credor o demandar conjunctamente o devedor e o fiador, para evitar dois processos e duas sentenças condemnatorias, com perda de tempo e de dinheiro, porque a sentença que condemna simplesmente o devedor não obriga o fiador, e vice-versa.

O fiador condemnado, que pagou ao exequente, não póde pagar-se pelos bens do devedor continuando na mesma execução, se o devedor não foi tambem condemnado, ou não está compromettido em documento com força de execução apparelhada.

Fóra d'estes dois casos ha de intentar a acção ordinaria para haver do devedor o que por via d'elle desembolsou, artigo 841.º

Porém, ainda que a sentença seja proferida contra os dois, só se dá a execução contra o fiador depois de executados os bens do devedor principal, como se vê do artigo antecedente, e claramente dispõe o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 1747.º, fonte d'este.

Verdade seja que as palavras finaes do artigo «*salvo o regresso*, etc.», parecem indicar que a sentença se executa contra ambos, e que o fiador não tem outro direito senão o regresso contra o devedor.



Ainda mais. O artigo 832.º, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido pela commissão revisora em sessão de 8 de maio de 1861, mas sob proposta do sr. Seabra, estabelece que o *simples fiador* póde ser demandado independentemente do devedor, o que dá logar ao argumento de que elle é obrigado a pagar em todo o caso antes de executados os bens do devedor, ficando-lhe apenas o regresso contra o devedor principal.

Todavia não póde acceitar-se similhante interpretação sem se destruir o principio geral, consignado no artigo 830.º, do beneficio da excussão.

Alem d'isso rasões de conveniencia muito particular, a que o codigo quiz attender, podem levar o credor a demandar o fiador só, independentemente do devedor, sem que isso prejudique o direito, que tem o fiador, de requerer que sejam executados primeiro os bens do devedor.

Finalmente o artigo 833.º, introduzido tambem pela commissão revisora na mesma sessão, sob proposta do sr. Gil, permitte ao fiador que é principal pagador, e que foi condemnado conjunctamente com o devedor, o nomear á penhora os bens d'este, se os tiver livres e desembargados na comarca.

Ora, se ao principal pagador, cuja obrigação é mais forte do que a do simples fiador, se permitte nomear á penhora bens do devedor, mal se comprehende como o simples fiador seria por si obrigado a pagar, sem lhe restar outro recurso senão contra o devedor.

Similhante interpretação é incompativel com a natureza da obrigação contrahida pela fiança.

Igual intelligencia dá a estes artigos o auctor do projecto de codigo de processo no artigo 347.º, que estabelece as disposições seguintes: «Que o fiador, ainda que seja principal pagador, póde nomear á penhora os bens do originario devedor, estando livres, e tendo elle sido conjunctamente condemnado, nos termos do artigo 833.º do codigo civil, ou tendo-se conjunctamente obrigado no documento que serve de base á execução; que pagando ao exequente, póde promover pela mesma execução a cobrança do que assim tiver pago, se o executado se achar comprehendido na sentença, ou se tiver obrigado em outro qualquer documento que sirva de base á execução na fórma exposta».

Nos artigos 348.º e 349.º determina o mesmo projecto:

«Que se a penhora comprehender dinheiro ou dividas activas, vencidas e confessadas no auto da penhora pelo devedor, se passará logo depois mandado de levantamento, em favor do exequente, pela quantia correspondente á sua divida;

«Que se o depositario não entregar a quantia ou objecto em deposito será immediatamente preso, procedendo-se nos mais termos da accusação criminal, por crime previsto no artigo 463.º do codigo penal;

«Que se a accusação criminal não proceder poderá, apesar d'isso, prolongar-se a prisão até um anno, cessando porém logoque sejam entregues a quantia ou objectos depositados;

«Que tratando-se da divida activa penhorada, será o devedor intimado para em cinco dias a pagar, procedendo-se a penhora, se assim o não cumprir, e seguindo-se n'este mesmo processo os mais termos da execução;

«Que da mesma fórma póde proceder-se contra o depositario, na hypothese anterior».

Em nosso entender, das disposições dos tres artigos do codigo combinados resultam os seguintes corollarios:

1.º Que demandado simultaneamente o devedor e o fiador, se por qualquer circumstancia este tiver de pagar alguma parte da divida, fica-lhe sempre aberto o regresso contra o devedor.

2.º Que o fiador, ainda quando não é principal pagador, póde ser demandado sem o devedor, porque o codigo em parte nenhuma prohibe que elle seja demandado sem o devedor, poisque o artigo 830.º estabelece o principio de que o fiador não póde ser obrigado *a pagar* sem a excussão dos bens do devedor, mas não que não possa ser demandado e condemnado sem a citação do devedor.

3.º Que se porém for demandado o fiador sem o devedor, ainda que seja simples fiador, se não fizer citar o devedor para com elle correr a sorte da demanda, nos termos do artigo 832.º, não póde depois aproveitar-se do beneficio que lhe concedem os artigos 830.º e 833.º, fazendo excutir primeiro os bens do devedor, mas fica obrigado a pagar pelos seus bens, e apenas com o regresso contra o devedor, nos termos do artigo 831.º

A rasão é porque o fiador demandado sem o devedor, que não chama este a defender-se conjunctamente, faz presumir que toma sobre si a responsabilidade da demanda, e por isso ha de pagar ao credor pelos seus bens, comquanto lhe fique sempre aberto o direito de indemnisar-se pelos bens do devedor.

4.º Que condemnados conjunctamente o devedor e o fiador, ou por terem sido demandados simultaneamente, ou porque o fiador citado sem o devedor o chamou á demanda, póde o fiador, ou seja principal pagador, e por maioria de rasão sendo simples fiador, e ainda que se ache em algum dos casos comprehendidos nos tres numeros do artigo 830.º, nomear á penhora os bens do devedor, artigo 833.º

Este artigo tem apenas uma excepção, que é no caso de terem sido hypothecados bens pelo fiador á segurança da divida, porque n'este caso é sobre esses bens que a execução ha de correr primeiro, nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigos 206.º e seguintes.

Já a novissima reforma judicial determinava no artigo 588.º § unico, que havendo hypotheca especial ou consignação de certos bens para pagamento, por estes devia começar a penhora, apesar de no artigo 613.º e § 1.º dispor que a sentença só podia ser executada contra o fiador, depois de exhaustos os bens do condemnado, salvo sendo o fiador tambem principal pagador; mas em todo o caso, ou o fiador fosse principal pagador, ou simples fiador, era necessario que tivesse sido ouvido na causa com o devedor principal, ou que tivesse obrigado a estar pela sentença que contra este obtivesse o credor, ou que tivesse sido dado no caso de algum espaço concedido pelo exequente ao executado, depois da sentença, para lhe pagar.

E se tanto o devedor como o fiador tivessem hypothecado bens ao pagamento da divida, poderá o fiador, no caso do artigo 833.º, requerer que a penhora e execução comece, d'entre os bens hypothecados, pelos do devedor?

Opinam alguns pela affirmativa com o fundamento de que esta *ordem* na execução dos bens hypothecarios não prejudica a preferencia do credor sobre os bens hypothecados, e de que o proprio regulamento de 28 de abril de 1870 manda applicar a todo o processo da expropriação hypothecaria as disposições geraes sobre as execuções e expropriações particulares, que não forem incompativeis com as provisões especiaes do mesmo regulamento.

No entretanto julgâmos incompativel esta opinião com as doutrinas que regem o direito hypothecario. Segundo as disposições dos artigos 893.º do codigo e 72.º do regulamento do registo predial, a hypotheca é de sua natureza *indivisivel;* subsiste em todos e em cada um dos predios hypothecados, e em cada uma das partes que os constituem, não podendo conseguintemente haver *distincção* ou *divisibilidade* nos predios hypothecados para o effeito da execução.



É de notar que o fiador condemnado conjunctamente com o devedor não tem de intentar nova acção para haver o pagamento do devedor, continuando assim a vigorar a disposição do artigo 613.º § 2.º da novissima reforma judicial, que auctorisava o fiador que tivesse pago pelo devedor principal a executar este a todo o tempo pela mesma sentença e execução, sem dependencia de cessão, conciliação ou nova demanda.

A novissima reforma judicial dispõe de um modo positivo que a sentença contra o devedor não póde executar-se contra o fiador que não foi ouvido na causa principal; e infere-se do citado § 2.º do artigo 613.º que a sentença contra o fiador tambem não póde ser executada contra o devedor, sem que este tenha sido ouvido na causa principal. O codigo facultando, no artigo 832.º, ao fiador o direito de chamar o devedor á demanda, e permittindo-lhe no artigo 833.º o nomear á penhora bens do devedor unicamente quando forem condemnados *conjunctamente*, mostra igualmente que a sentença obtida contra o fiador não póde executar-se contra o devedor que não foi ouvido na causa principal.

O fiador, que paga pelo devedor, fica subrogado nos direitos do credor, mas para os tornar effectivos em acção, e não em execução, que não existe ainda contra o devedor. A respeito da verdade d'esta nossa opinião tira todas as duvidas o § unico do artigo 841.º, facultando ao devedor o direito de oppor ao fiador todas as excepções que tinha para oppor á acção intentada pelo credor, quando o fiador o não fez citar para essa acção.

Já pelo antigo direito se julgava tambem que o fiador demandado que não tinha feito citar o devedor para com elle se defender, e que era condemnado só, não podia depois executar a mesma sentença contra o devedor, e que lhe era preciso intentar nova acção. Assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 28 de junho de 1870, denegando a revista interposta contra o accordão da relação de Lisboa de 15 de junho de 1867, como tudo póde ver-se a pag. 170 e seguintes, tomo I, da jurisprudencia civil, commercial e criminal da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação.*

A nossa lei de processo não regula os termos a seguir quanto ao devedor citado, na especie do artigo 832.º Devem porém seguir-se com elle os tramites regulares das acções, para lhe dar todo o logar á defeza, ainda que isso vá demorar um pouco o andamento do feito.

Art. 834.º A transacção feita entre o fiador e o credor não abrange o devedor principal, nem a transacção entre este e o credor abrange o fiador, salvo, n'um e n'outro caso, o consentimento do terceiro.

É a regra de que os contratos só aproveitam ou prejudicam aos contrahentes e seus herdeiros: *Res inter alios acta aliis non nocet.*

O codigo com rasão exceptua, ainda em homenagem áquella regra geral, o caso do devedor principal ou do fiador terem intervindo ou consentido na transacção.

Art. 835.º Sendo varios os fiadores do mesmo devedor, e pela mesma divida, cada um d'elles responde pela totalidade,

não havendo declaração em contrario; mas, sendo demandado só algum d'elles, póde fazer citar os outros para com elles se defenderem ou serem conjunctamente condemnados, cada um na sua parte; e, só n'este caso, responderá na falta d'elles.

§ unico. O beneficio da divisão, entre os comfiadores, não se verifica nos casos em que se não dá a excussão contra o principal devedor.

Art. 836.º O fiador, que implorar o beneficio da divisão, só responderá proporcionalmente pela insolvencia dos outros fiadores, anterior á divisão, e nem por esta mesma, se o credor voluntariamente tiver feito o rateio, sem que este haja sido impugnado pelo fiador.

A regra geral é que a solidariedade nas obrigações não existe nem se presume sem ser expressamente pactuada. É porém excepção a fiança, pela sua natureza especial. Cada um dos fiadores, salva expressa declaração em contrario, responde pela totalidade da divida; mas, quando for demandado um, póde oppor o beneficio da divisão, exigindo que a acção corra contra todos os fiadores, e que seja condemnado cada um na sua parte.

Não obstante a solidariedade das obrigações dos comfiadores, fazlhes o codigo este beneficio, sem com isso prejudicar os direitos do credor, porque apesar do beneficio da divisão os comfiadores solvaveis respondem pela quota dos que se acharem em insolvencia até á data da sentença condemnatoria.

Os effeitos do beneficio da divisão consistem em que não responde pela insolvencia dos outros posterior á divisão, o que o implorou, poisque a divisão obriga o fiador só á sua parte da divida, tornando-o completamente estranho ao resto do credito.

Mas para aproveitar este beneficio hão de ser fiadores do *mesmo devedor*, e pela *mesma divida*. Entre fiadores de diversos devedores, ainda que a divida seja a mesma, não tem logar.

O beneficio da divisão cessa em todos os casos marcados no artigo 830.º, isto é: no caso de renuncia; se o fiador se obrigou como principal pagador; ou se os outros fiadores não podem ser demandados no reino.

A renuncia a este beneficio ha de provavelmente ser estipulada muitas vezes nos respectivos contratos por exigencia do credor.

No artigo 835.º, que de resto foi copiado sem alteração notavel do artigo 932.º do projecto primitivo, foram introduzidas pela commissão revisora as seguintes palavras: «*e, só n'este caso, responderá na falta d'elles*».

A redacção e a grammatica ensinam que o fiador, que implora o beneficio da divisão, *só n'este caso*, responde na falta dos comfiadores, e que não responde, por consequencia, na falta d'elles no caso de o não implorar. Similhante interpretação porém não póde aceitar-se, como absolutamente incompativel com os principios que regem o assumpto.

Se o fiador só respondesse na falta dos comfiadores, quando implorasse o beneficio da divisão, nunca o imploraria de certo; e a divisão, longe de ser considerada beneficio, devia considerar-se mal gravissimo.

Que esta não era nem podia ser a mente da commissão revisora



confirma-se ainda em vista da acta da sessão de 27 de maio de 1861, onde se lê, a respeito do já citado artigo 932.º do projecto primitivo, fonte d'este, o seguinte: «Votou-se que o artigo seja redigido por modo que se estabeleça bem claramente que o fiador demandado no caso d'este artigo póde requerer que os seus comfiadores possam ser citados para serem condemnados conjunctamente pelas suas respectivas partes, e só na falta responderá nos termos do artigo 933.º (que corresponde ao artigo 836.º do codigo)».

Portanto, combinado o que se lê na acta com o verdadeiro pensamento fundamental do artigo, parece que aquellas palavras significam o seguinte: «e que no caso de não serem demandados todos, mas só algum, e de este fazer citar os outros, e de serem estes condemnados, responde pelas quotas dos outros o demandado só na *falta* d'elles; porque, se não for demandado isoladamente, ou, sendo-o, não reclamar a citação dos outros, responde pela totalidade da divida, ainda não sendo os outros insolventes.

Tomando-se a palavra «*falta*» como synonymo de «*insolvencia*», e subordinando-se o adverbio «*só*» á palavra «*responderá*», e não ás palavras «*n'este caso*», ainda se tira uma interpretação racional.

Que este era o pensamento da commissão revisora mostra-se ainda da redacção que ella deu primitivamente á sua idéa, porque no artigo (842.º) do projecto de 1864 correspondente ao artigo 835.º do codigo, onde apparece formulada pela primeira vez a deliberação tomada pela commissão revisora na referida sessão de 27 de maio de 1861, em vez das palavras «*e, só n'este caso, responderá na falta d'elles*», lêem-se est'outras «*e se o forem, n'este caso sómente responderá na falta d'elles*».

A redacção «*e, n'este caso, responderá na falta d'elles*» deve ser substituida por esta «*e, n'este caso, responderá só na falta d'elles*», ou por est'outra: «*e só, n'este caso, responderá na falta d'elles*». A simples mudança na virgulação dava outro pensamento inteiramente differente, e que é o verdadeiro.

O beneficio que o codigo concede para o caso de ser demandado *só algum dos devedores* applica-se por identidade ao caso de serem demandados *alguns*, e não só um.

Os outros comfiadores, que não imploraram o beneficio da divisão, respondem pela totalidade da divida, ou cada um só pela sua parte?

A julgar pela redacção, parece que só o que implorou o beneficio da divisão responde pela sua parte, e que os outros que o *não implloraram* respondem pela totalidade.

Effectivamente os que não imploraram o beneficio de divisão respondem para com o credor pela totalidade da divida, mas não ficam por isso inhibidos de exigir de cada um dos comfiadores a sua quota parte.

O fiador nem pela insolvencia anterior á divisão é responsavel se o credor fez *voluntariamente* a divisão, porque por este facto renunciou, destruindo-a, á solidariedade das cauções.

Mas para proceder a renuncia é necessario que o fiador não tenha impugnado o rateio, que fica sem effeito em virtude d'esta impugnação, e que só vale com relação aos fiadores que não impugnaram.

Para aproveitar aos fiadores esta divisão não é preciso que implorem o beneficio da divisão, como indica a redacção do artigo 836.º, porque o rateio *voluntario* do credor é incompativel com a divisão *requerida* pelo fiador.

Deve notar-se que no artigo 835.º ha um erro typographico, devendo ler-se «*elle*» onde está «*elles*».

Art. 837.º O abonador do fiador gosa do beneficio da excussão, tanto contra o fiador, como contra o devedor principal.

(Vid. nota ao artigo 830.º)

## SUB-SECÇÃO III

### DOS EFFEITOS DA FIANÇA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR E AO FIADOR

Art. 838.º O fiador, que foi obrigado a pagar pelo devedor, tem o direito de ser por elle indemnisado:

1.º Da divida principal;

2.º Dos juros respectivos á quantia paga, contados desde que a pagou, ainda que a divida os não vencesse para o credor;

3.º Das perdas e damnos, que lhe tenham sobrevindo por causa do devedor.

§ unico. O que fica disposto n'este artigo cumprir-se-ha, ainda quando a fiança tenha sido prestada sem conhecimento do devedor; mas, n'este caso, os juros só serão contados, desde que o fiador noticiar o pagamento ao devedor.

(Vid. nota ao artigo 720.º)

Art. 839.º O fiador, que pagou ao credor, fica subrogado em todos os direitos, que o mesmo credor tinha contra o devedor.

§ unico. Se o fiador, porém, transigiu com o credor, não póde exigir do devedor senão o que na realidade desembolsou, excepto se o credor lhe fez doação de qualquer abatimento feito na divida.

(Vid. nota ao artigo 747.º)

Art. 840.º Sendo dois ou mais os devedores com solidariedade pela mesma divida, póde o fiador exigir de qualquer d'elles a totalidade do que pagou.

(Vid. nota ao artigo 754.º)

Art. 841.º O devedor, emquanto não consente no pagamento voluntariamente feito pelo fiador, póde oppor-lhe todas as excepções, que, ao tempo do pagamento, poderia oppor ao credor.

§ unico. O mesmo póde fazer, se o fiador, tendo pago em consequencia de acção contra elle intentada pelo credor, não fez citar o devedor para essa acção.

Art. 842.º Se o devedor pagou de novo, ignorando o pagamento, por falta de aviso do fiador, não tem este regresso contra o devedor, mas só contra o credor.



O fiador que pagou sem avisar o devedor não tem recurso contra este que pagou depois, e que se exonerou legalmente, visto não ter sido avisado pelo fiador, que é responsavel pela sua negligencia ou dolo.

Póde porém repetir do credor o que indevidamente lhe pagou, porque este não ha de receber duas vezes o mesmo credito.

Igualmente, se o fiador pagou, ou voluntaria ou judicialmente, sem acquiescencia do devedor, fica sujeito a que este lhe opponha todas as excepções que poderia oppor ao credor; aliás estaria na mão do fiador o prejudicar os interesses do devedor, antecipando-se a fazer ao credor um pagamento, contra o qual o devedor tinha legitimos meios de defeza, como a prescripção, a compensação, etc.

E se o fiador na sua demanda contra o devedor for repellido por alguma d'essas excepções terá regresso contra o credor, como se dispõe na hypothese do artigo 842.º?

O artigo 841.º nada dispõe a tal respeito, e então hão de observar-se as regras geraes de direito, partindo do principio de que o credor não tem direito a ser pago mais de uma vez. No caso de compensação, por exemplo, terá o fiador regresso contra o credor, aliás seria este pago duas vezes. No caso de prescripção fica exonerado o devedor e pago o credor, sem que o fiador possa repetir o que podia deixar de pagar.

Art. 843.º Se a divida era a praso, e o fiador a pagou antes do vencimento, não póde exigi-la ao devedor, senão depois do dito vencimento.

O fiador não póde tornar peior a condição do devedor. Como a obrigação de pagar não se torna *effectiva antes* do vencimento do praso, não póde ser exigida senão depois de vencido o praso.

Art. 844.º O fiador póde, ainda antes de haver pago, exigir, que o devedor pague a divida, ou o desonere da fiança, nos seguintes casos:

1.º Se for demandado judicialmente pelo pagamento;

2.º Se o devedor decair de fortuna, e houver risco de insolvencia;

3.º Se o devedor pretender ausentar-se do reino;

4.º Se o devedor se tiver obrigado a desonerar o fiador em tempo determinado, que já tenha decorrido;

5.º Se a divida se tornar exigivel pelo vencimento do praso;

6.º Se houverem decorrido dez annos, não tendo a obrigação principal tempo prefixo, e o fiador o não for por titulo oneroso.

§ unico. No caso do n.º 5.º poderá tambem o fiador exigir, que o credor proceda contra o devedor, ou contra elle proprio, admittindo-lhe o beneficio da excussão; e se o credor assim o não fizer, não responderá o fiador pela insolvencia do devedor.

1.º, etc. Não é preciso que o fiador seja condemnado, basta ser demandado judicialmente para poder exigir do devedor que pague ou

o exonere da fiança, porque desde o momento da demanda começam as despezas e os incommodos para o fiador.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 741.º)

3.º, etc. Porque no caso de se ausentar o devedor, seria obrigado o fiador a pagar, sem poder implorar o beneficio da excussão, artigo 830.º n.º 3.º

4.º, etc. Esta condição é commum a todos os contratos. A fixação do praso que ha de durar a fiança é um pacto especial, que derogá o direito ou a disposição geral.

5.º, etc. O fiador não se exonera pelo simples facto do vencimento do praso, como parece resultar da combinação do § unico com o n.º 5.º É necessario que proceda, com relação ao devedor e credor, de modo que possa constitui-los em mora, para não responder depois pela insolvencia do devedor, ou posterior ou anterior ao requerimento; poisque o codigo não faz distincção, como o projecto de codigo civil hespanhol, que no artigo 1757.º, fonte do nosso, responsabilisa n'este caso o fiador só pela insolvencia *anterior* ao requerimento.

6.º, etc. Assim, o fiador de uma renda perpetua póde findos dez annos requerer a sua exoneração, sendo a fiança gratuita, que deve ser mais favorecida que a onerosa, porque d'esta resulta alguma utilidade para o fiador.

O codigo civil francez, no artigo 2032.º, e o projecto de codigo civil hespanhol, no já citado artigo 1757.º, fontes d'este artigo, modificam ainda a regra d'este numero com a condição de que a obrigação principal não seja de natureza a poder ser extincta n'um periodo determinado, como succede na tutela.

O nosso codigo, porém, não adoptando expressamente esta modificação, e fallando das obrigações sem termo *prefixo*, concede ao fiador o libertar-se, passados dez annos, em todos os casos em que a obrigação principal não tiver epocha de duração marcada.

## SUB-SECÇÃO IV

### DOS EFFEITOS DA FIANÇA EM RELAÇÃO AOS FIADORES ENTRE SI

**Art. 845.º** Sendo dois ou mais os fiadores do mesmo devedor, e pela mesma divida, o que houver pago a divida na sua totalidade poderá exigir de cada um dos outros a parte que lhe tocar proporcionalmente.

**§ 1.º** Se algum se achar insolvente, recaírá a sua quota sobre todos proporcionalmente.

**§ 2.º** A disposição d'este artigo só é applicavel, quando o pagamento é pedido judicialmente, ou quando o devedor principal se acha fallido.

**Art. 846.º** No caso do artigo precedente, podem os comfiadores oppor ao fiador, que pagou a divida, as excepções que o principal devedor poderia allegar contra o credor, se não forem meramente pessoaes.

O fiador que pagou, sem usar de todos os meios de defeza de que podia valer-se o devedor contra o credor, e que não fossem meramente pessoaes, fica sujeito ás excepções que o devedor poderia oppor ao credor, aliás dependeria do seu arbitrio o prejudicar os comfiadores, sujeitando-os a encargos de que elles tinham meio legitimo de se livrarem.

O fiador que pagou não deve ser mais favorecido contra os comfiadores, obrigados subsidiariamente, do que o seriam estes contra o devedor principal.



**Art. 847.º** O abonador do fiador é responsavel para com os outros comfiadores, no caso de insolvencia do fiador, a quem abonou, nos mesmos termos em que o seria o fiador.

(Vid. nota ao artigo 818.º)

## SUB-SECÇÃO V

### DA EXTINCÇÃO DA FIANÇA

**Art. 848.º** A obrigação do fiador extingue-se com a extincção da obrigação principal, e pelas mesmas causas por que ella se póde extinguir, salvo o que fica disposto no § 1.º do artigo 822.º

(Vid. nota ao artigo 694.º)

**Art. 849.º** Se a obrigação do devedor e a do fiador se confundirem, herdando um do outro, não se extinguirá por isso a obrigação do abonador, se o houver.

(Vid. nota ao artigo 797.º)

**Art. 850.º** Se o credor aceitar voluntariamente qualquer cousa em pagamento de divida, ficará desonerado o fiador, aindaque o credor venha depois a perder por evicção a cousa prestada.

Extincta a obrigação primitiva pela aceitação do credor, extingue-se a fiança, como accessoria. Se o credor tiver depois uma acção resultante de evicção, esta acção é inteiramente diversa da primeira, que o fiador havia garantido. A obrigação ficou extincta pela novação, ou melhor ainda, pelo pagamento que fez o devedor principal.

**Art. 851.º** Se o credor desonerar algum dos fiadores, sem consentimento dos outros, ficarão todos elles desonerados, em proporção da obrigação remittida.

A remissão limitada a um fiador determinado aproveita a todos os outros, porque sendo elles obrigados, cada um pela totalidade, artigo 853.º, não deve estar ao arbitrio do credor desonerar uns para deixar mais gravosa a responsabilidade dos outros.

**Art. 852.º** A moratoria concedida ao devedor pelo credor, sem consentimento do fiador, extingue a fiança.

A prorogação do praso para o cumprimento da obrigação é até certo ponto uma *novação* de contrato, que póde prejudicar o fiador pela negligencia do credor, que em vez de exigir immediatamente do devedor o cumprimento da obrigação, foi pelo contrario prorogar-lhe o praso.

A relação de Lisboa, em accordão de 28 de janeiro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 19, 3.º anno, julgou que a simples *espera* de pagamento concedida ao devedor principal não constitue a moratoria a que póde applicar-se a disposição d'este artigo.

Parece-nos esta decisão manifestamente contraria ao preceito do codigo. A *espera para pagamento* é realmente o que constitue a moratoria.

Art. 853.º Os fiadores, ainda que solidarios, ficarão desonerados da sua obrigação, se, por algum facto do credor, não poderem ficar subrogados nos direitos, privilegios e hypothecas do mesmo credor.

(Vid. nota ao artigo 747.º)

Art. 854.º O fiador póde oppor ao credor todas as excepções extinctivas da obrigação, que compitam ao devedor principal, e lhe não sejam meramente pessoaes.

(Vid. nota ao artigo 694.º)

## SECÇÃO II

### DO PENHOR

Art. 855.º O devedor póde assegurar o cumprimento da sua obrigação, entregando ao credor, ou a quem o represente, algum objecto movel, para que lhe sirva de segurança. É o que se chama penhor.

(Vid. artigos 858.º e 888.º) A hypotheca e o penhor são, como a fiança, accessorios da obrigação principal, e sujeitos conseguintemente a todas as regras que determinam os contratos accessorios, com a differença de que a fiança é uma garantia, na sua essencia, *pessoal*, e o penhor e a hypotheca são garantias *reaes*.

Em direito romano confundia-se ainda até certo ponto a hypotheca com o penhor. Pelo nosso direito porém a differença entre um e outro acto juridico é completa e cabal.

O penhor só póde recair em cousas *moveis*, artigos 855.º e 856.º A hypotheca só póde recair em *bens immobiliarios*, artigos 888.º a 891.º

A hypotheca só dá direito ao credor de se pagar, com preferencia aos outros credores do devedor, pelos bens hypothecados, achando-se a hypotheca registada; isto é, a hypotheca só produz effeitos juridicos com relação a terceiros, achando-se registada, e desde a data do registo. O penhor nem é registado, nem é susceptivel de registo, porque só se registam os bens immoveis e os direitos prediaes; mas deve constar de documento authentico ou authenticado para produzir effeitos com relação a terceiros.

O penhor fica em poder do credor, como depositario; a hypotheca continúa na mão do devedor; mas como verdadeiro direito real, que segue o predio em poder de qualquer possuidor. O penhor, com relação ás proprias partes, carece só da *entrega*; com relação a terceiros, carece da *entrega* e da *authenticação*.

Pelo facto da hypotheca não é o devedor inhibido de hypothecar de novo o predio, ficando o predio sempre hypothecado na sua totalidade ás dividas restantes em caso de pagamento de alguma. O objecto do penhor não póde ser empenhado mais de uma vez simultaneamente, porque é impossivel a entrega de uma cousa ao mesmo tempo a mais de uma pessoa.



Ás disposições especiaes, que regem os estabelecimentos ou casas de emprestimos sobre penhores, ficam derogadas pelas provisões do codigo civil, e especialmente pelo determinado no artigo 858.º?

Alguns codigos resalvam expressamente as leis especiaes que regem estes estabelecimentos; mas a lei de 1 de julho de 1867, que deu sancção ao projecto de codigo, diz muito expressamente que fica revogada toda a legislação, tanto geral como especial, que recair nas materias n'elle comprehendidas.

Todavia em nosso entender continuam em vigor todas essas disposições especiaes, como relativas a materia commercial, que o codigo civil não regulou.

Art. 856.º Podem ser dados em penhor todos os objectos moveis, que podem ser alienados.

(Vid. nota ao artigo 370.º)

Art. 857.º Quando se empenharem titulos de credito particular que não sejam acções de alguma companhia, deverá o penhor ser notificado ao originario devedor.

(Vid. nota ao artigo 777.º)

Art. 858.º O contrato de penhor só póde produzir os seus effeitos, entre as partes, pela entrega da cousa empenhada; mas, com relação a terceiros, é necessario que, alem d'isso, conste de auto authentico ou authenticado a somma devida, e a especie e natureza do objecto do penhor.

(Vid. notas aos artigos 686.º, 855.º e 931.º)

Art. 859.º O penhor póde ser constituido pelo proprio devedor, ou por terceiro, ainda sem seu consentimento.

(Vid. nota ao artigo 818.º)

Art. 860.º O credor adquire pelo penhor o direito:

1.º De ser pago de sua divida pelo valor do penhor, com preferencia aos demais credores do devedor;

2.º De usar de todos os meios conservatorios de sua posse, até de requerer procedimento criminal contra quem lhe furtar a cousa empenhada, ainda que seja o proprio dono;

3.º De ser indemnisado das despezas necessarias e uteis, que fizer com o objecto empenhado;

4.º De exigir do devedor outro penhor, ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do praso convencionado, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou se for exigido por terceiro, a quem pertença, e que não haja consentido no penhor.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1007.º)

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 484.º)
3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 498.º)
4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 741.º)

Art. 861.º O credor é obrigado:

1.º A conservar a cousa empenhada, como se fôra sua propria, e a responder pelas deteriorações ou prejuizos que ella padecer por culpa ou negligencia sua;

2.º A restituir a cousa empenhada, logoque se cumpra inteiramente a obrigação, sendo-lhe pagas todas as despezas, que tenha feito com a conservação da mesma cousa.

(Vid. artigos 870.º, 893.º e 1435.º) O credor, quanto á *conservação* da cousa, tem os mesmos direitos que o proprietario, podendo intentar todos os meios civis para a manter na sua posse, e todos os meios criminaes contra quem o esbulhar ou pretender esbulhar d'ella, ainda que seja o proprio dono; porque este transmittiu ao credor pignoraticio o direito de *conservar* a posse.

O credor pignoraticio, como detentor do objecto, é obrigado, nos termos geraes de direito, a cuidar do objecto empenhado como se fôra seu, respondendo portanto por todas as deteriorações, filhas de culpa sua. Á restituição do penhor só é obrigado, depois de completamente extincta a divida, com os seus respectivos juros e interesses.

Ainda que seja divisivel a divida, é indivisivel o penhor, artigo 870.º O herdeiro do devedor, que pagou a sua quota de divida, não póde pedir a restituição da sua parte no penhor, emquanto não está inteiramente paga a divida, nem o herdeiro do credor, que recebeu a sua parte da divida, póde entregar o penhor com prejuizo dos co-herdeiros que não foram pagos.

O credor pignoraticio é *depositario* do penhor. Recebeu-o inteiro, inteiro o deve tornar.

Com relação á hypotheca reconhece o codigo, no artigo 893.º, o mesmo principio que já se achava admittido na legislação romana. Como consequencia da indivisibilidade da hypotheca, ainda que o predio hypothecado se divida e subdivida, a hypotheca subsiste integralmente sobre cada uma d'essas differentes partes do predio, salvo se devedor e credor distribuirem entre elles a hypotheca: mas n'este caso extingue-se a antiga hypotheca, e nascem em logar d'ella tantas hypothecas independentes quantas são as partes do predio obrigadas ao pagamento do credito primitivo.

Em virtude d'estes mesmos principios, por mais avultadas que sejam as quantias entregues pelo devedor ao credor á conta da divida a que está obrigado o predio hypothecado, não póde exigir que se liberte parte alguma d'elle emquanto restar da divida qualquer quantia, por mais insignificante que seja.

A este principio geral apenas uma excepção parece admittir-se no artigo 924.º, que, no caso de haver mais de um tutelado ou administrado, permitte ao tutor ou administrador o requerer ao conselho de familia auctorisação para o cancellamento do registo hypothecario, pelo valor correspondente á responsabilidade finda, ao passo que for fazendo a cada um a entrega dos respectivos bens, e obtendo a approvação das contas geraes.

Tambem o credor pignoraticio, como possuidor de boa fé, artigo 498.º, tem o direito de retenção pelas despezas necessarias para conservação da cousa. Tem direito a ser indemnisado igualmente das uteis; mas n'estas, não tem o direito de retenção como o possuidor de boa fé.



Assim como o credor não é obrigado a restituir o penhor, sem que lhe seja pago o capital da divida e os juros e despezas da conservação da cousa, se juros e despezas houver, assim ha de tambem restituir a cousa com todos os seus accessorios e acrescimos. Ha de restituir os papeis de credito que serviam de penhor com todos os interesses vencidos, artigo 1435.º n.º 2.º, que devem ser encontrados no pagamento do capital, despezas e juros, nos termos do artigo 867.º

Art. 862.º O devedor póde exigir, que o credor preste fiança ao penhor, ou que seja a cousa depositada em poder de outrem, se o mesmo credor usar da cousa empenhada, de fórma que esta possa perder-se ou deteriorar-se.

(Vid. artigo 1437.º) O depositario não póde usar do deposito sem permissão expressa do depositante, sob pena de perdas e damnos, artigo 1437.º, ainda que o faça sem prejuizo da cousa, porque o deposito suppõe-se sempre em poder do depositante. O depositario, para assim dizer, presta apenas *o logar* para recolher o objecto, sem direitos alguns sobre elle, alem do direito de o conservar.

O credor pignoraticio porém, segundo se mostra d'este artigo, póde usar do objecto empenhado, com a condição de não o deteriorar. Este uso, mesmo sem prejuizo da cousa, só poderá ter logar sendo convencionado? O codigo é omisso a este respeito, e por isso cremos que a convenção, comquanto seja necessaria para o credor não usar d'elle, não é necessaria para usar, alias teria o codigo dito expressamente a respeito do uso do penhor o que ácerca do uso do deposito dispoz no artigo 1437.º

Art. 863.º Se, no praso convencionado, o devedor não effeituar o pagamento ou, não havendo praso estipulado, se o devedor não pagar, sendo interpellado pelo credor, poderá este fazer vender judicialmente a cousa empenhada, com citação do devedor.

Art. 864.º O credor não póde ficar com o objecto do penhor, em pagamento da divida, sem avaliação, ou por avaliação por elle feita; mas podem as partes convencionar, que a venda se faça extrajudicialmente, ou que o credor fique com a cousa empenhada pela avaliação, que fizerem louvados nomeados de commum accordo.

Art. 865.º Em qualquer dos casos mencionados nos dois artigos precedentes, póde o devedor fazer suspender a venda, offerecendo-se a pagar dentro de vinte e quatro horas.

(Vid. artigo 903.º) O credor não póde apropriar-se, para seu pagamento, nem do penhor, nem da hypotheca, vencida que seja a obrigação, e na falta de pagamento, porque o contrato não lhe transferiu a propriedade. Se assim fosse, o devedor, apertado pela necessidade, e na esperança de se exonerar, poderia importar-se pouco com a differença entre a garantia e a divida, e vir assim a dar um objecto muito valioso por divida de pequena importancia.

Esta doutrina daria ao credor usurario o meio de auferir interesses excessivos, guardando, na falta de pagamento, penhores de valor muito mais consideravel do que os seus creditos.

Conseguintemente, o credor tem necessidade de requerer ao juizo competente para fazer citar o devedor, a fim de assistir á venda judicial do penhor, com a differença unica de que se ha praso estipulado para o pagamento da divida a que o penhor serve de garantia, não é preciso que o credor interpelle o devedor para pagar, a fim de requerer a venda judicial do penhor; e, se não ha praso estipulado para o pagamento da divida, é necessario que o credor, antes de requerer a venda judicial do penhor, interpelle o devedor para lhe pagar, e só não pagando este é que o credor póde requerer a venda do penhor.

A interpellação, a que se refere o artigo 863.º, póde ser judicial ou extrajudicial, vista a generalidade da redacção do codigo. Nem ha inconveniente na interpellação extra-judicial, vistoque, ainda depois da interpellação, é citado o devedor para ver vender o penhor, e ainda depois de citado, póde vir com embargos á venda, ou offerecer-se a pagar dentro de vinte e quatro horas.

O projecto de codigo de processo dispõe no artigo 248.º: «Que nos casos de *venda de penhor*, ou de objectos confundidos por adjunção ou especificação, e tambem no caso de arrendamento de quinhões, conforme os artigos 863.º, 1898.º, 2299.º, 2301.º e 2191.º do codigo civil, o auctor requeira ao juiz para que, com citação dos outros interessados, designe dia para a licitação em hasta publica;

«Que, se algum dos interessados se oppozer, o que póde fazer por termo no cartorio, suspenda o juiz o ulterior andamento do processo, deixando ao auctor o direito salvo para recorrer ás formulas geraes do processo;

«Que, tratando-se da venda do penhor, e offerecendo-se o réu a pagar o proprio e as custas, e a depositar a quantia correspondente, tambem o processo não terá ulterior andamento;

«E que, não havendo opposição, se procederá como nas arrematações.»

Parecem-nos aceitaveis estas disposições, salva a que regula o modo de proceder no caso de opposição dos interessados. No caso de opposição, o processo mais simples e rasoavel é admittir a offerecer embargos o que impugna, e discutir por este meio summario a questão da opposição.

Mas será admissivel a estipulação de que na falta de pagamento póde o credor apropriar-se do penhor ou da hypotheca pelo valor da divida?

Com relação ao *penhor* declarou nulla esta clausula, ainda estipulada, o codigo civil francez, artigo 2078.º, e o projecto de codigo civil hespanhol, artigo 1775.º, e com relação á hypotheca o mesmo codigo francez, artigo 2088.º O nosso codigo não é expresso sobre este ponto. Porém a segunda parte do artigo 864.º, nas palavras «*mas podem as partes*, etc.» indica bem claramente que as partes nada podem estipular contra o disposto no artigo 863.º e na primeira parte do artigo 864.º, e que apenas podem convencionar nos termos do preceituado na segunda parte d'este artigo.

Assim, não é licita a estipulação de que o vendedor fique dono do penhor, e por avaliação por elle feita; mas bem póde estipular-se que, como excepção á regra geral, o credor possa vender extra-judicialmente o penhor, ou ficar com elle pela avaliação feita por peritos, nomeados de commum accordo entre o credor e o devedor.

O ponto fundamental n'este assumpto é que, ainda estipulando-se



que o credor poderá ficar senhor do penhor sem avaliação, ou com avaliação por elle feita, é nulla similhante estipulação. A fixação do preço ha de ser feita por louvados, escolhidos de commum accordo, depois de vencida a obrigação.

O codigo não previne claramente a hypothese de credor e devedor fixarem logo no contrato do penhor o preço por que ha de ficar com elle, ou offerece-lo á venda o credor, no caso de falta de pagamento. Sem embargo porém do silencio do codigo, e em vista dos principios geraes que deixámos estabelecidos, parece-nos que as partes não podem fixar desde logo no contrato do penhor o preço por que o credor ha de ficar com a cousa ou offerece-la á venda.

A faculdade porém de estipular que se faça extra-judicialmente a venda sem a sujeitar a formalidades ou restricções algumas, deixa logar para o credor poder fraudar os interesses do devedor.

Mas apesar d'esta estipulação póde o devedor privar o credor do direito de ficar com o objecto, pagando dentro de vinte e quatro horas logoque seja annunciada a venda.

O principal e o mais importante direito que tem o credor sobre o penhor é o de se pagar por elle, nos termos do artigo 860.º, de preferencia aos outros credores do devedor, como diremos em a nota ao artigo 1007.º

Com relação á hypotheca poderá estabelecer-se a clausula de que na falta de pagamento ficará o credor dono do predio, sujeitando-se ás formalidades da lei, como ao pagamento da contribuição de registo, etc.?

O artigo 903.º não restringe ás partes o direito de estabelecer quaesquer condições a este respeito, e sendo prohibido pelo codigo civil francez estipular que o credor se torne proprietario da hypotheca pela simples falta de pagamento, cita Rogron, em a nota ao artigo 2088.º do respectivo codigo, decisões de tribunaes francezes julgando valida a clausula do credor hypothecario ficar dono do predio hypothecado pela falta de pagamento, se o contrato tem o caracter de venda condicional, tendo havido promessa de venda e accordo sobre a cousa e sobre o preço.

Cremos que esta doutrina não póde seguir-se entre nós, á vista do nosso codigo, que não permitte vendas a remir; e o contrato de hypotheca accumulado com o de venda condicional não podia deixar de ter o caracter de venda a remir.

Nada porém implica que com o contrato de hypotheca se accumule o de promessa de venda, nos termos do artigo 1548.º do codigo, a que as partes podem todavia faltar até se ultimar pelo pagamento da contribuição de registo o contrato de compra e venda, sujeitando-se no entretanto a que faltar ás consequencias e responsabilidade marcadas no artigo 1548.º

Por maior que seja o valor do predio, e por mais insignificante que seja a quantia em divida, é sempre arrematado pela raiz o immovel ou o direito predial hypothecado, salvo se o credor requerer ou consentir em que lhe sejam adjudicados os rendimentos, nos termos do artigo 222.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

O actual systema de expropriação hypothecaria é uma alteração importante na nossa legislação anterior, em virtude da qual não podia ser arrematada a raiz contra vontade do devedor, quando o credor podia ser pago pelos rendimentos.

Esta innovação foi introduzida pela carta de lei de 1 de julho de 1863, artigo 188.º, d'onde passou para o regulamento de 14 de maio de 1868, e d'ahi para o actual. Ha porém jurisconsultos muito respeitaveis que combatem, com a mais profunda convicção, este preceito

do regulamente, attribuindo-lhe grande influencia na depreciação da propriedade, e considerando-o como instrumento perigoso nas mãos da agiotagem.

Art. 866.º Se houver excedente no producto da venda, será entregue ao devedor; mas se o producto não chegar para inteiro pagamento do credor, poderá este demandar o devedor pelo que faltar.

(Vid. nota ao artigo 1007.º)

Art. 867.º Os proventos da cousa empenhada serão encontrados nas despezas feitas com ella, e nos juros vencidos; e, não vencendo juros a divida, serão abatidos no capital devido.

(Vid. nota ao artigo 730.º)

Art. 868.º As partes podem estipular reciproca compensação de interesses.

Art. 869.º O credor não responde pela evicção do objecto do penhor vendido, excepto se houver dolo da sua parte, ou se a tal respeito se responsabilisar expressamente.

É dos principios geraes de direito o poder-se pactuar reciproca compensação de interesses.

As partes, para evitar a liquidação dos proventos da cousa e o encontro nos juros, podem desde logo estipular a reciproca compensação de uma cousa com a outra. O projecto primitivo do sr. Seabra, no artigo 964.º, fonte do artigo 868.º, no intuito por certo de prevenir contratos usurarios, acrescentava as seguintes palavras: «comtantoque os interesses da cousa empenhada não excedam em mais da terça parte os interesses da divida». A commissão revisora porém, eliminando esta parte do artigo, permitte em toda a sua latitude a compensação dos proventos da cousa com os juros da divida, qualquer que seja a differença de valor entre uns e outros interesses.

Não responde o credor pignoraticio pela evicção, á qual só é obrigado o proprietario; e a propriedade do objecto do penhor é do devedor, o credor pignoraticio é simples depositario.

Art. 870.º O devedor não tem direito de exigir do credor a entrega do objecto do penhor, no todo ou em parte, sem ter pago a divida por inteiro, a não haver estipulação em contrario.

(Vid. nota ao artigo 861.º)

Art. 871.º A restituição da cousa empenhada presuppõe a remissão do direito ao mesmo penhor, se o credor não provar o contrario.

Art. 872.º Da remissão do penhor não resulta a presumpção da remissão da divida.

A entrega do penhor faz presumir que o credor renuncia a elle, mas não que está paga a divida, porque o credor póde muito bem prescindir d'aquella garantia em beneficio do devedor; mas, como a ampliação do beneficio se não presume, não póde suppor-se a remissão da divida pelo simples facto de se renunciar á garantia do penhor.



Estes dois artigos tinham no projecto primitivo outra collocação. Eram os dois ultimos da secção que no projecto se inscrevia, e no codigo tambem se inscreve *Do perdão e da renuncia.*

Tambem no projecto primitivo a secção «*Do penhor*» terminava pelo seguinte artigo: «O direito e obrigação que resulta do penhor é indivisivel, a não haver estipulação em contrario». A commissão revisora eliminou este artigo por desnecessario, talvez, visto achar-se consignado no artigo 861.º, e no artigo (937.º) correspondente do projecto primitivo, o principio de que o credor não é obrigado a restituir o penhor sem estar *inteiramente* cumprida a obrigação e pagas todas as despezas de conservação da cousa.

## SECÇÃO III

### DA CONSIGNAÇÃO DE RENDIMENTOS

Art. 873.º Dá-se o contrato de consignação de rendimentos, quando o devedor estipula o pagamento successivo da divida e seus juros, ou só do capital, ou só dos juros, por meio da applicação dos rendimentos de certos e determinados bens immobiliarios.

Art. 874.º Os contrahentes podem convencionar:

1.º Que os bens, cujos rendimentos são consignados, continuem em poder do devedor;

2.º Que passem para o poder do credor;

3.º Que passem para o poder de terceiro, por titulo de arrendamento ou por outro.

§ 1.º A consignação, porém, em qualquer d'estes casos, não impede que o devedor disponha por qualquer modo dos bens consignados, ficando salvos os direitos dos credores.

§ 2.º No caso do n.º 2.º d'este artigo, o consignatario é equiparado ao arrendatario, para lhe ser applicavel o que o codigo dispõe ácerca do contrato de arrendamento, na parte em que o possa ser.

(Vid. artigo 875.º) Este contrato, ao qual no antigo direito equivalia a antichrese, ainda era designado por este nome no projecto primitivo do sr. Seabra.

Em a nota ao artigo 940.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 872.º do codigo, lê-se o seguinte: «Tendo a commissão resolvido que se eliminassem algumas disposições da secção do projecto intitulada «*Da caução ou penhor*», relativas aos fructos pendentes dados em caução, os quaes deveriam constituir uma secção especial, o sr. Seabra apresentou a seguinte proposta, sobre a qual todavia não chegou a haver votação: Secção III. Da caução de fructos pendentes. Artigo 1.º O devedor póde caucionar o pagamento da sua divida, obrigando os fructos pendentes a que tenha direito, e que devam ser colhidos em tempo determinado. Artigo 2.º Este contrato sómente produzirá os seus effeitos em relação a terceiro constando de titulo com

data authentica ou authenticada devidamente registado. Artigo 3.º O caucionante será considerado como depositario dos fructos empenhados. Artigo 4.º O credor adquire por este contrato o direito de ser pago, com preferencia aos demais credores do devedor que não tiverem titulo anteriormente registado. Artigo 5.º As demais condições d'este contrato dependerão da livre convenção dos interessados em tudo o que não for contrario ás regras que regulam os contratos em geral».

Effectivamente, esta proposta do sr. Seabra não foi considerada, porque no projecto de 1864 apparece já redigida, como hoje se encontra no codigo, a secção relativa á consignação de rendimentos.

A consignação de rendimentos pois não póde recaír sobre fructos pendentes, mas sim e sómente sobre bens immobiliarios.

Póde recaír tanto sobre os immoveis por natureza, artigo 374.º, como sobre os immoveis por disposição da lei, artigo 375.º E, como já ponderámos em outro logar, mal se comprehende a rasão por que só quando recáe sobre immoveis por natureza carece de ser celebrado por escriptura publica, e de ser registado para produzir effeito com relação a terceiros, artigo 875.º Ha tanta necessidade d'estas formalidades quando o contrato recáe sobre predio rustico ou urbano, como quando recáe sobre o usufructo ou sobre qualquer outro direito predial.

Effectivamente, a commissão revisora, nas sessões de 28 de junho e 1 de julho de 1861 decidiu, como se vê das respectivas actas, que a consignação de rendimentos daria direito de preferencia, e que o seu effeito para com terceiros ficaria dependente de registo; e no seu pensamento abrangia de certo, tanto os bens immoveis, como os bens immobiliarios.

Ainda assim já na imprensa juridica appareceu a idéa de que o contrato de consignação de rendimentos não carecia de escriptura publica, em vista do artigo 874.º § 2.º, que equipara o consignatario ao arrendatario, e dos artigos 978.º, n.ºs 6.º e 7.º, 1618.º e 1619.º, que não exigem a escriptura publica para prova e validade dos arrendamentos.

O consignatario porém só é equiparado ao arrendatario *na parte em que o possa ser*, citado artigo 874.º, n.º 2.º; e quanto á sua constituição não póde a consignação de rendimentos ser equiparada ao arrendamento, porque a consignação de rendimentos só póde *ser celebrada por escriptura publica*, artigo 875.º

O que é essencial é que na consignação de rendimentos, como a propria phraseologia indica, o direito do credor se limite a perceber os fructos ou rendas, sem comprehender o capital de propriedade, como na mesma occasião deliberou a commissão revisora. Tambem n'essa occasião a commissão revisora resolveu que a hypotheca podia ser accumulada á consignação de rendimentos; resolução que não se acha formulada em termos expressos nas disposições do codigo, mas que resulta dos principios geraes sobre contratos.

A consignação de rendimentos, como a hypotheca e o penhor, e pelas mesmas rasões, póde ser constituida por terceiro, ainda sem consentimento do devedor.

No entretanto as disposições d'esta secção referem-se unicamente ao caso de ser prestada esta garantia pelo proprio devedor.

Sempre que os bens consignados passem para o poder do credor, é este equiparado ao arrendatario na parte applicavel.

O credor póde transferir a outrem o seu usufructo e administração, se não houver estipulação em contrario, assim como o devedor póde alienar os bens consignados, salvos os direitos dos credores anteriormente registados.



O credor póde tambem defender os seus direitos por todos os meios conservatorios.

Na referida sessão da commissão revisora de 1 de julho de 1867 declararam os srs. Soure e José Julio que votavam pela eliminação da antichrese.

Art. 875.º Quando este contrato recaír sobre bens immoveis, só poderá ser celebrado por escriptura publica; e, para produzir effeito para com terceiros, deve ser devidamente registado.

(Vid. notas aos artigos 686.º, 873.º e 949.º)

Art. 876.º A consignação de rendimentos póde fazer-se:

1.º Por determinado numero de annos;

2.º Sem numero determinado de annos, mas até o pagamento da quantia devida, que n'este caso será especificada, e tambem de seus juros, se se deverem.

§ unico. No caso do n.º 2.º d'este artigo, a consignação só póde fazer-se determinando-se previamente a quantia que em cada anno deve ser levada em conta no pagamento, quer o rendimento seja superior, quer inferior á dita quantia.

Art. 877.º Este contrato termina, quando finda o praso estipulado na hypothese do n.º 1.º do artigo antecedente; e pelo integral pagamento da divida e seus juros, se se deverem, no caso do n.º 2.º do mesmo artigo.

Estes dois artigos marcam as condições da constituição da consignação dos rendimentos, e do termo d'este contrato.

O consignatario dos rendimentos não é obrigado a dar contas, como se exigia no systema do projecto primitivo. O codigo, para evitar as difficuldades de liquidação, não permitte que este contrato se faça senão: ou por determinado numero de annos, de modo que se reputa satisfeita a divida com os rendimentos percebidos n'esse periodo, quaesquer que elles sejam; ou por numero indeterminado de annos, mas com a determinação previa da quantia devida e de seus juros, se se deverem, e da quantia de rendimentos que devem ser levados em conta annualmente ao consignatario, ou o rendimento venha a ser superior ou inferior á quantia taxada.

Corre portanto todo o risco dos fructos e dos rendimentos por conta do consignatario. Tambem por conta d'elle correm os impostos e encargos prediaes, salva estipulação em contrario.

Tratando-se, não de consignação de rendimentos, mas de consignação de bens feita em contrato para pagamento, havendo depois impugnação da parte, não se dispensa a audiencia contenciosa para ter logar a execução nos bens consignados; e assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 15 de fevereiro de 1870, segundo se lê na *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, na *jurisprudencia civil*, tomo I, a pag. 70.

## SECÇÃO IV

### DOS PRIVILEGIOS CREDITORIOS E DAS HYPOTHECAS

## SUB-SECÇÃO I

### DOS PRIVILEGIOS CREDITORIOS

## DIVISÃO I

### DOS PRIVILEGIOS CREDITORIOS EM GERAL E DAS SUAS DIVERSAS ESPECIES

**Art. 878.º** Privilegio creditorio é a faculdade que a lei concede a certos credores, de serem pagos com preferencia a outros, independentemente do registo dos seus creditos.

(Vid. artigos 888.º, 1005.º, 1006.º, 1042.º e 1274.º) Pelo systema do codigo podem dividir-se os creditos, para os effeitos juridicos do pagamento nas expropriações hypothecarias, em privilegiados, hypothecarios e communs.

Dizem-se credores *communs* ou *chirographicos* os que têem um titulo particular ou authentico, mas a que a lei não dá privilegio algum sobre os bens do devedor.

São credores *hypothecarios* os que têem sobre os bens de raiz do seu devedor um *direito real*, que lhes permitte segui-los em poder de qualquer possuidor, e que tem direito de ser pagos com preferencia aos credores communs.

Dizem-se emfim credores *privilegiados* aquelles, cujos creditos são de tal sorte favorecidos, que a lei lhes deu o privilegio de serem pagos pelos bens do devedor, ainda primeiro que os credores hypothecarios.

A regra é que os credores têem direito de serem pagos pelo preço da totalidade dos bens do devedor, todas as vezes que não houver causa legitima de preferencia. Os bens do devedor são o penhor commum de seus creditos, e o seu preço distribue-se entre elles por contribuição ou rateio, salvo havendo entre os credores causas legitimas de preferencia.

Estas causas de preferencia nos processos hypothecarios são só duas: — os *privilegios*, independentemente de registo, e — as *hypothecas*, depois de registadas, artigos 1005.º e 1006.º

Os bens do devedor, pois, são obrigados a todos os creditos de qualquer qualidade e natureza, com a differença unica de que os creditos privilegiados são pagos primeiro do que os hypothecarios, e os hypothecarios primeiro do que os communs, artigo 1042.º

Os *privilegios* são causa de preferencia, *em rasão da qualidade de seus creditos*, como se exprimia o projecto primitivo no artigo (1041.º) correspondente ao artigo 878.º do codigo.

A *hypotheca* só é causa de preferencia com relação aos *bens immobiliarios* designados e especificados, sobre os quaes se *registou* o onus hypothecario.

Tanto entre os creditos privilegiados como entre os hypothecarios ha ainda graduações, sendo pagos uns primeiro do que os outros. Dá-se a graduação e a preferencia, não só entre as diversas classes de credores, mas tambem entre os credores da mesma classe.



Os creditos *privilegiados* são pagos uns primeiro do que os outros, segundo o favor especial de que gosa cada um. Assim, o privilegio que pertence á fazenda, nos termos do artigo 885.º, prefere a quaesquer outros creditos privilegiados, geraes ou especiaes, artigo 1008.º, e só não prefere ao credito pignoraticio, artigos 860.º n.º 1.º e 886.º

O projecto primitivo no concurso de credores privilegiados da mesma classe e numero ainda queria dar preferencia á antiguidade do credito. Dispunha no artigo 1055.º: «Concorrendo diversos credores da mesma classe e numero, serão pagos segundo a sua data, se o não podérem ser por inteiro; e, não sendo a data conhecida, ou sendo da mesma data, serão pagos rateadamente». Bem fez a commissão revisora em proscrever esta doutrina.

Os creditos *hypothecarios* preferem uns aos outros, não pela natureza do credito, nem pela data da sua constituição, mas segundo a *antiguidade* do registo.

Na hypothese especialissima do artigo 1274.º, traduzido do artigo 1594.º do projecto de codigo civil hespanhol, têem os credores da sociedade *sobre os bens sociaes* preferencia sobre os credores particulares do socio. Os credores particulares do socio podem, é verdade, fazer execução na parte social do devedor, mas sem prejuizo da preferencia dos credores sociaes, como é expresso no referido artigo do projecto de codigo civil hespanhol.

Verificando-se a hypothese de serem os credores particulares do socio que penhorem e façam execução na parte social do devedor, é dissolvida a sociedade, vistoque falta o capital do socio executado, e fica este responsavel por perdas e damnos, como na renuncia inopportuna, artigo 1278.º § 3.º

Entre os credores communs porém não ha preferencia alguma. Se os bens do devedor não chegam para o pagamento integral de todos elles, faz-se rateio, sem attenção á antiguidade da divida nem á qualidade do titulo.

Os credores communs não têem direito de serem pagos segundo a data dos titulos da sua constituição, aliás teriamos terceiro grupo de preferentes, isto é, teriamos, alem dos privilegios e das hypothecas, outra causa de preferencia — a *prioridade* do titulo — o que é contra a disposição expressa do codigo, que diz terminantemente que só os privilegios e as hypothecas são causas legitimas de preferencia.

Tambem o codigo commercial determina no artigo 1238.º que os simples chirographarios concorram entre si no mesmo grau, sem embargo de datas.

Note-se que, para ser causa de preferencia a hypotheca, não é preciso, alem da sua constituição, senão o registo. A numeração de dinheiro não é precisa hoje, assim como já o não era por direito anterior; e assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 27 de abril de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 116 do mesmo anno, apesar de tudo quanto em contrario se tinha dito e julgado.

Diz o referido accordão:

«Considerando que nem as leis de 22 de dezembro de 1761, titulo III, § 13.º, de 20 de junho de 1774, desde o § 3.º, de 15 de maio de 1776, § 3.º, de 26 de outubro de 1836, artigo 6.º, de 1 de julho de 1863, artigo 64.º, nem o codigo civil, artigos 936.º e 978.º, exigem para a validade da hypotheca voluntaria ou condicional, que conste dos respectivos titulos, que houve real numeração de dinheiro á feitura d'elles, contentando-se indistinctamente que tenham sido celebradas as hypothecas por escripturas publicas, ou por outros instrumentos, a que

deram igual valor, muitos dos quaes são particularmente feitos e não contêem senão condições de valores recebidos, como acontece nos escriptos particulares e nas letras.

«Considerando tambem que nenhuma lei declarou *ipso jure* nullas ou simuladas as hypothecas voluntarias constituidas por escripturas publicas, e legalmente registadas, só porque d'essas escripturas não consta a effectiva numeração de dinheiro no acto de se celebrarem, como seria mister para officiosamente poderem ser desattendidas, preteridos os meios legaes de rescisão, meios de que se não usou n'estes autos, e que, sendo de direito publico, e por isso impreteriveis, os juizes não podem supprir, porque são restrictamente obrigados a julgar segundo o allegado e provado pela expressa disposição da ordenação, livro III, titulo LXVI *pr.*, etc.»

A hypotheca produz o effeito de *obrigar* certo e determinado predio ao pagamento de uma divida, de modo que o credor tem o direito de ir sobre a hypotheca, qualquer que seja o possuidor, artigo 892.º

O privilegio nasce da *natureza* da divida, como o credito pelas despezas do funeral; mas não póde o credor privilegiado requerer o pagamento pelos bens mobiliarios, logoque elles passam a poder de terceiro, como se mostra das disposições dos artigos 882.º e 883.º, salvo com relação aos privilegios mobiliarios especiaes sobre fructos, rendas ou moveis do predio arrematado, adjudicado ou transmittido, que subsistem se se acham constituidos ao tempo da arrematação, adjudicação ou transmissão do predio, artigo 1021.º Estes mesmos porém não acompanham o predio, se o adquirente o fez julgar livre e desembaraçado: são transferidos para o preço em deposito nos termos legaes ordinarios.

Deve notar-se que no concurso de credores são reciprocamente auctores e réus os que pretendem preferir, formando cada um e contestando os respectivos artigos de preferencias, assento de 17 de março de 1792.

Art. 879.º Ha duas especies de privilegios creditorios: mobiliarios e immobiliarios;

§ 1.º Os mobiliarios subdividem-se em:

1.º Especiaes, que abrangem só o valor de certos e determinados bens mobiliarios;

2.º Geraes, que abrangem o valor de todos os bens mobiliarios do devedor.

§ 2.º Os immobiliarios são sempre especiaes.

(Vid. artigos 907.º, 1009.º, 1010.º e 1013.º) Convem antes de tudo notar que não ha outros privilegios nem hypothecas senão os que o codigo expressamente reconhece, como a lei de 1 de julho de 1863 claramente dispunha no artigo 79.º; doutrina esta que aliás se deduz dos principios geraes de direito, e do systema do codigo, sem embargo de elle não consignar disposição expressa a similhante respeito.

Os privilegios podem recair, ou sobre moveis, artigos 880.º a 886.º, ou sobre immoveis, artigo 887.º

Os privilegios mobiliarios subdividem-se ainda em especiaes, artigos 880.º a 883.º, e geraes, artigos 884.º e 885.º

São pois de tres classes os privilegios: privilegios sobre a generalidade dos moveis; privilegios sobre certos moveis, e privilegios sobre certos immoveis.



A distincção dos privilegios mobiliarios em *geraes* e *especiaes* é muito importante, porque os privilegios especiaes preferem sempre aos privilegios geraes, artigo 1007.º O credor com privilegio especial tem melhor direito do que o credor com privilegio geral, salvo o privilegio pelos impostos de fazenda, que prefere a todos os creditos, por mais privilegiados que sejam, menos ao pignoraticio.

Entre os diversos credores privilegiados regula-se a preferencia pela differente qualidade dos privilegios: *Privilegia non tempore estimantur, sed ex causa;* o que não acontece com as hypothecas que, como já dissemos, e teremos occasião de observar, preferem segundo a antiguidade do registo.

Os creditos privilegiados podem recaír sobre moveis e immoveis ao mesmo tempo. O privilegio da fazenda pelas dividas de impostos abrange ao mesmo tempo os moveis e os immoveis, artigos 885.º e 887.º

Os privilegios pois recáem, ou só sobre os moveis, ou só sobre os immoveis, ou sobre os moveis e sobre immoveis ao mesmo tempo; assim como um credito póde ter preferencia por ser *privilegiado* e *hypothecario* ao mesmo tempo nos termos do artigo 907.º

É excellente a providencia de admittir hypotheca legal para os creditos privilegiados, vistoque não ha privilegio que dure alem de tres annos. Demais, póde pagar-se pelo immovel o credito, que poderia deixar de ser pago pelos fructos, ou por insufficiencia do valor d'estes, ou por haver privilegio mais graduado.

A hypotheca, depois de registada, subsiste, aindaque o privilegio desappareça por ter decorrido o praso legal, ou por ter passado o predio a poder de terceiro. Pela faculdade concedida no artigo 907.º, podem os credores privilegiados, os senhorios de fóros, por exemplo, ir registando sobre os predios, de tres em tres annos, a hypotheca pelos fóros, visto terem privilegio mobiliario sobre os fructos por estas dividas.

Com rasão pois estabelece o codigo no artigo 907.º que os creditos privilegiados podem registar-se, como hypothecarios, tendo para isso os *necessarios requisitos*, isto é, recaindo o privilegio sobre immoveis, ou sobre renda de immoveis, porque os creditos privilegiados sobre moveis, como são os creditos por despeza de recovagem no valor dos objectos transportados, etc., não são admittidos a registo.

O credito privilegiado gosa de hypotheca legal, tendo as condições necessarias para o registo; e, sendo registado, não perde com isso a natureza de privilegio, isto é, não perde o direito de ser pago antes dos creditos hypothecarios. Pelo registo fica habilitado para, se não obtiver pagamento no concurso de creditos privilegiados, o poder obter no concurso de creditos hypothecarios.

Ha pois toda a vantagem em registar a hypotheca de que gosam os creditos privilegiados, porque com isso nada se perde, alem das despezas do registo, e lucra-se uma outra garantia para a segurança do direito.

Basta a circumstancia de não exceder a tres annos a maxima duração do privilegio, e de os privilegios não acompanharem os bens, logoque estes sáem da mão do devedor, como os acompanha a hypotheca, para justificar a faculdade, concedida ao credor, de registar os creditos privilegiados que têem as condições necessarias para o registo.

Têem portanto os creditos privilegiados hypotheca legal que, depois de registada, produz os verdadeiros effeitos juridicos; com quanto a redacção do artigo 907.º pareça dar a entender que o credito privilegiado, só depois de registado, é que dá hypotheca legal; interpretação absurda, que exigiria dois registos para os effeitos hypothecarios,

Registados, como hypothecarios, estes creditos privilegiados, *verbi gratia*, fóros, censos, pensões e quinhões, póde até usar-se para a cobrança d'elles do processo especial de expropriação marcado nos artigos 206.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870.

Já se tem julgado que o processo especial de exigencia dos creditos hypothecarios, estabelecido no regulamento de 28 de abril de 1870 não é applicavel á cobrança dos fóros, censos, pensões e quinhões, senão depois de convertidos em titulo especial de divida, nos termos dos artigos 1684.º e 1685.º

Porém nem o artigo 1685.º é applicavel unicamente aos fóros titulados nos termos do artigo 1684.º, nem o privilegio do processo especial, marcado no regulamento de 28 de abril de 1870, nasce senão do acto do registo d'estes direitos, ou o titulo comprovativo d'elles seja o marcado no citado artigo 1684.º, ou seja outro qualquer admissivel a registo, comtantoque se ache effectivamente registado.

Alem d'isso, registados os privilegios, póde recair a execução sobre o casco do predio, ao passo que, sendo unicamente *privilegiados* os creditos mobiliarios, não affectam senão os fructos, e não podem por isso entrar em concurso de preferencias sobre o preço do casco das propriedades.

Alguns julgam ver na disposição do artigo 907.º, com referencia aos n.ºs 1.º dos artigos 880.º e 881.º, a restauração da antiga hypotheca legal, que tinha o senhorio sobre os bens foreiros para pagamento dos seus fóros, nos termos do artigo 40.º da lei de 20 de junho de 1774.º, e decreto de 26 de novembro de 1836, que parecia ter acabado em presença da doutrina do artigo 906.º

Todavia da hypotheca legal pelos fóros, garantida na lei de 20 de junho de 1774, e decreto de 26 de outubro de 1836, ao registo do credito privilegiado pelos fóros, a que se referem os n.ºs 1.º dos artigos 880.º e 881.º, vae uma grande distancia

Nos termos do codigo ha de registar-se findos os tres annos o privilegio para gosar de hypotheca legal com prejuizo dos credores anteriormente inscriptos; e pela legislação anterior não carecia de registo esta hypotheca para ser causa de preferencia desde a data do nascimento da divida.

Ainda assim força é confessar que o codigo, admittindo a registo os creditos privilegiados, que tivessem para isso os necessarios requisitos, deu-lhes o caracter de hypotheca legal, com todos os effeitos que a esta especie de hypothecas é inherente desde o registo.

Os privilegios immobiliarios são sempre *especiaes*, porque, como as hypothecas, recáem sómente sobre *certos* e *determinados* bens immobiliarios. Assim, pagando o contribuinte os impostos relativos a uns predios, e deixando de pagar os relativos a outros, a fazenda só tem privilegio sobre estes, e não sobre aquelles. Se o thesouro não podér pagar-se pelos predios sobre que recaiam os impostos, é considerada credor commum com relação aos outros predios, a não ter registado hypotheca sobre elles nos termos do artigo 907.º

Quatro classes de privilegios mobiliarios especiaes estabelece o codigo, artigos 880.º a 883.º

Concorrendo creditos privilegiados da mesma classe, ou sejam creditos mobiliarios geraes ou especiaes, prefere o primeiro na ordem da numeração feita nos respectivos artigos, artigos 1009.º e 1010.º Assim, na hypothese do artigo 881.º, o credito privilegiado por divida de fóros na renda dos predios urbanos prefere ao credito por premio de seguro.

Se o credito tem a mesma numeração, como no caso de haver dois credores por divida de fóros nos termos do n.º 1.º do citado artigo 881.º, e não chegar a renda para pagamento de ambos, ha rateio, citados artigos 1009.º e 1010.º



No concurso de privilegios immobiliarios entre si tambem a graduação dos creditos é feita pela ordem da sua numeração, artigo 1013.º Por isso, em concurso dos creditos privilegiados, comprehendidos no artigo 887.º, gradua-se em primeiro logar o credito pelos impostos, em segundo logar o credito pelas despezas feitas para a conservação dos predios, e em terceiro logar o credito proveniente de custas judiciaes feitas no interesse commum dos credores.

O codigo, prevenindo no artigo 1010.º a hypothese de terem a mesma numeração os creditos com privilegio mobiliario, manda ratear entre elles o objecto sobre que recáem os privilegios, não chegando esse objecto para o pagamento integral de todos, e applica a mesma doutrina ao credito immobiliario privilegiado, comprehendido em o n.º 2.º do artigo 887.º, como se mostra do artigo 1014.º Mas com relação aos privilegios immobiliarios comprehendidos em os n.ºs 1.º e 3.º do referido artigo 887.º nada providenceia a este respeito.

Com relação ao credito comprehendido em o n.º 1.º, effectivamente nada havia que providenciar, porque não póde haver dois creditos pertencentes a dois credores com aquella numeração; pois que só a fazenda, e nenhuma outra pessoa moral, tem *privilegio* por impostos.

Com relação ao credito comprehendido em o n.º 3.º, presume-se tambem que não póde haver concurso de credores, porque os credores, cujo é o credito a que o numero se refere, formam uma só pessoa juridica.

É preciso notar que os creditos por dividas de fóros, censos, quinhões e rendas não gosam de privilegio, não se achando registados os respectivos onus reaes, como veremos em a nota aos dois artigos seguintes. Exige-se este registo para que, os que contratam, saibam os encargos a que se sujeitam, a fim de evitar as fraudes e conluios do devedor.

No concurso entre credores, que gosam de privilegio geral, segue-se tambem a ordem de numeração dos creditos citado artigo 1010.º § unico. Assim, nas hypotheses do artigo 884.º, o credito por despezas do funeral prefere ao credito por despezas feitas com o luto da viuva e dos filhos. No caso de serem diversos os credores pelas despezas do funeral, ha rateio, não chegando os moveis para integral pagamento de todos os creditos.

## DIVISÃO II

### DOS PRIVILEGIOS MOBILIARIOS

Art. 880.º Gosam de privilegio mobiliario especial nos fructos dos predios rusticos respectivos, constituindo uma classe:

1.º O credito por divida de fóros, censos ou quinhões, relativo aos dois ultimos annos e ao corrente;

2.º O credito por divida de renda, relativo ao ultimo anno e ao corrente;

3.º O credito por sementes, ou por emprestimos para grangeios ruraes, relativo só ao ultimo anno, ou só ao corrente;

4.º O credito por soldadas de creados de lavoura, relativo a um anno, e por dividas de jornaes de operarios, relativo aos ultimos tres mezes;

5.º O credito por premio de seguro, relativamente ao ultimo anno e ao corrente.

§ 1.º Para ser applicavel o privilegio, de que fazem menção os n.os 1.º e 2.º d'este artigo, é necessario que os onus respectivos de emphyteuse, censo, quinhão ou arrendamento se achem registados.

§ 2.º Aquelle privilegio principia a existir na data do registo, sem que possa retrotrahir-se á data do credito, se este for mais antigo.

§ 3.º Para serem applicaveis os privilegios, de que tratam os n.os 3.º e 4.º d'este artigo, é necessario, que se haja declarado, a que predio ou predios rusticos se applicaram esses creditos.

Art. 881.º Gosam de privilegio mobiliario especial na renda dos predios urbanos respectivos, constituindo uma classe:

1.º O credito por divida de fóros, censos e quinhões, relativo aos dois ultimos annos e ao corrente;

2.º O credito por premio de seguro, relativo ao ultimo anno e ao corrente.

§ unico. Ao privilegio, de que faz menção o n.º 1.º, é applicavel a disposição do § 1.º do artigo antecedente.

(Vid. artigo 1670.º) Os creditos, que o codigo declara privilegiados n'estes artigos, são as dividas, que pela sua natureza especial, e pela sua relação intima com os objectos sobre que recáe o privilegio, merecem ser pagas de preferencia a quaesquer outras.

Effectivamente, nada mais justo do que dar preferencia, por exemplo, á divida de soldadas de creados de lavoura e de jornaes de operarios, porque estes credores, alem de serem pessoas miseraveis, concorreram immediatamente com os seus esforços para a producção dos fructos. As *sementes* e os *grangeios* ruraes, isto é, as despezas com a cultura e exploração agricolas, foram tambem causa *proxima* e *essencial* da producção.

O premio por seguro, ou nos fructos dos predios rusticos, ou nas rendas dos predios urbanos, tambem deve ser favorecido, porque tende a garantir a existencia de valores, sem a qual nenhum outro crédor poderia ser pago.

As mesmas rasões justificam o credito privilegiado, pelo premio de seguro, nos moveis ou mercadorias, artigo 882.º n.º 5.º, e pelo premio de seguro, nos productos fabricados, artigo 883.º n.º 3.º

Os privilegios, comprehendidos nos n.os 1.os dos dois artigos 880.º e 881.º, são applicaveis independentemente de registo, emquanto não findar o praso concedido para o registo dos respectivos onus.

O privilegio nos fructos dos predios rusticos funda-se em que os fructos se julgam proprios do proprietario, até que elle seja pago do preço por que arrendou a propriedade.

O praso que, segundo estes artigos, abrange o privilegio, ou seja de anno ou de mez, conta-se desde que devia fazer-se o pagamento.

Assim os dois annos, a que se referem os n.os 1.os dos dois artigos 880.º e 881.º, contam-se desde que devia effectuar-se o pagamento relativo ao anno mais remoto. Só desde então começa a negligencia do proprietario em não haver reclamado o pagamento.



Como nos termos do artigo 1670.º o encargo emphyteutico deve ser registado, não só para que produza effeitos para com terceiros, mas tambem para ficar o senhorio directo com o privilegio mobiliario para pagamento dos fóros, segue-se que a prorogação do praso para o registo tem ambas as consequencias, não só a de produzir effeitos para com terceiros, mas a de manter o privilegio mobiliario; e, o que o artigo 1670.º dispõe com relação á emphyteuse, é igualmente applicavel aos censos e quinhões.

Deve notar-se que, sendo privilegiado n'esta classe 1.ª, artigo 880.º n.º 2.º, o credito por divida de rendas dos predios rusticos, não é privilegiado n'esta mesma classe o credito por divida de renda dos predios urbanos, mas sim na classe 3.ª, artigo 882.º n.º 4.º; assim como é credito privilegiado o proveniente de damnificação causada pelo locatario no predio urbano arrendado, artigo 882.º n.º 4.º, e não o proveniente de damnificação em predio rustico.

O projecto primitivo, em os n.os 7.º e 8.º do artigo 1044.º, correspondente ao artigo 882.º, declarava igualmente privilegiados os creditos do locador provenientes de damnificações causadas pelo locatario, ou o arrendamento fosse de predios urbanos ou de predios rusticos.

Convem observar que, para ter privilegio nos fructos dos predios rusticos o credito por divida de renda, é indispensavel que o arrendamento esteja *registado*, e que, nos termos do artigo 978.º n.º 7.º, não só não é obrigatorio, mas nem sequer permittido é o registo de arrendamento que não exceda a quatro annos sem adiantamento de renda, ou a um anno com adiantamento de renda.

N'estes dois casos pois, em que o registo do arrendamento não só não é obrigatorio, mas nem sequer permittido, vista a disposição do artigo 978.º n.º 7.º, gosará o senhorio de privilegio, independentemente de registo pelo credito, a que se refere o artigo 880.º § 1.º?

Decidimo-nos pela affirmativa, em attenção ao pensamento do legislador.

Não havia rasão para que o codigo declarasse privilegiados os creditos de renda unicamente nos arrendamentos sujeitos a registo, e lhes negasse essa qualidade nos arrendamentos não sujeitos ou inadmissiveis a registo, dizendo o privilegio respeito unicamente ás dividas de renda relativas ao ultimo anno e ao corrente.

O codigo quiz estabelecer a maior igualdade de direitos e obrigações entre o senhorio e o arrendatario, igualdade que não seria completa se não se désse ao senhorio, nos arrendamentos não sujeitos nem admissiveis a registo, o mesmo privilegio creditorio que nos arrendamentos sujeitos a registo.

Com relação a terceiros, igualou o codigo os arrendamentos não excedentes a quatro annos sem antecipação de renda, ou a um anno com antecipação de renda, aos arrendamentos sujeitos a registo, e portanto não é natural que quizesse negar ao senhorio n'aquelles os privilegios que n'estes lhe concedia.

Se o arrendamento não excedente a quatro annos sem antecipação de renda, ou a um anno com essa antecipação, não carecem de registo para serem conservados, é logico que a falta de registo n'estes arrendamentos não prejudique o privilegio mobiliario do senhorio pelo credito de renda, e tanto mais que os creditos privilegiados preferem a quaesquer outros, independentemente de registo. Se os arrendamentos inadmissiveis a registo não são prejudicados pelas transmissões procedentes de execução, segundo o disposto no artigo 1621.º § 2.º, por-

que *subsistirão, apesar da execução, por todo o tempo por que tiverem sido feitos,* acompanhando o predio transmittido, pela mesma rasão deve o senhorio gosar n'estes arrendamentos, como nos outros, do privilegio especial nos fructos pela divida de renda relativa ao ultimo anno e ao corrente.

O credito por divida de renda nos predios rusticos, pois, julgâmo-lo privilegiado, sem embargo da generalidade do preceito do § 1.º do artigo 880.º, nos casos em que o registo do arrendamento não é obrigatorio, nem sequer permittido, ou por não exceder a quatro annos sem adiantamento da renda, ou por não exceder a um anno com adiantamento de renda, nos termos dos artigos 949.º § 2.º n.º 6.º, 978.º n.º 7.º e 1622.º; e entendemos que a exigencia do registo, nos arrendamentos, para o senhorio gosar do privilegio pelo credito de renda, estabelecido no § 1.º do artigo 880.º, é relativa unicamente aos arrendamentos, que são considerados *onus reaes,* e que, como taes, carecem de registo; e que não têem applicação aos arrendamentos que não são admittidos a registo.

Art. 882.º Gosam de privilegio mobiliario especial, constituindo uma classe:

1.º O credito por despezas de recovagem, barcagem ou alquilaria, no valor dos objectos transportados;

2.º O credito por despezas de pousada ou albergaria, no valor das alfaias que o devedor tiver na pousada;

3.º O credito pelo preço de quaesquer moveis ou machinas, ou pelo custo do concerto tanto d'aquelles como d'estas, no valor dos mesmos moveis ou machinas;

4.º O credito por divida de renda, ou de damnificação causada pelo locatario, ou proveniente de qualquer encargo declarado em arrendamento de predio urbano, relativo ao ultimo anno e ao corrente, no valor dos moveis existentes no mesmo predio;

5.º O credito proveniente de premio de seguro de moveis ou mercadorias, relativo ao ultimo anno e ao corrente, no valor dos objectos segurados.

§ 1.º O privilegio, de que trata o n.º 1.º d'este artigo, acaba, quando os objectos transportados sairem do poder de quem os transportou.

§ 2.º O de n.º 2.º acaba, quando os objectos saírem da pousada.

§ 3.º O de n.º 3.º, quando os moveis ou machinas, comprados ou concertados, saírem da mão do devedor.

§ 4.º O de n.º 4.º, quando os moveis saírem do respectivo predio.

§ 5.º O de n.º 5.º, quando os moveis ou mercadorias passarem ao poder de terceiros.

§ 6.º Não é, porém, applicavel o que dispõe o § antecedente, se se provar, que na saída dos referidos objectos houve dolo não só do devedor, mas tambem das pessoas, para quem



taes objectos successivamente forem alheados, tendo-o sido por titulo oneroso.

Art. 883.º Gosam, tambem, de privilegio mobiliario especial, constituindo uma classe:

1.º O credito pelo preço de materias primas, no valor dos productos fabricados, postoque não sejam os mesmos que se fabricaram com as materias primas não pagas, comtantoque sejam do mesmo genero d'aquelles, que com taes materias se podem produzir;

2.º O credito por salarios de operarios fabris, relativo aos ultimos tres mezes, no valor dos mesmos productos;

3.º O credito pelo premio do seguro, relativo ao ultimo anno e ao corrente, no valor dos productos segurados.

§ 1.º Para que possa dar-se o privilegio, de que trata o n.º 1.º, é necessario, que os objectos se conservem em poder do devedor ou, não se conservando, que tenham saído com dolo em prejuizo do credor, nos termos do § 6.º do artigo precedente.

§ 2.º Este privilegio extingue-se não sendo applicado dentro de um anno.

(Vid. n.º 3.º do artigo 1026.º e n.º 3.º do artigo 1027.º) O credito privilegiado, que no artigo (1044.º) do projecto primitivo, correspondente ao artigo 882.º do codigo, vinha mencionado em primeiro logar, era o credito pelo preço do movel, achando-se este em poder do devedor, e sendo reclamado dentro dos tres mezes da sua venda; privilegio que a commissão revisora incluiu na mesma posição que o credito pelo concerto de moveis, que era o segundo especificado no referido artigo do projecto primitivo, achando-se em poder do credor ou do devedor; mas n'este caso sómente sendo reclamado dentro dos tres mezes do seu vencimento.

Ha privilegio pelas despezas de transporte sobre os objectos transportados, porque se presume que a intenção das partes foi dar a força de penhor aos objectos transportados pelo preço do transporte; e é a mesma a rasão que justifica o privilegio sobre os objectos existentes na hospedaria pelas despezas ahi feitas.

Todos os preceitos consignados n'estes dois artigos se fundam na presumpção de um penhor legal, a que a lei dá os mesmos effeitos que ao convencional.

Verdadeiramente os privilegios, mencionados n'estes dois artigos, fundam-se na detenção do movel, especialmente vinculado a parte do credito.

O privilegio dos creditos pelo preço das materias primas, no valor dos productos fabricados, e o dos creditos pelo preço da compra ou do concerto de quaesquer moveis ou machinas, no valor dos mesmos objectos, facilmente se explica, poisque sem aquelle preço não existiriam realmente os valores, ou porque foi causa proxima e immediata da sua existencia.

O privilegio do credito por divida de renda, ou de damnificação, pelo premio de seguro, e pelo salario dos operarios, fica já explicado em a nota aos artigos antecedentes.

Logoque os objectos sáiam do poder do devedor, e com relação a alguns, mesmo antes d'isso, cessou o privilegio, que os não acompanha em poder de terceiro, como a hypotheca.

Em harmonia com estes principios julgou a relação do Porto em accordão de 2 de maio de 1871, que o senhorio não gosava do privilegio mobiliario especial que lhe conferia o artigo 882.º n.º 4.º, porque estando os moveis penhorados e o seu producto em deposito, era certo que tinham já saído de casa do vendedor, e que portanto o senhorio tinha deixado perder o seu privilegio, tornando-se um credor, como os outros, com relação ao producto depositado.

Da redacção do § 6.º do artigo 882.º têem alguns pretendido inferir que o principio de que o privilegio sobre os moveis deixa de ser effectivo logoque elles passam a poder de terceiro, se refere unicamente aos moveis ou mercadorias que se achavam seguros nos termos do n.º 5.º do mesmo artigo. Todavia similhante interpretação não póde aceitar-se em vista dos outros §§, que fazem cessar o privilegio logoque os bens passem a poder de terceiro, e na hypothese do n.º 2.º acaba, mesmo estando os objectos em poder do devedor, se elles já sairam da pousada.

Estas mesmas duvidas porém não teriam logar, se a commissão revisora não alterasse para peior, nos trabalhos da ultima revisão, a parte do artigo 888.º da edição de 1864, correspondente aos §§ 5.º e 6.º do artigo 882.º, que era redigida nos seguintes termos: « O do n.º 5.º, quando os moveis ou mercadorias passarem a poder de terceiros, salvo porém o caso, *nas differentes hypotheses d'este* §, (comprehendia sob um § unico, e com a designação de numeros, todos os §§ comprehendidos no artigo 882.º) de se provar que houve dolo na saida dos referidos objectos »; redacção que o projecto de 1864 tinha aproveitado textualmente do artigo (correspondente) 84.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, § unico n.º 5.º

Sem embargo porém da má redacção do codigo, julgâmos applicavel o disposto no § 6.º do artigo 882.º não só á especie do § 5.º, mas ás hypotheses de todos os outros quatro §§, senão em virtude do preceito do referido § 6.º, ao menos pela disposição dos outros §§, pela determinação das regras geraes de direito, e pela disposição expressa do n.º 4.º do artigo 1026.º

Não foi só debaixo d'aquelle ponto de vista que ficou peior a redacção do codigo, mas tambem quanto á maneira de regular a circumstancia de terem saído dolosamente os objectos da mão do devedor, vistoque a redacção do codigo não previne claramente a hypothese de terem saído do poder do devedor os objectos dolosamente, mas por titulo gratuito.

Nós julgâmos por maioria de rasão applicavel ás transmissões por titulo gratuito o que dispõem com relação ás transmissões por titulo oneroso o § 6.º do artigo 882.º e o § 1.º do artigo 883.º

A regra é que, quem com dolo deixou de possuir, sempre se presume que possue. Ora nas transmissões a titulo gratuito, para ser applicavel o estatuido n'aquelles dois §§, bastará que tenha havido dolo da parte do devedor; vistoque nas transmissões a titulo oneroso é indispensavel que tivesse havido dolo não só da parte do devedor, mas tambem da parte d'aquelles para quem os objectos passaram; e porque as transmissões a titulo oneroso são sempre mais favorecidas do que as transmissões a titulo gratuito.

Pelo menos derivâmos esta interpretação dos artigos (correspondentes) 84.º § unico n.º 5.º e 85.º § unico da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863.



Art. 884.º Gosam de privilegio geral sobre os moveis:

1.º O credito por despezas do funeral do devedor, conforme a sua condição, e o costume da terra;

2.º O credito por despezas feitas com o lucto da viuva e dos filhos do fallecido, conforme a sua condição;

3.º O credito por despezas com facultativos e remedios para doença do devedor, relativo aos ultimos seis mezes;

4.º O credito para sustento do devedor, e d'aquellas pessoas de sua familia, a quem tinha o dever de alimentar, relativo aos ultimos seis mezes;

5.º O credito proveniente de ordenados, salarios e soldadas de creados e outros familiares, relativo a um anno;

6.º O credito proveniente de salarios ou ordenados devidos a mestres de sciencias ou artes, que hajam ensinado os filhos do devedor, ou as pessoas a quem este tinha por dever dar educação, relativo aos ultimos seis mezes.

Considerações de humanidade determinam o privilegio a respeito dos creditos mencionados nos primeiros numeros d'este arligo.

Por quantias, em regra, modicas não deve ser privado cidadão do cumprimento dos ultimos deveres que se prestam na terra, como são o dos soccorros offerecidos ás enfermidades ou á miseria do homem. Não deve pois tirar-se áquelles, que estavam na intenção de fornecer-lhes esses soccorros, a esperança de serem pagos pelos objectos em poder do devedor, e que elles deveriam olhar como o seu penhor.

Para que exista o privilegio pelas despezas funerarias é preciso que ellas estejam em relação com o nascimento, categoria e fortuna do defunto; porque, se forem excessivas, não haverá privilegio pelo excesso.

O funeral abrange as despezas com o enterro da pessoa fallecida, comprehendendo as de mortalha, caixões e conducções até ao jazigo ou cemiterio, e outras accessorias, conforme a condição da pessoa, uso da terra e rito da sua religião, e que podem ser determinadas tambem por disposição de ultima vontade, artigo 1899.º n.º 1.º

É igualmente privilegiado o credito por despezas com facultativos, e com remedios para doença do devedor, relativo aos ultimos seis mezes. A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, no artigo 86.º n.º 3.º, já limitava a duração d'este credito a seis mezes, abandonando a redacção do artigo 2101.º do codigo civil francez, que fallava da *ultima* doença sem marcar tempo, o que logo deu logar á duvida se estas palavras se referiam só á doença que precedeu a morte do devedor.

Os tribunaes francezes decidiram, segundo se lê em a nota de Rogron ao artigo 2101.º do codigo civil, que as palavras « *ultima doença* » se referiam á doença que precedeu a morte do devedor, deduzindo da collocação d'esta doutrina logo em seguida á do credito pelas despezas funerarias, que os redactores do codigo não quizeram alterar o direito antigo.

Em vista do n.º 3.º do artigo, ou a doença precedesse ou não immediatamente a morte do devedor, se teve logar dentro dos ultimos seis mezes, é privilegiado o credito dos facultativos e pharmaceuticos.

A redacção do nosso codigo porém firma a jurisprudencia contraria. Seria injusto que o medico, *por ter salvado o doente* de enfermi-

dade que não precedeu a morte, tratando-o nos ultimos seis mezes, perdesse o privilegio do seu credito pelas despezas a que tinha direito.

Demais, o n.º 3.º d'este artigo corresponde ao n.º 2.º do artigo 1045.º do projecto primitivo, que tem por fonte o n.º 2.º do artigo 1925.º do projecto de codigo civil hespanhol, que é redigido nos seguintes termos: «*Gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado desde el dia de la muerte*». E Goyena, explicando este numero, diz que as despezas da ultima doença são comparadas ás dos funeraes, porque estas em certo modo derivam-se d'aquella, e desde então póde considerar-se a pessoa como morta; e que nas doenças muito demoradas podiam levantar-se duvidas sobre o alcance da significação das palavras «*ultima doença*», duvidas que a redacção do referido numero evita.

A redacção da nossa lei menos inconvenientes offerece ainda. Pelo nosso codigo são privilegiados os creditos por despezas com facultativos e remedios para doença do devedor, que tivesse logar dentro dos seis mezes que precederam a sua morte, ou a morte fosse ou não immediata á doença.

O privilegio pelo sustento do devedor e das pessoas a quem elle tinha o dever de alimentar, funda-se na natureza do credito que foi applicado a fins tão dignos de protecção, e mesmo na pequena importancia da quantia. Em regra são pouco valiosas as sommas gastas com applicação ao fim marcado no n.º 4.º do artigo.

A condição miseravel dos creados e dos outros familiares recommenda-os á consideração publica, e justifica o privilegio. E o privilegio tem logar, ou os jornaes ou serviços fossem por hora ou por dia, por semana, por mez, ou por anno, porque o numero do artigo não distingue.

O valor do serviço prestado pelos mestres de artes ou sciencias no ensino dos filhos do devedor ou das pessoas a quem elle é obrigado a prestar educação, é tão relevante, e de natureza tão especial, que legitima igualmente o privilegio.

Art. 885.º Os creditos por impostos devidos á fazenda nacional, gosam do privilegio mobiliario em todas as classes.

Art. 886.º O credor pignoraticio tem o privilegio de ser pago da sua divida pelo preço do objecto ou objectos empenhados, até onde chegar o referido preço, sendo considerado, pelo resto, como credor commum.

(Vid. nota ao artigo 1007.º)

### DIVISÃO III

#### DOS PRIVILEGIOS IMMOBILIARIOS

Art. 887.º São creditos privilegiados sobre os immoveis do devedor, ainda quando estes se achem onerados com hypotheca:

1.º Os creditos por impostos devidos á fazenda nacional pelos ultimos tres annos, e no valor dos bens em que recairem os mencionados impostos;

2.º Os creditos provenientes de despezas feitas nos ultimos tres annos para a conservação dos predios, com relação



áquelles a que essas despezas forem applicadas, não excedendo a quinta parte do valor dos mesmos predios;

3.º Os creditos provenientes de custas judiciaes, feitas no interesse commum dos credores, no valor do predio com relação ao qual foram feitas.

(Vid. artigos 976.º 1014.º e 1015.º) Os possuidores de creditos privilegiados immobiliarios preferem aos credores com hypotheca registada sobre o mesmo predio. Mas a concurso de preferencias, em virtude de expropriação hypothecaria, só são admittidos os credores que tenham hypotheca registada ou privilegio immobiliario, nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870; porque em execuções ordinarias são admittidos quaesquer creditos, ainda não privilegiados nem hypothecarios nos termos do codigo, para serem graduados no logar que lhes competir.

Deve notar-se que os privilegios immobiliarios não acompanham, como as hypothecas, o predio em poder de terceiro, durante o tempo do privilegio. Se o predio já não estiver em poder do devedor quando os credores hypothecarios promoverem a execução, não são admittidos ao concurso de preferencias os senhores de creditos privilegiados immobiliarios, ainda não tendo findado o tempo do seu privilegio. No entretanto a relação do Porto parece ter seguido opinião contraria no accordão de 2 de novembro de 1870, publicado no jornal *O Direito* n.º 41, 2.º anno, julgando que pelas decimas de fóros dos ultimos tres annos póde a fazenda nacional *executar o predio emphyteutico* em que recáem os referidos impostos; mas que pelas decimas anteriores só póde demandar o senhorio ou seus herdeiros.

Pelo menos, na tenção vencedora, que no referido jornal vem publicada conjunctamente com o accordão, lê-se o seguinte: «Mas parece-me que a questão é outra — é se, tendo sido lançadas as decimas dos fóros ao fallecido visconde de Balsemão, Luiz José Alexandre, devem paga-las os seus herdeiros ou aquelles que tiverem os prazos cujos fóros foram collectados, embora n'elles succedessem por disposição da lei. Eu entendo que ha a fazer uma distincção. Pelas decimas dos fóros dos ultimos tres annos tem a fazenda nacional privilegio sobre o valor dos bens em que recairem os referidos impostos, ainda que se achem onerados com hypothecas, codigo civil, artigo 887.º n.º 1.º, e quanto a estes é claro que sendo por elles responsavel o predio, responsavel é o seu possuidor; mas não existindo um tal privilegio para as decimas anteriores aos tres annos, a fazenda nacional torna-se um credor commum, e ha de haver o pagamento pessoalmente do devedor ou de seus herdeiros».

O que ao tribunal esqueceu, bem como aos fiscaes da fazenda, é que pelos fóros dos annos anteriores tinha a fazenda hypotheca legal independentemente de registo, nos termos do decreto de 26 de outubro de 1836, artigo 2.º § 1.º, n.º 5.º, que, nos termos do artigo 1019.º e lei de 15 de junho de 1871, póde ser admittida a concurso sem registo até 22 de março de 1873, sendo os fóros devidos anteriores a 1 de abril de 1867.

1.º, etc. O privilegio das dividas á fazenda é determinado pela applicação do seu valor ás despezas geraes da sociedade; e o interesse commum, em caso de collisão, deve prevalecer sobre o interesse individual.

O privilegio é limitado a tres annos, porque é de presumir que dentro d'este periodo os agentes do fisco cobrem as contribuições. De

resto, se estes forem remissos, não deve soffrer terceiro ás consequencias da sua negligencia. Limitado assim o privilegio, sabe sempre o adquirente até onde póde chegar a sua responsabilidade, e poderá exigir do alheador a prova dos encargos existentes sobre o predio, ou procura-la elle mesmo directamente.

Levar o privilegio mais longe era continuar a manter um favor odioso no interesse do thesouro; tanto mais que, querendo o estado ampliar a preferencia, póde registar a hypotheca sobre os bens respectivos, nos termos do artigo 907.º, na intelligencia de que, se a hypotheca for inscripta depois de estarem já registadas hypothecas a favor de particulares, não prefere a estas: é graduada, como qualquer outra, segundo a prioridade do registo.

Deve notar-se que este numero se refere unicamente ás contribuições prediaes directas e de repartição, que costumam lançar-se todos os annos aos predios, vistas as palavras «*pelos ultimos tres annos*».

A contribuição de registo, comquanto no orçamento do estado figure como imposto directo, não gosa do privilegio immobiliario, vista a redacção d'este numero, porque a materia de privilegios não admitte interpretação extensiva.

Convem igualmente notar que o privilegio immobiliario por impostos recáe precisa e designadamente sobre o predio a que elles respeitam, e não sobre outros quaesquer predios do devedor. Se os conhecimentos da contribuição, ou os titulos de dividas de impostos prediaes não designarem o predio sobre que recáem, ou se referirem em globo aos bens do devedor, sem se mostrar que o devedor nenhuns outros predios tem alem d'aquelles, não póde a fazenda vir a concurso de preferencias allegar o seu privilegio immobiliario.

N'este mesmo sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 15 de fevereiro de 1870, publicado no jornal *O Direito* n.º 18, 2.º anno, exprimindo-se a primeira tenção nos seguintes termos: «Para (a fazenda) gosar do privilegio immobiliario era mister provar que os impostos devidos recairam sobre o predio arrematado, de cujo producto se trata, o que se não póde concluir com segurança, da fórma generica em que estão concebidos esses titulos, *maxime* quando dos autos consta que o fallecido devedor possuia, alem do hypothecado, outros bens de raiz, e o n.º 1.º do artigo 887.º do codigo civil exige esta circumstancia especial como requisito indispensavel para que se realise o pretenso privilegio».

Os fiscaes da fazenda publica têem meio facil de evitar o inconveniente da falta de especificação dos predios, onerados com as contribuições, apresentando certidões da repartição de fazenda, passadas á face dos respectivos livros ou cadernos das contribuições. Nas execuções hypothecarias nem esse trabalho têem, porque o credor não póde levantar o preço do deposito sem mostrar por *certidão authentica*, e não por simples conhecimentos, que dos bens *respectivos* não se devem impostos, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 223.º

2.º, etc. São igualmente privilegiadas as bemfeitorias nos bens immoveis, como as bemfeitorias nos moveis, artigo 882.º n.º 3.º, porque sem estas bemfeitorias ter-se-ia deteriorado o predio em prejuizo dos outros credores.

E quando concorrerem diversos credores por despezas feitas para a conservação da cousa, na conformidade do disposto n'este numero, se a importancia total dos creditos de todos exceder o valor da quinta parte do predio, a que se refere o mencionado numero, a quantia, que se dever por essas despezas, será rateada por todos, na devida proporção; e pelo resto, que deixar de lhes ser pago, serão considerados credores communs, artigo 1014.º



Com relação aos creditos comprehendidos em os n.ºs 1.º e 3.º, não póde dar-se a hypothese da necessidade do rateio, como já mostrámos em a nota ao artigo 879.º

Nos termos da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, artigos 33.º n.º 7.º, e 88.º n.º 2.º, este privilegio não era causa de preferencia sem registo; e no artigo 101.º, correspondente ao artigo 906.º do codigo, especificava-se em ultimo e nono logar, como hypotheca legal, a dos constructores e cultivadores, os primeiros nos edificios, e os segundos nas terras que reduziram a cultura, para pagamento das respectivas despezas, no valor dos mesmos edificios ou terras; disposição esta absolutamente escusada, porque o artigo 102.º da lei contém uma disposição identica á do artigo 907.º do codigo.

A hypotheca pelo credito privilegiado, comprehendido n'este numero, ha de ser registada em face do titulo do contrato para melhoramento dos predios rusticos ou urbanos, e nos bens immoveis do devedor, com relação aos quaes houverem sido feitas as despezas de edificação ou arroteamento.

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1007.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DAS HYPOTHECAS EM GERAL

Art. 888.º Hypotheca é o direito, concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens immobiliarios do devedor, e com preferencia a outros credores, achando-se os seus creditos devidamente registados.

(Vid. notas aos artigos 855.º e 878.º)

Art. 889.º A hypotheca só póde recair em bens immobiliarios, que não estejam fóra do commercio.

§ unico. Sempre que forem hypothecados predios sujeitos a onus reaes, não abrangerá a hypotheca senão o valor dos mesmos predios, deduzida a importancia dos onus registados anteriormente ao registo da mesma hypotheca.

(Vid. notas aos artigos 370.º e 949.º)

Art. 890.º Só podem ser hypothecados:

1.º Os bens immoveis, e os immobilisados, de que se faz menção nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 375.º;

2.º O usufructo dos mesmos bens;

3.º O dominio directo e o dominio util nos bens emphyteuticos.

(Vid. nota ao artigo 375.º)

Art. 891.º A hypotheca abrange:

1.º As accessões naturaes;

2.º As bemfeitorias feitas á custa do devedor, salvo o di-

reito de terceiro, na parte em que o valor do predio tiver sido augmentado por ellas;

3.º As indemnisações devidas pelos seguradores;

4.º As indemnisações em virtude de expropriações ou prejuizos.

(Vid. artigo 902.º) A hypotheca do predio comprehende todas as accessões naturaes e dependencias que n'elle existirem ao tempo em que tenha de tornar-se effectiva a obrigação hypothecaria.

A hypotheca abrange todas as accessões *naturaes*, n.º 1.º assim como todas as accessões *artificiaes* ou *industriaes*, n.º 2.º

Este beneficio, concedido ao credor, é uma compensação do prejuizo a que elle tambem se sujeita com qualquer deterioração que o predio soffra.

O regulamento com data de 4 de agosto de 1864 para a execução da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, nos artigos 118.º e 119.º, especificava os objectos que podiam considerar-se como accessorios ou não accessorios do predio para o effeito de serem comprehendidos ou não na hypotheca principal.

«Artigo 118.º São comprehendidos na hypotheca:

«1.º Os objectos moveis collocados por um modo permanente, seja para ornamento ou commodidade, seja para serviço de alguma industria, aindaque essa collocação seja posterior á constituição da hypotheca;

«2.º As bemfeitorias que consistirem em novas plantações, poços, minas, obras de esgoto, de represas, de encanamento, de reparação, de embellezamento, de transformação ou elevação de edificios, e outras similhantes;

«3.º Os fructos pendentes, ou aindaque já colhidos não levantados nem encelleirados;

«4.º As rendas vencidas e ainda não pagas, qualquer que seja a causa da falta de pagamento, e as que se vencerem até que o credor seja inteiramente pago do seu credito, e bem assim o preço dos fructos já vendidos, mas ainda não pagos;

«5.º As quantias devidas pelos seguradores em relação aos predios ou aos ditos moveis, quando o sinistro tenha acontecido depois da constituição da hypotheca;

«6.º As quantias devidas por indemnisação liquidada de valor do todo ou de parte dos predios hypothecados, em rasão de expropriação por utilidade publica ou de prejuizos.

«Artigo 119.º Não se comprehende porém na hypotheca a nova construcção de edificios aonde antes não existia edificação alguma, a consolidação de um com outro dominio nos predios emphyteuticos, a consolidação de usufructo em plena propriedade, e outros casos de melhoria do dominio não contemplado ao tempo do contrato hypothecario, e que era susceptivel de hypotheca distincta, embora esteja livre de qualquer hypotheca».

São muito dignas de consideração as provisões d'este regulamento de 4 de agosto de 1864, embora depois substituido pelo de 14 de maio de 1868, e hoje pelo de 28 de abril de 1870, porque estes não são mais do que novas edições d'aquelle, elaboradas sobre as mesmas bases, e subordinadas ao mesmo pensamento; assim como a respectiva doutrina do codigo foi organisada sobre o projecto, depois transformado na citada lei de 1 de julho de 1863.

A hypotheca abrange as indemnisações do seguro, ou este fosse contratado antes ou depois da hypotheca. Nem o codigo faz distincção nem esta seria racional, porque a indemnisação do seguro é em todo o caso a representação do valor do predio sobre que o credor tinha direito, como segurança da sua divida.



São mesmo aceitaveis no systema do codigo aquellas disposições do regulamento da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, sem necessidade de serem modificados os seus preceitos.

Aquelle regulamento não comprehende na hypotheca as novas edificações feitas no immovel hypothecado, que n'ella não devem ser ainda agora comprehendidas, apesar de ser ambigua a redacção do codigo, e de ser expressamente reconhecida a doutrina contraria no artigo (974.º) correspondente do projecto primitivo. Effectivamente, as *obras* e *edificações*, pelo projecto do sr. Seabra, eram para este effeito collocadas na mesma classe das *bemfeitorias*. O n.º 1.º do artigo 974.º do projecto primitivo, correspondente ao n.º 2.º do artigo 891.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «As obras e edificações feitas no immovel, e quaesquer bemfeitorias, salvo o direito de terceiro em quanto houverem augmentado o valor do predio».

A commissão revisora, porém, supprimindo as palavras «*obras* e *edificações*», pareceu excluir dos accessorios da hypotheca os edificios construidos de novo.

Tambem pelo projecto primitivo, como pelo referido regulamento, a hypotheca comprehendia os objectos moveis que o proprietario addisse em perpetuo ao predio hypothecado.

No entretanto, em vista do artigo, que só comprehende na hypotheca as accessões *naturaes*, póde o dono do predio separar esta accessão *artificial* antes da penhora, e mesmo aliena-la, sem que por isso o credor hypothecario tenha acção contra o proprietario ou contra o terceiro possuidor, como já dispunha o § unico do artigo correspondente do projecto primitivo, salvo se ella não podér considerar-se como bemfeitoria, para poder ser comprehendida na hypothese do n.º 2.º do artigo.

Em nosso entender o artigo 891.º comprehende nos accessorios da hypotheca todos os objectos, como taes especificados no artigo (974.º) correspondente do projecto primitivo, salvo as edificações feitas de novo.

O artigo, nas palavras do n.º 2.º «*salvo o direito de terceiro, na parte em que o valor do predio tiver sido augmentado por ellas*» refere-se, não ás despezas de mera *conservação*, que não augmentam o valor dos predios, mas aos melhoramentos nos predios rusticos ou urbanos, pelos quaes é permittida a hypotheca nos termos do artigo 976.º, bem como o privilegio immobiliario nos termos do n.º 2.º do artigo 887.º, poisque o privilegio immobiliario póde coexistir perfeitamente com o credito hypothecario, como já vimos.

No mesmo caso estão as indemnisações que o devedor recebeu em consequencia de lhe ter sido expropriado o predio, ou como reparação de prejuizos que lhe tivessem causado no immovel hypothecado.

Os direitos do credor recáem no valor de qualquer indemnisação, ou mesmo no predio reedificado, artigo 902.º, se a reedificação foi feita á custa de quem era obrigado a indemnisar o credor, isto é, á custa do devedor ou de seus herdeiros ou representantes. Se porém foi reedificado o predio por quem não tinha obrigação de indemnisar, pertence a este, como é natural, o valor da reedificação.

Art. 892.º A hypotheca onera os bens em que recáe, e sujeita-os directa e immediatamente ao cumprimento das obri-

gações a que serve de segurança, seja quem for o possuidor dos mesmos bens.

Pela nossa lei vigente até 1 de abril de 1857 eram muito differentes as hypothecas, quanto á sua constituição, principalmente por via das hypothecas tacitas; mas, tendo-se adoptado a base da publicidade e da especialidade, convinha definir o modo de constituir as hypothecas, attendendo só ao rigor dos principios, sem contemplação com o favor que merece certa classe de pessoas, designar os bens sobre que ellas hão de recair, e determinar os seus effeitos, a sua extensão e os seus limites, a fim de que o registo seja uma verdade, e se evitem as graves e frequentes questões a que dão logar as legislações de muitos povos.

Ao contrario do que succede com os privilegios tanto mobiliarios, como immobiliarios, a hypotheca acompanha sempre os bens hypothecados, ainda em poder de terceiro.

Durante muito tempo foram encontradas as opiniões sobre o procedimento a seguir por parte do credor, quando a hypotheca se não achava já em poder do devedor.

A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 dispunha no artigo 174.º, que o credor, cuja divida resultasse de algum dos titulos a que se referia a regra estabelecida no artigo 172.º, correspondente ao artigo 206.º do regulamento de 28 de abril de 1870, faria citar o *devedor* para que lhe pagasse, dentro de dez dias, sob pena de se proceder a penhora em todos os bens que constituissem a hypotheca. A mesma disposição se encontrava no artigo 233.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

D'aqui resultava divergencia de opiniões emquanto á pessoa, contra quem devia ser intentada a execução hypothecaria. Pretendiam alguns que, segundo a ordenação, livro IV, titulo III, *pr.*, e outras leis, e escriptores de direito patrio, a palavra «*devedor*» se referia só áquelle, que contrahiu a divida hypothecaria, e aos seus herdeiros.

Diziam por isso que o credor devia demandar primeiro o devedor por acção pessoal, e que, só depois de excutidos os bens d'este, podia dirigir-se contra o terceiro possuidor da hypotheca, sustentando assim que continuava em vigor o antigo direito, que este artigo do codigo não revogava.

Estes podiam ainda invocar a favor da sua opinião a fonte d'este artigo 892.º, que é o artigo 105.º da lei hespanhola de 8 de fevereiro de 1861, bem como os commentarios de Pantoja a este artigo.

Pantoja abre o seu commentario ao citado artigo 105.º da lei hespanhola com o seguinte paragrapho da exposição de motivos:

«Ao tratar especialmente das hypothecas entendeu a commissão que, antes de tudo, devia escrever mais uma vez nas leis, que a hypotheca é um verdadeiro direito real, inherente ao cumprimento das obrigações a que serve de garantia, e que acompanha sempre a cousa hypothecada, qualquer que seja o possuidor a cujo poder vá parar, e quaesquer que sejam as transformações por que passe.

«Com o reconhecimento d'este principio implicitamente se approva a opinião dos que sustentam, que, no caso de ter passado a terceiro possuidor a cousa hypothecada, póde este, sendo demandado, exigir que o auctor vá primeiro por acção pessoal contra aquelle que está directamente obrigado, e que só tenha direito de reclamar por acção real hypothecaria contra o possuidor do predio hypothecado, depois de executados os bens do originario devedor, e de se mostrar a insolvencia d'este.



«Que assim se dá nova sancção ao direito antigo, que sempre proclamou estes principios, sem todavia os ter levado ás suas indeclinaveis consequencias».

Sustentavam outros que o credor devia dirigir-se logo contra o terceiro possuidor que, desde que possuia o predio hypothecado, era o verdadeiro devedor.

Allegavam que, segundo o principio *Res, non persona, debet*, a expressão «*devedor*» comprehendia tanto o que contrahiu a divida hypothecaria, como o terceiro possuidor da hypotheca; e invocavam em seu favor o artigo 89.º da lei hypothecaria, correspondente ao artigo 892.º do codigo, em virtude do qual a hypotheca *onera* os bens em que recáe, e sujeita-os *directa* e *immediatamente* ao cumprimento das obrigações a que serve de segurança, *seja quem for o possuidor dos mesmos bens*.

Inferiam d'este preceito que o terceiro possuidor do predio era o verdadeiro devedor, e julgavam confirmada a sua opinião pelos artigos 1470.º, 1846.º e outros do codigo.

Acrescentavam mais que, se a palavra *devedor* significasse apenas o que contrahiu a divida hypothecaria, em tal caso, como a acção hypothecaria só era subsidiaria, nos termos da ordenação, livro IV, titulo III, *pr.*, deviam executar-se primeiro os bens do devedor originario, quando os bens hypothecados estivessem em poder de terceiro, e que só depois tinha logar a acção hypothecaria; e que, como esta acção, segundo a ordenação citada, era tratada pelo processo ordinario, deveria seguir-se a mesma fórma de processo quando o predio hypothecado estivesse em poder de terceiro. Porém esta doutrina é sem duvida contraria ao pensamento do legislador, que na creação do processo executivo hypothecario teve em vista principalmente evitar as delongas, a que pela antiga legislação estava sujeito o credor hypothecario para obter o pagamento do seu credito.

Felizmente são hoje escusadas longas observações para esclarecer este ponto, que se acha resolvido de accordo com os principios nos artigo 207.º e 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

O credor, quanto á expropriação hypothecaria, nada tem com a pessoa, mas com o predio. Demanda, não o devedor com quem contratou, ou os seus representantes, se não possuem o predio, mas o possuidor do predio ou do direito predial; e, se este não paga ou não deduz embargos dentro de dez dias, procede-se a penhora nos bens hypothecados, sem indagar se elles estão na mão do devedor ou de terceiro.

Diz o citado artigo 207.º do regulamento de 28 de abril de 1870: «O credor hypothecario fará citar *o possuidor* do predio ou do direito predial para que lhe pague a importancia do seu credito.»

As relações juridicas do credor, quanto á expropriação da hypotheca, são unicamente com o possuidor do predio; e, se este não paga, recorre o credor á *segurança* real, que é tão sua, estando na mão do devedor, como na de terceiro.

Conseguintemente, entre nós, a acção hypothecaria, comquanto tenha o caracter de mixta, porque é tambem pessoal com relação ao devedor, e só real com relação a qualquer possuidor, não é todavia *subsidiaria*, como a que se dá contra o fiador, porque póde logo intentar-se contra qualquer possuidor.

O nosso direito portanto n'esta materia é contrario ás doutrinas de Pantoja que, commentando a lei de Hespanha, declara que o principio de que a hypotheca produz um direito real na cousa hypothecada não é tão absoluto, como se tem entendido, porque não póde ser exercida a acção hypothecaria sem se ter usado primeiro da acção real,

A nossa jurisprudencia é melhor, e mais conforme aos principios avançados da theoria de processo.

Se porém forem dois *os possuidores* do predio hypothecado, tendo um a propriedade, e outro o usufructo do predio, é evidente que hão de ser chamados ambos á demanda, porque nenhum póde ser privado da sua posse, sem ser ouvido e convencido.

Por consequencia, salva a hypothese de o valor da hypotheca não cobrir o montante da divida, em caso nenhum tem o credor que chamar á demanda o originario devedor, com quem contratou, ou os seus representantes, porque as condições da hypotheca continuam as mesmas e inalteraveis, apesar de ter passado o predio ou o direito predial para o poder de terceiro.

Por isso, se o devedor originario é fallecido, não é precisa a habilitação dos seus representantes para se proceder contra o possuidor do predio na exigencia dos creditos hypothecarios.

O regulamento de 14 de maio de 1868 podia dar logar á duvida se para demandar os herdeiros do devedor se exigia habilitação, porque aos embargos, que, nos termos do artigo 178.º da lei de 1 de julho de 1863, eram: 1.º, falsidade do titulo constitutivo da hypotheca; 2.º, nullidade ou extincção da mesma hypotheca; 3.º, novação ou pagamento, provado immediatamente por documento legal — acrescentou, e em primeiro logar, o da *illegitimidade de pessoa*, como se mostra do artigo 237.º

D'esta disposição e do preceituado no artigo 2124.º do codigo, que determina que, apesar de terem contra os herdeiros a mesma força que têem contra o auctor da herança os titulos de execução apparelhada, não podem todavia os credores proseguir na execução sem os herdeiros serem *habilitados*, e novamente citados com o praso de dez dias, a fim de pagarem, ou de se proseguir nos termos da execução, inferiam alguns que nas expropriações hypothecarias era tambem necessaria a habilitação dos herdeiros ou representantes do devedor.

Contra esta opinião havia, é verdade, o artigo 892.º do codigo, que sujeita *directa* e *immediatamente* ao pagamento do credito as hypothecas, *seja quem for o possuidor dos mesmos bens*, e os artigos 483.º e 2011.º, em virtude dos quaes o dominio e a *posse* da herança passam aos herdeiros, quer legitimos, quer instituidos, logo á morte do seu auctor.

Mais se confirmava esta outra opinião pelo preceito do artigo 2123.º, segundo o qual o coherdeiro, possuidor do predio hypothecado, não póde recusar-se ao pagamento da divida com o fundamento da falta de habilitação.

Porém o regulamento de 28 de abril de 1870, estabelecendo os embargos do executado fundados — na illegitimidade da pessoa *do credor*, — excluiu a necessidade da habilitação para os herdeiros do devedor.

De mais nenhuma duvida póde fazer o artigo 2124.º do codigo, que estabelece a regra geral nos titulos executorios, regra a que faz excepção o titulo constitutivo da hypotheca, depois de registado e acompanhado do competente certificado do registo.

Apesar de ser assim expressa a desnecessidade da habilitação dos herdeiros do devedor para a expropriação do predio hypothecado, não só em face dos principios juridicos que regem o encargo da hypotheca, mas tambem em presença do preceito positivo do artigo 211.º do respectivo regulamento, tão enraizada estava no nosso fôro a doutrina contraria, que hoje mesmo temos visto, não só deduzir artigos de habilitação para expropriar a hypotheca em poder dos herdeiros do devedor, mas demandar, alem do possuidor do predio, quando este se acha em poder de terceiro, o originario devedor ou seus representantes.



O chamamento á demanda do originario devedor, ou de seus representantes ainda nós achâmos conveniente, para, no caso do predio hypothecado não cobrir o credito, poder o credor proseguir na mesma execução, contra o originario devedor, ou seus representantes, que nunca deixam de ficar pessoalmente obrigados para com o credor.

Porquanto é claro que, se o credor não chamar á demanda da expropriação hypothecaria o devedor ou seus representantes, não póde depois, sem nova execução proseguir contra elles pelo restante da divida que não podér ser coberto pelo valor dos bens hypothecados.

A habilitação porém dos herdeiros do devedor é evidentemente dispensada na execução hypothecaria. Nos auditorios de Lisboa pelo menos é esta a pratica.

O processo pois continua, independentemente de habilitação, contra os representantes do devedor, que devem ser citados para a louvação nos termos do artigo 597.º da reforma judicial, se o devedor fallece antes de se ter procedido a este acto judicial, e para todos os mais termos do processo.

Ordinariamente o credito é liquido, porque nas hypothecas voluntarias deve determinar-se, ao menos approximadamente, a quantia da obrigação, artigo 911.º; e nos casos de hypotheca legal, como por administração de bens de menores, ou de pessoas moraes a elles equiparadas, precede a liquidação e apuro de contas.

Porém mesmo quando o credito seja illiquido, ou não esteja devidamente precisada a sua quantia, e que se torne indispensavel começar o processo pelos artigos de liquidação, nos termos dos artigos 575.º e 576.º da citada reforma judicial, é o possuidor da hypotheca o verdadeiro executado, e que deve ser citado.

Convem todavia citar igualmente o originario devedor, ou seus representantes, para facilitar a execução contra estes, no caso de o credor não ser integralmente pago pelo producto dos bens hypothecados.

A habilitação activa, porém, é necessaria, para mostrar a legitimidade de pessoa, quando o credor exequente não seja o credor originario, ou o credor inscripto: e, se os executados entenderem que o exequente não é parte legitima, lá tem o recurso de embargos, prescripto no artigo 211.º do regulamento, para deduzirem o seu direito contra a legitimidade da pessoa do credor.

Se o exequente é o credor inscripto na conservatoria, aindaque não seja o credor originario tem a seu favor a presumpção juridica de que o direito lhe pertence, porque os effeitos do registo subsistem emquanto este não é cancellado, artigos 965.º do codigo e 149.º do regulamento.

Se porém o exequente é herdeiro ou cessionario do credor originario, carece de deduzir a habilitação activa, aliás não lhe reconhecerá o juiz a legitimidade de pessoa, aindaque o executado nem offereça embargos, nem venha disputar-lhe a legitimidade de auctor.

Se o credor hypothecario fallecer, ou por qualquer fórma ceder os seus direitos antes de registada a hypotheca, póde o seu herdeiro ou cessionario requerer o registo em seu nome, apresentando ao conservador os documentos comprovativos de que o credito hypothecario lhe pertence.

Conseguintemente se o exequente é a mesma pessoa, a favor de quem está inscripto o direito hypothecario, não é necessaria a habilitação, porque a legitimidade do auctor se deriva do proprio documento que serve de base á execução.

Se porém o exequente é herdeiro ou representante do credor originario, e não está inscripto como tal no registo, carece de habilitar-se para mostrar que é o *credor hypothecario*, e poder demandar o possuidor do predio nos termos do artigo 207.º do regulamento.

Nem a lei de 1 de julho de 1863, que creou o processo executivo para as expropriações hypothecarias, nem os regulamentos do registo predial de 14 de maio de 1868 e de 28 de abril de 1870 contém disposição que regule a fórma de processo das habilitações activas nas execuções hypothecarias. Porém como não só n'aquella lei, mas nos referidos regulamentos se declara que são applicaveis a todo o processo de execução hypothecaria as disposições da lei geral sobre as execuções e expropriações particulares, que não forem incompativeis com as modificações n'elles sanccionadas, é consequente que nas habilitações n'estes processos hão de observar-se os preceitos dos artigos 631.º a 633.º e 325.º da novissima reforma judicial no que não for incompativel com as provisões do regulamento de 28 de abril de 1870.

Na habilitação activa devem os herdeiros ou representantes do credor allegar: 1.º, quem era o originario credor; e 2.º, o titulo da successão ou da cedencia do credito para o exequente; concluindo por pedir que o possuidor do predio seja citado para na segunda audiencia, posterior á citação, ver offerecer os artigos de habilitação, e seguir os mais termos até final.

Em virtude d'estes mesmos principios, os creditos hypothecarios registados contra um fallido executam-se nos termos do regulamento de registo predial, sem dependencia alguma do processo de fallencia instaurado no juizo commercial, vistoque o registante, pelo facto do registo de hypotheca, adquiriu o direito de cobrar judicialmente a sua divida pelo rapido processo executivo estabelecido no regulamento de 28 de abril de 1870. Assim o decidiu a relação de Lisboa em accordão de 21 de janeiro de 1870, e o supremo tribunal de justiça em accordão de 26 de agosto do mesmo anno.

Diz o accordão do supremo tribunal:

«Considerando que a lei de 1 de julho de 1863, reguladora especial de todos os privilegios creditorios e dos direitos hypothecarios, cujas disposições passaram quasi intactas para o codigo civil, evidentemente os comprehendeu todos, qualquer que fosse a sua origem anterior, revogando indistinctamente as leis que, ou admittiam os que ella não reconheceu, ou auctorisavam meios differentes de os constituir e fazer valer em juizo, o que era necessario para se conseguir o fim de manifesta utilidade publica que o legislador tinha em vista;

«Considerando que esta regra geral da lei mais se confirma pelas duas unicas excepções, ainda assim transitorias, que ella fez nos artigos 200.º e 201.º, aquella relativa ao legislado no codigo commercial a respeito de navios, e esta relativa aos privilegios creditorios de alguns bancos, mostrando assim que no tocante a privilegios e hypothecas ficavam derogadas todas as leis anteriores incompativeis, embora se achassem encorporadas no codigo do commercio;

«Considerando que a mesma lei, desde o artigo 172.º, foi especialissima, não só quanto ao processo ou meio de realisar os creditos hypothecarios, por ella considerados, conferindo ao credor, nos artigos 186.º e 189.º, direitos incompativeis com a administração, venda e distribuição das massas fallidas, mas quanto á competencia do juizo, que fez exclusiva das justiças civis ordinarias o que se acha explicitamente reconhecido no ultimo regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 206.º § 2.º:



«Considerando que esta causa versa apenas sobre termos e formalidades do processo, e sobre competencia, em que este supremo tribunal julga definitivamente conforme os artigos 2.º, 7.º e 8.º da lei de 19 de dezembro de 1843:» etc.

Mas n'este caso devem ser citados para seguirem os termos da execução os curadores provisorios.

O projecto primitivo, artigo 1076.º, tambem mandava citar, alem do possuidor do predio, o originario devedor, mas talvez pela faculdade, que concedia áquelle no artigo 1078.º, de requerer que fossem executidos primeiro os bens d'este quando em seu poder tinha bens pertencentes á mesma hypotheca, prestando caução ou fiança, pelo que faltasse para inteiro pagamento do credor, comtantoque a hypotheca não fosse especial, ou o possuidor se não achasse pessoalmente obrigado á mesma divida.

É certo que o terceiro possuidor gosa de todos os direitos e excepções que podiam competir ao devedor originario, como tambem dispunha o projecto primitivo no artigo 1077.º

Tambem é verdade que o terceiro possuidor do predio, que pagar a divida ou for expropriado, tem direito a ser indemnisado pelo devedor hypothecario, de quem houve o dito predio por titulo oneroso, como igualmente dispunha o projecto primitivo no artigo 1083.º

O registo da hypotheca porém não é titulo sufficiente para o credor, fundado n'elle, pedir a posse judicial do predio hypothecado; e se, pedindo-a, esta for concedida, póde o possuidor oppor-se com embargos.

Assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 21 de julho de 1871, publicado no *Diario do Governo*, n.º 181, de 14 de agosto do mesmo anno.

Firma-se esta boa jurisprudencia no seguinte considerando:

«E considerando, que o registo, servindo para affirmar contra terceiros os direitos do registante, não lhe confere mais, nem direitos diversos dos que constam do titulo registado, pelos quaes se hão de regular os effeitos do registo, e descripção que para elle se fez, etc.»

Art. 893.º A hypotheca é de sua natureza indivisivel; subsiste em todos e em cada um dos predios hypothecados, e em cada uma das partes que os constituem; salvo o caso de se designar, no competente titulo constitutivo da hypotheca, a parte do predio ou dos predios, que com ella fica onerada.

(Vid. nota ao artigo 861.º)

Art. 894.º Só póde hypothecar quem póde alienar, e só podem ser hypothecados os bens que podem ser alienados.

§ unico. O modo como podem ser hypothecados os bens, postos em administração, é regulado nos titulos respectivos d'este codigo.

(Vid. nota ao artigo 370.º, e artigos 1664.º, e 1667.º) N'este artigo consigna-se em disposição legal o tão sabido principio do nosso direito velho de que a hypotheca é uma especie de alienação. Portanto se só póde hypothecar quem póde alienar, é claro que o marido, que sem outorga da mulher não póde alienar bens de raiz, tambem sem auctorisação d'ella não póde hypotheca-los.

Por direito antigo era corrente que a hypotheca, constituida pelo marido sem outorga da mulher, não tinha validade, porque nos termos do alvará de 10 de julho de 1787, capitulo XVI, a hypotheca era uma especie de alienação.

O codigo é expresso na declaração, artigo 1119.º, de que os bens immobiliarios, quer sejam proprios de algum dos conjuges, quer communs, não podem ser *obrigados por qualquer fórma* sem accordo commum.

É pois evidente que, segundo os preceitos do codigo, não póde o homem casado constituir hypotheca sem outorga da mulher.

Se porém o marido hypothecar, sem consentimento da mulher, bens proprios ou communs, será applicavel á hypotheca o que os §§ 2.º e 3.º do artigo 1191.º dispõem com relação á alienação de bens immobiliarios?

A alienação dos bens immobiliarios, proprios ou communs, feita pelo marido, não é nulla *ipso jure*; como o não é a alienação dos bens immobiliarios communs.

A annullação da alienação dos bens communs ainda *poderá ser requerida*, nos termos do citado § 3.º do artigo 1191.º; mas, se não for requerida essa annullação, subsiste valida a alienação.

Porém a annullação da alienação dos bens proprios nem requerida póde ser, senão achando-se o marido constituido em responsabilidade para com a mulher ou seus herdeiros, e não tendo outros bens por onde pague, citado artigo 1191.º § 2.º

A mulher, pois, ou seus herdeiros, para conseguirem a annullação da alienação dos bens proprios, feita pelo marido, carecem de provar conjunctamente dois requisitos: 1.º, a responsabilidade do marido para com elles; 2.º, a falta de outros bens, por onde possa desonerar-se d'essa responsabilidade.

Serão porém applicaveis estas mesmas disposições á hypotheca? Decidimo-nos pela affirmativa por um argumento de analogia, ou antes por maioria de rasão. Seria contradictorio com as doutrinas do codigo que a alienação de bens immobiliarios proprios d'elle, ou communs, feita pelo marido sem outorga da mulher, não fosse *ipso jure* nulla, e que o fosse a hypotheca de iguaes bens, feita tambem só pelo marido sem consentimento da mulher.

A relação do Porto, em accordão de 25 de janeiro de 1870, publicado na *Revista de Legislação, e de Jurisprudencia de Coimbra*, n.º 98, negou provimento a um aggravo interposto de uma decisão do juiz de direito de Arganil, que julgou applicavel á hypotheca o que o artigo 1191.º dispõe relativamente á alienação.

Diz a sentença do juiz de primeira instancia: «Considerando que, sendo ponto controverso antes do codigo civil, se o marido poderia hypothecar bens de raiz sem outorga da mulher, segundo lhe eram ou não licitos os contratos, de que a hypotheca era segurança, e d'elles provinha lucro ao casal, comtudo, tanto pelo direito anterior ao codigo, como mesmo por este (artigo 1191.º § 3.º), só a mulher e os herdeiros podiam e podem allegar tal nullidade».

Á expropriação pois dos bens proprios do marido, por elle hypothecados sem outorga da mulher, não póde esta oppor embargos de nullidade com fundamento no artigo 211.º n.º 3.º do regulamento de 28 de abril de 1870, vistoque a hypotheca só póde ser annullada por meio de acção ordinaria, em que se provem as circumstancias especificadas no § 2.º do artigo 1191.º

Se porém forem communs os bens hypothecados pelo marido sem outorga da mulher, póde esta, ou os seus herdeiros, ou os herdeiros



legitimarios do marido oppor embargos de nullidade com fundamento no citado artigo 211.º n.º 3.º do regulamento; porque, na especie da hypotheca de bens communs para ser julgada procedente a nullidade, não é preciso allegar nem provar outra circumstancia, senão a falta do consentimento da mulher, artigo 1191.º § 3.º

Pela mesma rasão, se os bens hypothecados forem communs, ainda que se decida que os embargos de nullidade da hypotheca não procedem, não póde o credor expropriar judicialmente a hypotheca, senão depois de dissolvido o matrimonio, ou havendo separação de bens, nos termos do artigo 1114.º

Se antes de se verificar algum d'estes factos vier o credor promover a execução nos bens, póde a mulher oppor-se com embargos de terceiro.

Em virtude do preceito do artigo não póde ser hypothecado o predio indiviso sem o consentimento de todos os comproprietarios, visto não estarem determinadas precisamente as suas respectivas parcellas.

As formalidades necessarias para a hypotheca de bens de menores, de interdictos, dotaes, etc., são expostas nos titulos respectivos.

O emprazamento tambem só póde recair sobre bens immoveis, artigo 1664.º, assim como só podem dar de emprazamento os que podem alienar, artigo 1667.º, e por isso os casados, qualquer que seja o contrato de casamento, nem mesmo os bens proprios podem emprazar sem o mutuo consentimento, artigo 1668.º

A commissão revisora eliminou o artigo 984.º do projecto primitivo, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 894.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «É nulla a hypotheca estipulada pelo fallido nos dez dias anteriores á declaração da fallencia».

Este preceito era já uma limitação do disposto no artigo 1133.º do codigo de commercio, que declarava nulla a hypotheca adquirida nos bens do quebrado, nos vinte dias precedentes á abertura da fallencia. Com a eliminação do artigo ficou pois revogado aquelle artigo do codigo commercial.

A suppressão d'este preceito porém não prejudica o direito, que aos credores facultam os artigos 1030.º e seguintes, de fazerem rescindir os contratos simulados, ou verdadeiros, celebrados em seu prejuizo.

Não podem os credores lesados obstar á expropriação hypothecaria dos predios com o fundamento da simulação ou da insolvencia nos termos do artigo 1030.º e seguintes do codigo, vistos os termos do regulamento do registo predial, que não reconhece outros embargos á execução alem dos expressamente taxados no artigo 211.º Podem porém intentar a acção de rescisão do acto juridico, e mesmo requerer o embargo no producto dos bens arrematados, se for caso d'isso, até se decidir a acção de rescisão.

Art. 895.º A hypotheca póde ser constituida pelo devedor, ou por outrem em seu favor.

(Vid. nota ao artigo 821.º)

Art. 896.º Quem possue condicionalmente, ou com direito resoluvel, só póde hypothecar debaixo das mesmas condições.

§ unico. O proprietario condicional deverá declarar no contrato a natureza do seu direito, se a conhecer, e, não o fazendo, incorrerá na pena imposta ao crime de burla, alem da responsabilidade por perdas e damnos.

As condições resolutorias são aquellas, cujo cumprimento deixa as cousas no estado em que se achavam antes de serem estabelecidas essas condições, salvo convenção em contrario. Nos contratos, como nas disposições de ultima vontade, os effeitos das condições resolutorias são: que, realisado o facto, de que depende a resolução do direito, este se resolve no sentido já estabelecido pelas partes, pela lei, ou pelo testador.

Assim os bens, que passam ao poder de qualquer pessoa, sujeitos a condições resolutorias, participam do caracter dos retrovendidos, ou usufruidos, porque reunem as duas condições — de ser revogavel o dominio, e de pertencer ao possuidor todo o producto dos bens até que se realise o acontecimento incerto.

Tem aqui logar a applicação do principio: *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

A realisação do acontecimento póde porém depender da vontade do que tem o direito, do acaso, ou de terceiro.

Por estas rasões as leis de alguns povos não permittem que se hypothequem bens sujeitos a condições resolutorias emquanto ellas estiverem pendentes, vistoque, não passando o dominio de uma maneira irrevogavel á pessoa que os adquire, não podem hypothecar-se emquanto o possuidor não tiver a livre disposição d'esses bens.

Admittem apenas a hypotheca de taes bens com o consentimento expresso d'aquelles a quem possam aproveitar as condições resolutorias, ou quando o cumprimento da condição dependa exclusivamente da vontade do possuidor dos bens; ficando este obrigado, emquanto subsistir a hypotheca, a fazer ou não fazer aquillo de que depende a subsistencia do seu direito, e sendo responsavel por perdas e damnos quando, por faltar á dita obrigação, se extinga a hypotheca.

Julgâmos, no entretanto, mais liberal a doutrina do nosso codigo. Desde que o credor, em favor do qual foram introduzidas por alguns legisladores aquellas restricções, se contenta com a hypotheca de um predio, sobre o qual o possuidor não tem direito absoluto, mas condicional ou resoluvel, não deve o estado intervir com a sua tutela em negocios de interesse meramente particular.

O possuidor de uma propriedade a remir, ou em usufructo, que a hypotheca, occultando a circumstancia de que o seu direito é resoluvel, e de que portanto está sujeito o credor a ser privado d'aquella garantia, commette o crime de burla, e incorre nas penas comminadas no artigo 450.º do codigo penal.

Parece que, achando-se registado na conservatoria o encargo resoluvel que pesa sobre o predio, esta publicidade devia supprir a falta de declaração de quem hypotheca, para a effeito de o salvar das responsabilidades a que se refere o § unico do artigo; quanto mais que ha de ser difficil comprehender esta hypothese nas especies previstas no artigo 450.º do codigo penal. O artigo 450.º do codigo penal está redigido nos seguintes termos: «Será punido com prisão correccional por mais de seis mezes, e, podendo ser, aggravada com a multa, e suspensão dos direitos politicos por dois annos, segundo as circumstancias: 1.º, o que fingindo-se senhor de uma cousa, a alhear, arrendar, gravar ou empenhar; 2.º, o que vender uma cousa duas vezes a differentes pessoas; 3.º, o que especialmente hypothecar uma cousa a duas pessoas, não sendo desobrigada do primeiro credor, ou não sendo bastante para satisfazer a ambos; 4.º, o que de qualquer modo alhear como livre uma cousa especialmente obrigada a outrem, encobrindo maliciosamente a obrigação.»

E em materia penal não é admissivel a analogia ou inducção por paridade, ou maioria de rasão, para qualificar qualquer facto como crime, citado codigo, artigo 18.º



No entretanto a commissão revisora, que no artigo 914.º não manteve a pena de burlão, que o artigo (981.º) correspondente do projecto primitivo impunha ao que alienasse ou hypothecasse de novo o predio, sem declarar no contrato a existencia da anterior obrigação, conservou-a todavia n'este artigo 896.º, tal qual se achava no artigo 986.º que lhe corresponde no projecto primitivo.

Art. 897.º Das obrigações, proprias do herdeiro, por nenhum caso resulta hypotheca sobre os bens da herança, em prejuizo dos credores do auctor d'ella, aindaque sejam credores communs.

A doutrina d'este artigo foi determinada pelo mesmo principio que dictou o artigo 645.º da novissima reforma judicial, que se acha redigido nos seguintes termos: «Tendo o devedor commum diversos patrimonios, e havendo credores a cada um d'elles, se deverão separar os seus bens, para por elles serem exclusivamente pagos os credores respectivos».

Para regular a hypothese de haver credores do herdeiro, e credores do auctor da herança, estabelece o codigo o principio de que os credores, pelas obrigações proprias do herdeiro, não podem ter hypotheca sobre os bens da herança em prejuizo dos credores do auctor d'esta. Estes tinham os seus direitos já creados quando o auctor da herança falleceu, e quando a massa hereditaria se confundiu com os bens do herdeiro.

Verdade seja que á morte do auctor da herança os bens hereditarios ficaram sendo do herdeiro tanto como os seus proprios, porque logo se lhe transmittiu a posse e o dominio, artigos 483.º e 2011.º Os creditos porém sobre o auctor da herança, que estavam já estabelecidos antes da transmissão d'esta, não podem ser por isso prejudicados por um facto posterior; e se-lo-iam postos em concorrencia com creditos sobre o herdeiro.

Por exemplo. Paulo, que era credor do auctor da herança por 100$000 réis, e do herdeiro por 20:000$000 réis, não é pago dos réis 20:000$000 pelos bens da herança senão depois de pagos todos os credores do auctor d'ella. Tambem não póde registar hypotheca legal, se a tinha, sobre esses bens do herdeiro em prejuizo dos credores do auctor da herança, aindaque estes credores não fossem privilegiados, mas simplesmente communs.

Pela mesma rasão não póde o menor registar nos bens, que o tutor herdou, em prejuizo dos credores do auctor da herança a hypotheca legal que tem nos bens do tutor nos termos do artigo 906.º § 2.º,

O projecto primitivo, nos artigos 1050.º e 1051.º, dizia assim:

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

«Artigo 1051.º A faculdade indicada no artigo precedente não terá logar: 1.º, se a separação não for requerida dentro de seis mezes, a contar da abertura da herança; 2.º, se os credores houverem feito novação da divida, ou, por qualquer modo, tiverem aceitado a responsabilidade pessoal do herdeiro».

O projecto primitivo pois não permittia a separação do patrimonio adquirido por successão, senão quando os bens estivessem *obrigados* a credores do auctor da herança, de modo que estes podessem estabelecer sobre esses bens *concurso especial*. O codigo porém concede aos credores do auctor da herança a separação do patrimonio, ainda mesmo que elles sejam credores *communs*.

Portanto, aindaque os credores do auctor da herança sejam *communs*, isto é, postoque não tenham privilegio nem hypotheca, preferem sobre a massa hereditaria a quaesquer credores do herdeiro, por mais privilegiados que estes sejam.

No interesse dos credores estabelece o codigo a separação completa entre os bens da massa hereditaria e os do herdeiro.

A hypothese que o codigo previne n'este artigo só póde verificar-se com as hypothecas legaes, e com as hypothecas que, nos termos da lei anterior, eram causa de preferencia independentemente de registo, e que conservam ainda os seus effeitos durante o praso marcado para a transferencia d'ellas para os livros das conservatorias; porque as hypothecas convencionaes sobre os bens do auctor da herança não podem constituir-se sem a intervenção do herdeiro.

Assim como é verdadeira a proposição de que pelas obrigações proprias do herdeiro não resulta hypotheca sobre os bens da herança em prejuizo dos credores do auctor d'ella, é igualmente verdadeira a proposição reciproca de que pelas obrigações proprias do auctor da herança não resulta hypotheca sobre os bens do herdeiro, com prejuizo dos credores d'este.

Assim o dispunha o projecto primitivo no artigo 1052.º, que era redigido nos seguintes termos: « Os credores que obtiverem separação não poderão entrar no concurso dos bens proprios do herdeiro, excepto havendo sobras, feito o pagamento a seus credores ». A commissão revisora eliminou-o de certo por desnecessario.

Para o caso de ser maior o passivo do que o activo da successão tem o herdeiro o meio do repudio.

Art. 898.º Para se constituir hypotheca do dominio util, que abranja a totalidade do predio emprazado, não é necessario o consentimento do senhorio directo, o qual, aliás, conserva todos os seus direitos.

Art. 899.º Quando o senhorio directo conseguir a consolidação dos dois dominios, seja de que modo for, a hypotheca, que onera o dominio util, acompanha o predio.

(Vid. artigos 1672.º e 1676.º) O projecto primitivo, resentindo-se ainda das velhas doutrinas, em virtude das quaes se julgava que o prazo provinha do senhorio, e não do emphyteuta, estabelecia no artigo (1781.º) correspondente ao artigo 1676.º do codigo, o preceito de que o predio hypothecado, ou onerado pelo foreiro com quaesquer encargos ou servidões, sem consentimento do senhorio, passaria a este livre e desembargado, no caso de devolução.

Julgava-se antigamente que o foreiro recebia a sua propriedade do senhorio, e não do nomeante, e que o emphyteuta era uma especie de vassallo com relação ao senhorio directo. Hoje caíram similhantes prejuizos diante dos progressos da philosophia juridica.

A commissão revisora pois com rasão eliminou a restricção posta ao direito do emphyteuta no artigo 1781.º do projecto do sr. Seabra,



porque o foreiro, hypothecando o dominio util, hypotheca o que é seu, e não o que é do senhorio. Assim como o senhorio não carecia de licença do foreiro para hypothecar o dominio directo, assim o foreiro não devia carecer de licença do senhorio para hypothecar o prazo.

Estes artigos revogaram tambem o artigo 4.º das instrucções de 26 de novembro de 1836, em virtude do qual nenhuma escriptura de hypotheca de bens foreiros á fazenda nacional poderia ser lavrada pelo respectivo tabellião sem que a parte lhe apresentasse o certificado original de que tratava o artigo 3.º das mesmas instrucções para o inserir pelo seu teor na referida escriptura, que do contrario se *reputaria de nenhum effeito*. Nos termos de varios artigos do codigo, as pessoas moraes quanto aos direitos civis são inteiramente equiparadas aos particulares.

Verdade seja que o regulamento geral da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870 diz no artigo 111.º, § 4.º, que é da attribuição dos delegados do thesouro a concessão de licenças para *hypothecas de prazos* foreiros á fazenda publica.

Similhante disposição porém é, quando muito, uma inutilidade. Os artigos do codigo, ao passo que legitimam a hypotheca do prazo sem consentimento do senhorio, conservam a este todos os seus direitos, e salvam sempre da hypotheca o capital correspondente ao fôro e mais um quinto.

As provisões do codigo relativas a emprazamentos, tanto comprehendem os prazos foreiros á fazenda, que até por decreto de 22 de abril de 1869 se regulou o modo como deve ser cumprido pela fazenda o artigo 1678.º do codigo, quanto ao aviso feito pelo senhorio ao foreiro para preferir, querendo, na compra dos fôros.

Ha muitas disposições nos regulamentos, que estão derogadas pelo direito vigente, e que por descuido foram conservadas, como succede principalmente para a execução da lei do sêllo, com varias provisões do regulamento de 2 de dezembro de 1869.

O pouco cuidado com que se transcrevem nos novos regulamentos os preceitos dos regulamentos anteriores, sem curar de os harmonisar com a legislação vigente, dá o resultado de apparecerem, nas providencias legislativas, disposições que já não têem applicação.

O codigo apenas estabelece duas restricções ao principio de que o foreiro póde hypothecar o prazo sem licença do senhorio. É a primeira — que a hypotheca ou o onus não abranja a parte do valor do predio, que corresponde ao fôro e mais um quinto, artigo 1676.º; restricção estabelecida para que o predio garanta sempre o direito do senhorio contra as contingencias da variação do valor predial, e talvez para segurança do laudemio nos emprazamentos de preterito. Se o foreiro faltar a esta obrigação fica sempre seguro ao senhorio contra terceiro esse direito ao valor do predio, que corresponde ao fôro e mais um quinto.

A disposição do artigo 1676.º em grande parte é uma duplicação desnecessaria do preceituado no artigo 898.º

É em virtude do principio de que o senhorio deve ter sempre no prazo o valor do capital correspondente ao fôro e mais um quinto, que elle póde recobrar do foreiro sem indemnisação alguma o predio, quando este o deteriora a ponto de elle não valer o capital correspondente ao fôro, e a mais um quinto d'esse capital, artigo 1672.º

Supponhamos, por exemplo, que o predio emprazado vale 1:000$000 réis, e que o fôro é de 10$000 réis; como o capital do fôro são 200$000 réis, que, com mais o quinto, somma em 240$000 réis, o foreiro só póde onera-lo sem licença do senhorio até á quantia de 760$000 réis.

Não mettemos em conta o valor do laudemio, porque o codigo, nos artigos 1672.º e 1676.º, manda attender ao capital ou valor *do fôro*, e não ao capital ou valor *do dominio directo*; e porque o laudemio só poderia ser tido em conta com relação aos emprazamentos de preterito, porque de futuro nem estipulado póde ser, artigo 1657.º

Do mesmo modo se o foreiro começa a deteriorar o predio, pondo-o em estado de não cobrir o valor de 240$000 réis, na hypothese sujeita, póde o senhorio recobra-lo sem indemnisação alguma ao foreiro, como determina o artigo 1672.º

Para se verificar porém a hypothese do artigo 1672.º é necessario que a deterioração provenha de *factos do foreiro*, porque, se provier de força maior, ou caso fortuito, só terá logar a extincção, a reducção do fôro, ou a encampação, segundo as circumstancias, artigos 1687.º e 1688.º; mas nunca a reivindicação do prazo por motivo de deterioração.

O projecto primitivo no artigo (1776.º) correspondente ao artigo 1672.º do codigo, dizia: «Se o foreiro deteriorar o predio, de modo que perca um quarto do seu valor, poderá o senhorio rehave-lo por commisso».

A doutrina da commissão revisora é mais rasoavel. Como predios de grande valor podem ter fôros diminutos, um quinto com relação ao valor do predio não podia estabelecer uma justa proporção de indemnisação ao senhorio. Para que a indemnisação seja justa é indispensavel que seja proporcional para todos os senhorios, o que só póde ter logar quando o quinto se refira ao valor do fôro ou do seu capital.

Se porém o senhorio auctorisa a hypotheca do dominio util, hypothecado fica tambem o quinto do valor correspondente ao capital do fôro; e até uma hypotheca posterior com auctorisação do senhorio, alcança prioridade, na parte respectiva ao mesmo quinto, sobre a anterior contrahida sem essa auctorisação.

As palavras finaes do artigo 1672.º «*sem indemnisação alguma do foreiro*» significarão que, se não é devida, n'este caso, indemnisação alguma ao foreiro, o é todavia ao credor hypothecario? Entendemos que não. A hypotheca não abrangeu o valor do capital do fôro e mais um quinto, abrangeu só o excesso do valor do predio sobre aquella quantia. Se esse *excesso* de valor se perdeu, corre o perigo por conta do credor hypothecario, porque é aquelle excesso de valor, e não o valor do fôro, que constitue a sua garantia. Esse valor não podia ser hypothecado, artigo 1676.º; e, se o foi, conservou o senhorio todos os seus direitos, sem embargo da hypotheca, artigo 898.º

A segunda restricção é — a necessidade de licença do senhorio directo para a hypotheca do predio, quando esta não abranja o prazo na sua totalidade, artigo 898.º Esta restricção tende a evitar que, no caso de inexecução do contrato por parte do devedor, indo á praça o immovel hypothecado, fosse o praso vendido em parte, ficando dividido sem o consentimento do senhorio, contra o disposto no artigo 1662.º

O senhorio directo porém, sem embargo de não ser ouvido pelo foreiro na hypotheca do prazo, *conserva todos os seus direitos*, como o de opção, no caso de ser vendido o predio em consequencia do não cumprimento da obrigação; o de laudemio, se não usar do seu direito de preferencia; o de receber os fôros do terceiro para quem passar o predio, achando-se o dominio directo registado, quando este registo for obrigatorio, etc.

É igualmente verdade que o artigo 1676.º, permittindo ao foreiro o onerar o predio com *quaesquer encargos*, concede-lhe a faculdade de deixar a propriedade a um, e o usufructo a outro, resolvendo assim uma questão muito controvertida por direito anterior, especialmente quanto aos prazos de vidas, questão a que effectivamente dava logar a jurisprudencia de que o foreiro recebia, em qualquer transmissão, o prazo não do nomeante, mas do senhorio.



Postoque se consolide o dominio directo com o util, artigo 899.º, não se comprehende o dominio directo na hypotheca, porque póde fazer objecto de hypotheca distincta, artigo 890.º; mas o encargo hypothecario acompanha do mesmo modo o dominio util, vistoque este direito póde ser hypothecado sem licença do senhorio, e forma um direito predial distincto.

O dominio directo e o util são direitos prediaes *distinctos*, que podem ser hypothecados em separado, artigo 890.º

Quando se conseguir a consolidação dos dois dominios, ou seja porque exerça o direito de opção o senhorio directo, artigo 899.º, ou o foreiro, artigo 1678.º § 2.º, ou por outra qualquer fórma, fica extincto o emprazamento, porque se confundiram os direitos e as obrigações, artigo 796.º

Para a hypotheca do predio não é necessaria a licença do senhorio, como não é necessaria a do emphyteuta nem a do subemphyteuta para a hypotheca do dominio directo.

No caso porém de consolidação ou do dominio *directo* com o *util*, ou de qualquer d'estes com o emphyteutico, nunca a hypotheca abrange todos os dominios depois de consolidados, mas só o valor do dominio primitivo sobre que recaiu. A consolidação dos dominios em caso nenhum tem effeitos com relação á hypotheca.

Assim, Pedro é subemphyteuta de um prazo, de que paga 100 medidas de trigo a Paulo, emphyteuta, que paga 50 a Martinho, senhorio directo, e Sancho tem hypotheca por 1:000$000 réis sobre o dominio directo de Martinho; se Pedro ou Paulo comprarem o dominio directo, a hypotheca acompanha-o, mas só até ao valor das 50 medidas.

Art. 900.º A hypotheca relativa a credito, que vença juros, abrange os vencidos no ultimo anno e no corrente, para o effeito de terem as vantagens d'ella, independentemente do registo.

§ unico. Os juros, relativos aos annos anteriores, têem hypotheca como credito distincto, se como taes tiverem sido registados.

Se os juros gosassem, como accessorios, da mesma garantia da divida principal em toda a sua plenitude, muito poderia ser prejudicado o terceiro, a quem o predio passasse, ignorando a importancia dos juros em divida, que de mais pela legislação vigente podem accumular-se até uma somma superior á do capital, sem outro correctivo alem da prescripção.

O preceito do artigo é uma especie de pena imposta ao credor, que por desleixo ou connivencia com o devedor deixou passar tanto tempo sem reclamar os juros.

Todavia, posto que o credor não registe a hypotheca pelos juros, como credito distincto, fica sempre com acção pessoal contra o devedor, ainda mesmo que o predio passe ás mãos de terceiro possuidor.

A hypotheca pelos juros não póde recair, sem consentimento do devedor, sobre bens differentes dos que seguram a obrigação do capital. Nem o credor póde exigir, por via do encargo dos juros, reforço de hypotheca, porque póde pedir o pagamento dos juros.

Nos termos do artigo 116.º da lei hespanhola de 8 de fevereiro de 1861, e commentarios de Pantoja á mesma lei, não póde constituir-se hypotheca pelo credito dos juros sobre o mesmo predio que assegura o capital, quando o devedor não é o dono do predio, isto é, quando foi um terceiro que hypothecou uma propriedade em garantia da divida alheia, ou quando o predio, comquanto fosse do devedor ao tempo da constituição da hypotheca, tivesse depois passado ás mãos de novo possuidor.

Pantoja dá como rasão d'esta disposição, que, sendo a inscripção pelos juros uma *ampliação* da obrigação primitiva, não deve pesar com a responsabilidade d'esta nova obrigação senão quem contrahiu a primeira, devendo conseguintemente o credor inscrever a nova hypotheca pelo credito dos juros sobre outros bens do devedor.

Perante a nossa lei porém é insustentavel similhante opinião, nem o terceiro possuidor dos bens póde queixar-se da *ampliação* da obrigação hypothecaria, que teve o seu nascimento, e é uma consequencia da obrigação primitiva, a que está obrigado o predio.

Dizem alguns tambem que, emquanto o devedor conserva o predio em seu poder, abrange a hypotheca todos os juros, qualquer que seja o periodo de annos em divida, e póde o credor usar do processo para a exigencia dos creditos hypothecarios, estatuido nos artigos 206.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870, tanto para a cobrança do capital e juros do ultimo anno e do corrente, como para a cobrança dos juros dos annos anteriores, independentemente de novo registo, sendo a hypotheca principal extensiva a todos os juros, emquanto o predio estiver na mão do devedor; e que só é preciso novo registo pelos juros anteriores ao ultimo anno e ao corrente, como credito distincto, para o caso de o predio ter passado a terceiro, que seja obrigado a pagar os juros, porque o registo foi estabelecido apenas em favor de terceiros, não impedindo a sua falta que os titulos a elle sujeitos possam ser invocados em juizo entre as proprias partes e seus herdeiros, artigo 951.º

Argumentam ainda que a disposição do artigo 900.º envolve uma pena imposta ao credor, que foi negligente em pedir os juros, e que esta pena só póde justificar-se quando haja prejuizo de terceiro, porque não póde reputar-se estatuida em favor do devedor que deixou de pagar os juros, e que por isso não deve tirar lucro da falta de cumprimento do seu dever.

Acrescentam finalmente que esta é a opinião de Pantoja nas notas ao artigo 114.º da lei hespanhola, por elle commentada, que se acha redigido nos seguintes termos: «La hypoteca constituida á favor de un crédito que devengue interes, no asegurará, *con prejuicio de tercero*, ademas del capital, sino los interes de los dos ultimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidade corriente».

A redacção porém do nosso codigo é tão positiva, que não póde ser interpretada pelo artigo da lei hespanhola, que tem redacção differente, e exprime outro pensamento.

O registo é absolutamente indispensavel não só para gosar da hypotheca pelos juros, mas tambem para se usar do processo especial marcado no regulamento do registo predial para a expropriação do predio em pagamento dos juros, ou a acção seja intentada contra o proprio devedor, ou contra terceiro possuidor.

Conseguintemente os juros não registados, e não dispensados do registo, não podem ser pedidos por aquelle processo excepcional.

No entretanto, estabelecido que o credor, que não póde embolsar-se do seu credito pelo producto dos bens hypothecados, e que fica considerado pelo resto como credor commum, póde exigir o resto pelo mesmo processo de execução, independentemente de nova acção: parece rasoavel que o credor, com relação aos juros não registados, e que deviam sê-lo, quando os exigir conjuntamente com o capital, ou com os registados ou com os dispensados de registo, proceda tambem pelo mesmo processo de execução, ainda que elles não sejam considerados no concurso de preferencias.



O registo dos juros, como credito distincto, póde ser feito segundo dispõe o regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 93.º § unico, em presença de simples declarações escriptas e assignadas pelo registante, e reconhecidas por tabellião, nos termos do artigo 969.º do codigo civil, quando esteja registado o credito hypothecario.

Estas declarações deverão levar a nota de *manifestadas*, para se registarem, como credito distincto, os juros em divida anteriores ao ultimo anno e ao corrente?

A nossa opinião é pela negativa. As palavras «*credito distincto*» não significam que estes juros constituem nova divida, mas sim que tal credito não é garantido pela hypotheca da divida principal, sem que se faça nova inscripção hypothecaria.

O artigo 980.º do codigo civil exige o manifesto para os creditos hypothecarios com estipulação de juros, e não para os creditos provenientes de juros em divida; nem para estes se acha creado imposto algum.

Nos termos do artigo 1642.º não podem exigir-se juros de juros, mas podem capitalisar-se por outro contrato os interesses vencidos, ficando a vencer juros de novo. Na hypothese porém do registo dos juros, como credito distincto, não ha novo contrato; o registo dos juros vencidos é feito só por mera vontade do credor hypothecario; os juros vencidos e registados, como credito distincto, não ficam vencendo outros juros.

N'uma palavra, os juros anteriores ao ultimo anno e ao corrente, mesmo depois de registados, como credito distincto, continuam a ser considerados, para todos os effeitos, como credito accessorio da divida principal, e apenas carecem do registo para o effeito de terem hypotheca no immovel ou direito predial que garante o capital, e para poderem ser judicialmente cobrados pelo mesmo processo especial, que se acha estabelecido para a exigencia dos creditos hypothecarios.

O registo pelos juros, como credito distincto, feito dentro da epocha marcada no artigo, isto é, antes de terminarem os dois annos, em que o privilegio se mantem independentemente de registo, *retrotrahe-se* até á data a preferencia do capital, em prejuizo de outros credores hypothecarios inscriptos n'esse intervallo; mas feito depois d'esse praso não prejudica os que têem registo anterior.

Esta doutrina de tal maneira se deduz das regras geraes sobre a materia, que talvez por isso foi omittida no ultimo regulamento.

Escusado seria acrescentar que na hypotheca principal são comprehendidos, alem dos juros do ultimo anno e do corrente, os que se vencerem desde a demanda. Os juros vencidos durante o litigio não carecem de registo para gosarem da segurança hypothecaria, porque a demora na cobrança d'estes não foi por culpa do credor, antes a demanda é a prova da sua diligencia para os haver.

Não é applicavel a disposição da lei nova aos juros vencidos antes de 1 de abril de 1867, em que começou a vigorar a lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, porque, nos termos do decreto de 26 de outubro de 1836, não era preciso em caso algum registar os juros, como credito distincto, para gosarem do mesmo privilegio hypothecario que assegurava a divida principal.

A prorogação do praso para serem transferidas para os novos livros de registo as hypothecas registadas, nos termos dos decretos de 26 de outubro de 1836 e de 3 de janeiro de 1837, praso prorogado até 22 de março de 1873 pela lei de 15 de junho de 1871, é para estas hypothecas gosarem das vantagens do novo registo, mesmo sem terem passado para os livros das conservatorias, e de todas as vantagens de que gosaram as hypothecas registadas até 1 de abril de 1867.

Portanto, os juros vencidos antes de 1 de abril de 1867 dos creditos hypothecarios, constituidos antes d'essa data, gosam das vantagens do registo sem estarem registadas, como credito distincto, qualquer que seja a sua antiguidade.

Para registar os juros, como credito distincto, deve fazer-se nova inscripção, visto ser distincto o credito, como declarou o procurador geral da corôa na resolução 15.ª

A commissão revisora nos trabalhos da ultima revisão com rasão eliminou o preceito que consignára na correspondente sub-secção do projecto de 1864, de que, havendo de ser feito em prestações o pagamento a que estivesse sujeita a hypotheca, e deixando o devedor de satisfazer a algumas d'ellas, se reputavam vencidas todas as outras, e podia exigir-se desde logo o seu pagamento; porque esta hypothese acha-se comprehendida na regra geral prescripta no artigo 742.º

Tambem a commissão revisora eliminou com rasão o preceito do artigo 978.º do projecto primitivo, ainda reproduzido no artigo 952.º do projecto de 1863.º, mas já supprimido no projecto de 1864, de que o proprietario do predio hypothecado não poderia arrenda-lo, com antecipação do pagamento da renda, por tempo que excedesse a epocha em que a divida se tornasse exigivel, e que, se o tempo do pagamento não dependesse de praso certo, não poderia o proprietario estipular renda antecipada por mais de quatro annos sem consentimento do respectivo credor, sob pena de nullidade do contrato, na parte excedente ao dito tempo.

Esta provisão era escusada desde que o arrendamento por mais de um anno com adiantamento de renda carecia de registo para prejudicar a terceiros, artigo 949.º § 2.º n.º 6.º, e desde que o direito hypothecario, primeiramente inscripto, não podia ser prejudicado pelo onus real do arrendamento, inscripto depois.

Art. 901.º Quando, por qualquer motivo, a hypotheca se tornar insufficiente para segurança da obrigação contrahida, o credor tem o direito de exigir que o devedor a reforce; e, não o fazendo este, póde o credor pedir o inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida.

(Vid. nota ao artigo 741.º)

Art. 902.º Dando-se o caso de ser destruido o predio hypothecado, e de haver seu dono de receber por isso alguma indemnisação, os direitos do credor recáem no valor d'esta, ou no predio, quando seja reedificado á custa de quem tinha de indemnisar.

(Vid. nota ao artigo 891.º)

Art. 903.º O credor não póde, na falta de pagamento, apropriar-se do predio hypothecado, excepto arrematando-o em



praça ou sendo-lhe adjudicado; mas esta arrematação ou adjudicação far-se-ha sempre, seja qual for o valor do predio e o da divida assegurada por hypotheca, salvo se o credor consentir em outra cousa.

(Vid. nota ao artigo 863.º) Este artigo introduziu uma alteração fundamental na nossa legislação civil e de processo. Pelas disposições da lei de 20 de junho de 1774, e da novissima reforma judicial, não se admittia a arrematação, pela raiz, dos predios que excedessem o dobro da divida, preceito que a lei de 16 de junho de 1855 apenas modificára no caso especial de serem nomeados os bens pelo executado, tendo este outros que estivessem em proporção com a divida quando fez a nomeação.

Nos termos do codigo, porém, o predio hypothecado vae sempre á praça pela raiz, por mais importante que seja o seu valor, e por mais insignificante que seja a importancia da divida a que elle esteja sujeito.

Porém está disposição do codigo será applicavel mesmo aos contratos celebrados antes da nova legislação hypothecaria, mas registados nos livros das conservatorias, ou por meio de registo novo, ou pela transferencia do registo dos antigos para os novos livros?

Pela negativa decidiu a relação de Lisboa em accordão de 23 de dezembro de 1871.

Diz o accordão:

«Não podia, pela escriptura de 5 de março de 1866, haver execução pelo modo estabelecido no artigo 206.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que não existia ao tempo do contrato, e que não póde ter effeito retroactivo, como se dispõe no artigo 8.º do codigo civil.

«Os contratantes tiveram em vista, quando fizeram o seu contrato, a lei de 20 de junho de 1774, e é de justiça que por ella se regule a execução do mesmo contrato, para não peorar a condição do devedor com vantagem do credor.

«A hypotheca constituida na escriptura de 5 de março de 1866 tem o vigor que lhe dá o artigo 80.º do citado regulamento de 28 de abril de 1870.

«Provendo no aggravo mandam que o juiz *a quo* reforme o seu despacho, e dê á execução de que se trata o andamento estabelecido na legislação em vigor ao tempo do contrato».

Os que sustentam a jurisprudencia consignada n'esta decisão fundam-se em que a nova legislação hypothecaria não só creou processo novo, mas tambem direito novo.

Não procede porém similhante argumento, porque não ha alteração no processo que não importe alteração nos direitos, e é corrente que a lei do processo póde alterar os direitos e vantagens do processo com relação a contratos celebrados antes da sua promulgação, sem por isso offender o principio da não retroactividade.

Em a nota ao artigo 978.º transcrevemos dois accordãos da relação do Porto, ambos proferidos por unanimidade, em que se consigna jurisprudencia opposta á reconhecida no accordão supra da relação de Lisboa.

Preferimos a doutrina estabelecida pela relação do Porto, não só como mais conforme aos bons principios, mas tambem como mais accommodada ás disposições legaes.

A lei de 1 de julho de 1863 dispunha o seguinte no artigo 37.º:

«Os titulos e quaesquer documentos registados ao tempo da publica-

ção d'esta lei continuarão a produzir os seus effeitos juridicos em concorrencia com quaesquer outros, por tempo de um anno, a contar desde a referida publicação, sendo d'ahi por diante regulados conforme a legislação a esse tempo em vigor».

Infere-se d'esta disposição que, passado um anno depois da promulgação da lei, os contratos anteriormente registados começavam a ser regulados pela nova legislação.

Mais explicito é ainda n'este sentido o regulamento de 4 de agosto de 1864, que na disposição transitoria diz assim:

«Os titulos e quaesquer documentos registados antes da plena execução da lei hypothecaria continuarão a produzir os seus effeitos juridicos em concorrencia com quaesquer outros por tempo de um anno, a contar do estabelecimento definitivo das conservatorias, devendo dentro d'este praso ser levados ao novo registo, em que se fará referencia ao anterior, para que da data d'este possam ser contados os effeitos que lhes confere a lei hypothecaria.»

É pois bem clara e expressa esta disposição do regulamento de 4 de agosto de 1864 em dar ás antigas hypothecas, depois de transferidas para os livros das conservatorias, todos os effeitos reconhecidos na moderna legislação hypothecaria.

Com relação ás hypothecas transferidas para o novo registo emquanto esteve em vigor a lei de 1 de julho de 1863, não póde haver duvida de que gosam das mesmas vantagens que as hypothecas constituidas e registadas posteriormente a 1 de abril de 1867.

E com relação ás hypothecas transferidas para os livros da conservatoria depois da promulgação do codigo, julgâmos que deve seguir-se a mesma jurisprudencia, por ser esse o espirito do legislador, manifestado na referida lei e regulamento; e porque seria absurdo dar effeitos differentes ás hypothecas transferidas para os novos livros, segundo essa transferencia teve logar durante a vigencia da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, ou depois da promulgação do codigo.

Verdade seja que a redacção dos dois ultimos regulamentos é muito differente da disposição transitoria do regulamento de 4 de agosto de 1864.

O regulamento de 28 de abril de 1870, reproduzindo no artigo 80.º o disposto no artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868, diz assim:

«As hypothecas registadas em conformidade com a legislação anterior á lei de 1 de julho de 1863 continuarão, independentemente de outro registo, a produzir todos os seus effeitos até o dia 22 de março de 1871; se porém tiverem já sido levadas ao novo registo, ou o forem até áquella data, conservarão a antiguidade que pelo primeiro registo lhes pertencer. Se forem lançadas no novo registo fóra d'aquelle praso, os seus effeitos sómente se contam desde a data da renovação».

Estes dois regulamentos garantem pois ás hypothecas registadas nos antigos livros, e transferidas para os novos dentro do praso marcado na lei, a sua *antiguidade* desde o primeiro registo; mas são omissos emquanto a determinar se essas hypothecas, transferidas para os livros da conservatoria, ficam com os effeitos da nova legislação hypothecaria, ou com os effeitos da lei vigente ao tempo da sua constituição.

N'este silencio dos dois regulamentos julgâmos que deve observar-se o preceito da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, e do respectivo regulamento de 4 de agosto de 1864, como acima dissemos.

Outra difficuldade póde suscitar-se com relação aos contratos celebrados antes de 1 de abril de 1867, e hoje executados, porque, estando sem execução a lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 desde a sua publicação até á referida data de 1 de abril de 1867, em muitos contratos celebrados n'esse intervallo se estipulou a clausula de que a execução da obrigação seria regulada pelas prescripções da lei hypothecaria, já publicada, mas ainda não vigente.



Seria valida a estipulação d'esta clausula? A nossa opinião foi sempre pela negativa.

O processo ha de ser regulado pela lei vigente ao tempo do cumprimento da obrigação, e não póde ser objecto de convenção ou de ajuste entre as partes, salvo quando as leis o permittem.

Na conformidade d'esta doutrina fixou a jurisprudencia o supremo tribunal de justiça.

Em accordão de 21 de julho de 1868 julgou o supremo tribunal de justiça, que a nova legislação hypothecaria não era applicavel a um contrato feito em 28 de agosto de 1864, apesar das partes se terem ahi expressamente sujeitado ás disposições da lei de 1 de julho de 1863, cuja execução ainda então estava suspensa.

Diz o accordão:

«Considerando que a fórma dos juizos é de direito publico, e não póde ser alterada pela vontade dos litigantes;

«Considerando que, se as clausulas e condições estipuladas nos contratos devem cumprir-se, como partes integrantes dos mesmos, é para isso indispensavel que não sejam contrarias á lei, á ordem publica, ou aos bons costumes;

«Considerando que á data da escriptura, aonde se inseriu a estipulação em que se funda a decisão do accordão recorrido, a lei, que prescrevia a fórma que deveria seguir-se nas arrematações e mais termos das execuções, era a de 20 de junho de 1774, não estando em vigor o artigo 187.º da lei de 1 de julho de 1863, e que por isso qualquer estipulação que as partes fizessem contraria ao disposto na dita lei de 1774 era manifestamente illegal, como repugnante a direito positivo e expresso;

«Considerando que n'estes termos, constantes dos autos, é evidente que o accordão recorrido, revogando o despacho da primeira instancia, e mandando deferir os requerimentos feitos pelo exequente, offendeu directamente a lei de 20 de junho de 1774, dando valor á estipulação de um contrato que, alem de ser vago e indeterminado, *na parte que possa ser applicavel*, era contrario ás disposições da lei vigente do reino:

«Concedem por isso a revista», etc.

Art. 904.º As hypothecas são legaes ou voluntarias.

## SUB-SECÇÃO III

### DAS HYPOTHECAS LEGAES

Art. 905.º As hypothecas legaes resultam immediatamente da lei, sem dependencia da vontade das partes, e existem pelo facto de existir a obrigação a que servem de segurança.

(Vid. artigos 909.º a 911.º, 917.º, 926.º, 927.º, 935.º e 936.º) As hypothecas voluntarias e legaes não se distinguem emquanto ao principio fundamental, nem emquanto ao fim que as determina. Têem a mesma publicidade e necessidade de registo, a mesma preferencia no

preço segundo a prioridade da inscripção, e o mesmo direito de seguir o predio, ainda em poder de terceiro.

A differença unica depende do seu titulo constitutivo. A *legal* nasce do facto que a lei quer proteger, como são todos os casos estabelecidos no artigo 906.º; a *voluntaria* nasce da vontade do homem, ou manifestada n'um contrato, ou em disposição de ultima vontade, artigos 940.º e 936.º

O codigo pois distingue as hypothecas em voluntarias e legaes, não pelos seus effeitos, mas pela fórma da sua constituição.

É preciso pois dar ás palavras «*hypotheca legal*» não a significação, que tinham em muitos casos pelo antigo direito, em que a hypotheca legal era um direito concedido pela lei a certas e determinadas pessoas sobre os bens de outras, com o fim de lhes assegurar o seu direito, sem necessidade de contrato expresso, nem de inscripção nos livros do registo, e que por isso tinham tambem o nome de hypothecas *tacitas*.

Não havendo pois, no systema do codigo hypothecas occultas, e devendo, pelo contrario, constar todas do registo publico, a phrase «*hypotheca legal*» não tem outro sentido senão manifestar quaes são as pessoas que têem direito de exigir, e as que estão sujeitas a prestar uma hypotheca, independentemente de contrato previo.

Não ha hoje pois a distincção que havia por antigo direito entre hypothecas voluntarias e legaes. Hoje todas são expressas e publicas; não gosam de preferencia alguma sem a inscripção, e apenas desde o facto da inscripção.

Desappareceram de todo as hypothecas occultas; nenhum encargo inherente á propriedade, e sujeito a registo, póde actualmente prejudicar o contrahente de boa fé, se não está inscripto no registo; quem tiver direitos que devesse registar, e se descuidasse em inscreve-los, não póde prejudicar por uma falta, só a si imputavel, ao que sem a haver commettido, e sem a ter podido conhecer, adquiriu a propriedade gravada.

Para se conhecer toda a importancia do novo systema é preciso attender a que a moderna legislação hypothecaria tem por fim assentar o credito territorial sobre a base da segurança da hypotheca e do pagamento do emprestimo.

O que empresta sobre hypotheca, empresta menos á pessoa do que á cousa, por assim dizer; o valor do predio hypothecado é a verdadeira causa da obrigação; o devedor é só o representante da propriedade; ao mutuante pouco interessam o credito, o estado de fortuna, ou as qualidades moraes da pessoa, a quem empresta o seu dinheiro; que lhe importa é que o predio hypothecado garanta sufficientemente na occasião do pagamento o reembolso do seu capital.

A publicidade das hypothecas, e a sua regular organisação é do mais valioso alcance n'um paiz agricola como o nosso.

Para contrabalançar a tendencia que manifestam os capitaes de se empregarem em papeis de credito, e em emprezas industriaes e commerciaes, e para os chamar em auxilio da propriedade territorial e da agricultura, é indispensavel conceder-lhes todas as garantias de segurança n'este genero de collocação.

Eis a rasão por que ao legislador mereceu tão particular cuidado a reforma da legislação hypothecaria, e o estabelecimento do registo predial.

Tambem não ha differença entre as hypothecas legaes e voluntarias quanto á designação dos bens. Na constituição das legaes póde deixar de haver designação de bens, artigos 909.º, 917.º, 926.º e 927.º, e assim



succede em regra geral; e na constituição das voluntarias tambem não é indispensavel a designação dos bens, artigo 936.º: o testador póde dizer: «*hypotheco o predio A ao pagamento d'esta divida*» ou «*hypotheco os meus bens ao pagamento d'esta divida*».

A unica differença entre as hypothecas sem designação de bens, e as constituidas com designação de bens, é que estas só nos bens designados podem ser registadas, e aquellas podem ser registadas em todos os bens do devedor, salvo a este o direito de pedir a reducção, para que a hypotheca fique onerando unicamente os bens indispensaveis para garantir a divida, artigos 909.º, 917.º, 926.º, 927.º, 936.º e 1001.º

Hypothecas ha que revestem o caracter de voluntarias e de legaes. Assim, a hypotheca do legatario sobre os bens sujeitos ao encargo do legado, ao passo que é voluntaria, artigos 940.º e 936.º, é tambem declarada legal, artigos 906.º n.º 8.º e 935.º; e a hypotheca mencionada em o artigo 906.º n.º 6.º, como legal, é verdadeira hypotheca voluntaria, ao que parece.

Deve porém notar-se, que o governo, conformando-se com a opinião do procurador geral da corôa e fazenda, pareceu declarar, em portaria de 27 de abril de 1870, que não ha hoje constituição de hypothecas sem designação de bens.

Diz a portaria: «Sendo indispensavel que as escripturas de caução, que os responsaveis da fazenda publica são obrigados a exhibir, para garantia da mesma fazenda, pelos logares que exercem, sejam lavradas conformemente ao direito estabelecido no codigo civil portuguez;

«Considerando que n'estes termos não póde subsistir, com referencia ás ditas escripturas, a disposição do n.º 3.º do artigo 9.º das instrucções de 14 de novembro de 1860, segundo a qual as sobreditas escripturas deveriam conter a declaração de que o responsavel obrigava, alem da importancia da caução, todos os seus bens havidos e por haver;

«Considerando que a hypotheca geral sobre bens presentes e futuros não tem valor, quanto aos *primeiros não sendo especificados*, e quanto aos segundos por não poder haver nem hypotheca, nem registo d'elles; porquanto a hypotheca só póde recair sobre bens certos e determinados, como determina o artigo 911.º do citado codigo, etc.»

Acresce a isto que, em verdade, o artigo 911.º não reconhece hypotheca voluntaria senão sobre bens *certos* e *determinados*, preceito ainda corroborado com a disposição do artigo 77.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que declara que tanto as hypothecas *legaes* como as convencionaes só podem recair *sobre bens certos e determinados*, e por quantia certa e determinada, ao menos approximadamente.

No entretanto a portaria não faz direito, nem nas conclusões, e muito menos nos considerandos. É realmente de maior vantagem, tanto para o credor, como para o devedor, o especificar logo os bens na constituição da hypotheca: para o credor, porque fica assim dispensado de procurar outros documentos, que determinem e especifiquem os bens, a fim de conseguir o registo; e para o devedor, porque a hypotheca, registada sobre certos e determinados, liberta-lhe todos os outros.

Mas do inconveniente de não se especificarem os bens na constituição da hypotheca não póde argumentar-se para a illegalidade ou nullidade do contrato pela falta de designação dos bens.

Demais, contra a doutrina da portaria está o proprio codigo, que no artigo 917.º regula a hypothese de não haver bens designados para

segurança da fazenda publica ou municipal, ou dos estabelecimentos a que se refere o n.º 1.º do artigo 906.º

Por outro lado a disposição do artigo 911.º do codigo é modificada pelo preceito, igualmente claro e positivo, do artigo 936.º, que permitte hypothecas voluntarias, sem designação de bens, ou ellas sejam constituidas por contratos ou por disposições de ultima vontade.

E a disposição do referido artigo 77.º do regulamento é logo modificada pelo § 1.º do mesmo artigo, que é redigido nos seguintes termos: «Sendo porém geraes, estas hypothecas podem ser registadas em quaesquer bens immobiliarios do devedor, salvo a este o direito de reducção, nos termos do artigo 909.º e 1001.º do codigo civil, e o direito de cancellamento nos bens excluidos da hypotheca».

A verdade é que o artigo 911.º é a copia fiel do artigo 982.º do projecto primitivo do sr. Seabra, com a unica differença de ter as palavras «*estas hypothecas*», que foram empregadas para abranger todas as hypothecas voluntarias, tanto as filhas de contrato, como as provenientes de testamento, em logar de «*a hypotheca convencional*» que se lia no referido artigo do projecto primitivo, e que abrangia só as filhas de contrato.

O projecto primitivo não reconhecia a constituição de hypotheca convencional senão por meio de auto ou escriptura publica, artigo 990.º A commissão revisora substituiu ao termo «*convencional*» a palavra «*voluntaria*», comprehendendo nas hypothecas *voluntarias*, não só as constituidas em escripto publico ou particular de contrato, nos termos do artigo 912.º, mas tambem as constituidas por disposição de ultima vontade, artigos 940.º e 936.º; e introduzindo este artigo 936.º, que o projecto primitivo não reconhecia, permittiu a constituição de hypothecas por contrato ou por disposição de ultima vontade, sem *designação* de bens.

A especialisação dos bens hypothecados tem, como acima dissemos, a vantagem para o devedor de libertar todos os mais bens, não especificados, nem comprehendidos expressamente na hypotheca. Porém, emquanto não passar o dia 22 de março de 1873, continua a fazenda, nos termos da lei de 15 de junho de 1871, a ter hypotheca geral, independentemente de registo, nos bens dos responsaveis, cuja nomeação e posse é anterior a 1 de abril de 1867, por continuar a vigorar até então o disposto no decreto de 26 de outubro de 1836, artigo 2.º § 1.º, n.º 4.º

Cremos pois que os tabelliães deverão prestar-se a redigir autos de constituição de hypotheca sem designação de bens, apesar do disposto no artigo 911.º, vista a disposição tão expressa do artigo 936.º

Pela legislação hespanhola succede exactamente o contrario. Não podem os tabelliães inserir no contrato hypothecario, ainda que as partes o reclamem, a clausula geral de ficarem hypothecados todos os bens presentes e futuros, em segurança do cumprimento das obrigações estipuladas.

N'esta parte é realmente muito preferivel á nossa a legislação hespanhola. A lei de Hespanha proscreveu de todo as hypothecas *geraes;* a nossa reconhece-as, deixando apenas ao onerado com estes encargos a faculdade de requerer a reducção, quando o sujeito do direito registar a hypotheca em mais bens do que os necessarios para segurança da divida.

A determinação do encargo, a que a hypotheca serve de segurança, é ainda consequencia do principio da *publicidade* e *especialidade* das hypothecas, systema que seria illusorio, se terceiro não podesse conhecer a importancia do credito para apreciar o valor do encargo que pesa sobre o immovel.



Quando a hypotheca serve de segurança a obrigações eventuaes e futuras, como á responsabilidade proveniente de transações commerciaes, é costume fixar o maximo da responsabilidade. Nem póde negar-se registo definitivo á hypotheca por não se ter verificado ainda a condição, cuja realisação torna exigivel o cumprimento da obrigação.

Assim os recebedores fiscaes constituem hypothecas em segurança do seu alcance eventual e futuro; os fiadores dos menores, que se ausentam para o Brazil, exigem dos paes a segurança hypothecaria do preço da remissão, para o caso eventual de terem de o pagar, se elles se não apresentam, sendo chamados ao serviço do exercito; e as fabricas de tabacos exigem dos seus commissarios nas differentes terras do reino segurança hypothecaria dos valores incertos, de que forem depositarios, etc. Todas estas hypothecas são registaveis, e devem ser registadas, sem embargo de serem destinadas a garantir obrigações futuras, condicionaes e eventuaes, fixando-se approximadamente a importancia da responsabilidade incerta.

O legatario, por exemplo, ainda que não saiba com exactidão a importancia do legado, para fazer o registo, deve declara-la, ao menos, approximadamente, e fixar a quantia, se não precisamente, pelo menos por approximação, salvo ao devedor o direito de requerer a reducção.

O meio pois de salvar qualquer contradicção entre as disposições dos artigos citados é seguir a opinião de que o principio da *especialidade* não é indispensavel para a *constituição,* mas sim e unicamente para a *inscripção* da hypotheca.

Póde assim admittir-se um contrato hypothecario em que o devedor obrigue *todo* o seu patrimonio sem *designação* de bens; mas não é admissivel o registo do contrato sem documento authentico que *especialise* os bens, sobre os quaes ha de recair a inscripção hypothecaria, e que complete assim, para o effeito do registo, o documento da constituição da hypotheca.

Já se ventilou em juizo se podia ou não admittir-se a registo a hypotheca convencional sem designação de bens, e o juiz de direito de Oliveira de Azemeis julgou pela affirmativa por despacho de 6 de março de 1869, nos seguintes termos:

«Não procede a duvida do conservador, vistos os termos da escriptura, porquanto, declarando os devedores que ao pagamento da quantia mutuada se obrigavam por suas pessoas e todos os seus bens, e terços d'elles, presentes e futuros, mostram taes expressões que a intenção dos contratantes fôra estabelecer o onus da hypotheca, a qual d'esta maneira se deve considerar expressamente constituida; o que mais se confirma com a seguinte clausula:

«Consentem elles devedores que o credor execute seus bens de toda e qualquer qualidade, conjunta ou separadamente, sempre á sua escolha, ainda que a respectiva avaliação exceda o dobro da divida».

Com o que não concordâmos, porém, é com a declaração da sentença que viu estipulada uma hypotheca na simples *obrigação* dos bens.

Não póde, juridicamente fallando, tomar-se por uma e a mesma cousa, a hypotheca e a obrigação dos bens do devedor ao pagamento do capital e juros.

Os bens ficam sempre judicialmente obrigados ao pagamento das dividas, ainda que a hypotheca não seja estipulada.

Só no caso de se convencionar expressamente a hypotheca é que se reconhece ao credor o direito real de ser pago pelos bens do devedor, e se lhe concede o registo, para tornar o seu direito effectivo em conformidade com as disposições do codigo civil e do regulamento.

Como porém a hypotheca não produz effeitos com relação a terceiros, senão depois de registada, e não ha inscripção sem especificação de bens, póde dizer-se que as hypothecas só produzem todos os seus effeitos juridicos, depois de recairem sobre bens certos e determinados; e assim se conciliam do unico modo possivel os artigos 911.º e 936.º

É verdade que o procurador geral da corôa, nas respostas 36.ª e 76.ª, declara, fundando-se nos artigos 909.º, 911.º e 936.º do codigo, que pela lei de 1 de julho de 1863 e codigo civil, todas as hypothecas passaram a ser especificadas; assim como na resposta a esta segunda consulta declara que na hypotheca voluntaria não podem ser comprehendidos os bens que de futuro se adquiram, porque o regimen hypothecario estabelecido no codigo civil é baseado na especificação da propriedade.

Similhante doutrina porém não póde admittir-se em face do codigo e do regulamento.

É certo que a lei concede o direito de hypotheca, independentemente de convenção, a certos credores, em rasão da qualidade do seu credito ou das suas pessoas, e que a hypotheca legal póde abranger todos os bens presentes e futuros do devedor; comquanto não possa ser registada, senão sobre bens presentes, certos e determinados.

De hypothecas judiciaes é que o codigo não trata. O codigo aboliu completamente o que na antiga linguagem juridica se denominava *hypotheca judicial*. Pela doutrina do codigo, o devedor ámanhã condemnado a pagar 20:000$000 ou 30:000$000 réis, e que não estiver sujeito á hypotheca pela sua divida, póde no outro dia vender todos os seus bens de raiz, tornar-se insolvente, e illudir assim as consequencias da condemnação.

Ao credor resta apenas o meio de annullar esses contratos, como fraudulentos, e feitos em prejuizo seu, nos termos do artigo 1030.º e seguintes; meio porém fallivel, sujeito ás maiores difficuldades, e raras vezes coroado de bom exito.

O sr. Seabra no projecto primitivo ainda reconhecia a hypotheca judicial, comprehendendo-a no numero das legaes, porque no artigo 992.º, correspondente ao artigo 906.º do codigo, lia-se um numero redigido nos seguintes termos: «Os credores por effeito de sentença proferida em juizo controverso, e passada em julgado, sobre os immoveis do condemnado, que forem designados pelos mesmos credores». A commissão revisora porém eliminou esta do numero das hypothecas legaes.

A questão porém de serem ou não admittidas as hypothecas judiciaes no numero das hypothecas legaes tem sido largamente debatida entre legisladores e jurisconsultos.

Os que sustentam a conveniencia da extincção das hypothecas judiciaes dizem, que a consignação do principio das hypothecas judiciaes importa uma flagrante violação dos principios de justiça, porque o que contrata sem exigir hypotheca, se contenta com a garantia do credito pessoal do devedor, e que por isso não deve ter preferencia alguma sobre outros credores em iguaes circumstancias; que se o devedor deixa de cumprir o ajustado, póde o credor compelli-lo ao pagamento pelos meios judiciaes, mas que esta demanda não muda a natureza do credito nem a força do titulo; e que, estabelecida a regra contraria, resultaria que entre diversos credores do mesmo devedor, que se achassem em circumstancias identicas, seria de melhor condição o mais exigente, o que guardasse menos considerações para com o devedor, e o que por melhores ou peiores meios adquirisse noticias mais exactas do verdadeiro estado da fortuna d'este, ou que tivesse um procurador mais diligente.



Effectivamente a auctoridade do caso julgado consiste unicamente em não encontrar obstaculos a execução da sentença, e em se assegurar o seu cumprimento sem prejuizo de outros, que tenham igual ou melhor direito; e não em dar ao vencedor seguranças ao pagamento que não estipulou, ou preferencias sobre outros credores dignos de tanta protecção, como o que se anticipou a litigar, ou que primeiro obteve sentença favoravel.

Estamos pois de accordo em que o julgamento por sentença não dê preferencia ao vencedor sobre quaesquer outros creditos, anteriores á decisão judicial. Era porém da maior vantagem que o nosso codigo reconhecesse as hypothecas judiciaes no mesmo sentido das *anotaciones preventivas* da lei hespanhola, para assegurar as consequencias da sentença, e o exito do juizo, a fim de obstar ao escandalo e á fraude de poder o devedor, condemnado, vender ou gravar os seus bens immobiliarios antes da penhora e seu registo.

O nosso codigo tambem não reconhece o principio, já adoptado nas leis de alguns povos, da transmissão dos creditos hypothecarios por meio de indosso.

Este systema apresenta vantagens incontestaveis, como são a grande facilidade de transmittir, a economia que produz, as delongas e rodeios que evita, e a circumstancia de dispensar agentes intermediarios. O indosso dando á obrigação o caracter de valor de circulação, e fazendo-a participar das vantagens do credito territorial e pessoal ao mesmo tempo, havia de dar grande desenvolvimento á propriedade, introduzindo n'ella a vida e a animação mercantil; e, evitando trabalhos e despezas inuteis, proporcionaria ao credor hypothecario meios promptos de obter o seu reembolso.

Acresce ainda que este systema é todo em beneficio do dono dos predios, porque, quanto mais facilidade acharem os prestamistas em serem reembolsados n'um momento de apuro, tanto menor será a difficuldade de emprestarem sobre o credito territorial, e tanto menores os interesses que exigirão pelo seu capital.

Alem d'isso o objecto das leis hypothecarias não é só dar maior segurança ás hypothecas, mas tambem augmentar a extensão do credito territorial, e communicar-lhe uma facilidade, na circulação, parecida com a do credito mercantil, facilidade que não tem tido até agora, e que deve ser o seu principal elemento de vida. Podia estabelecer-se tambem que os indossantes não ficassem solidariamente responsaveis, como as firmas nos titulos mercantis; mas simples e unicamente o predio, e, quando muito, o devedor originario. Todavia não está ainda introduzido este systema na nossa legislação.

Art. 906.º Os credores, que têem hypotheca legal, para segurança do pagamento das suas dividas, são:

1.º A fazenda nacional, as camaras municipaes e os estabelecimentos publicos nos bens dos respectivos funccionarios responsaveis, e nos bens de seus fiadores, na conformidade das leis fiscaes ou administrativas, para pagamento das quantias em que ficaram alcançados, ou pelas quaes se tornaram responsaveis;

2.º O menor, o ausente, o interdicto, e, em geral, todas as pessoas privadas da administração dos seus bens, nos dos seus

tutores, curadores ou administradores, para pagamento dos valores a que deixaram de dar a applicação devida, que não entregaram competentemente, ou que deixaram perder por culpa ou dolo;

3.º A mulher casada por contrato dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e dos alfinetes estipulados;

4.º O conjuge sobrevivo nos bens do conjuge fallecido, para pagamento do apanagio a que tenha direito;

5.º O credor por alimentos, nos bens cujo rendimento se designou para os satisfazer, ou em quaesquer bens do devedor quando não haja designação;

6.º Os estabelecimentos de credito predial, para pagamento de seus titulos, nos bens que os mesmos titulos designam;

7.º Os coherdeiros, para pagamento das respectivas tornas, nos bens da herança sujeitos a esse pagamento;

8.º Os legatarios de quantia ou valor determinado, ou de prestações periodicas, nos bens sujeitos ao encargo do legado, para pagamento do mesmo.

1.º, etc. (Vid. artigo 916.º) Como já dissemos, a qualidade de legaes que têem as hypothecas, a que se refere este artigo, não lhes dá preferencia alguma sem o registo. O legislador, em attenção aos sagrados interesses que estas hypothecas são destinadas a garantir, reconheceu a existencia d'ellas, como consequencia da existencia d'esses interesses; mas só lhes deu preferencia desde a data do registo, para não prejudicar o credito territorial, nem offender os principios sobre que assenta o moderno systema de registo.

Alem das hypothecas legaes especificadas n'este artigo, continuam a subsistir, independentemente de registo até 22 de março de 1873, por força do disposto na lei de 15 de junho de 1871, as hypothecas que d'elle não careciam pelo direito velho, e que se achavam constituidas ao tempo da execução da lei de 1 de julho de 1863.

Em todos os tempos o estado, e as corporações de existencia necessaria, que fazem parte do estado, foram equiparados aos menores, dispensando-se-lhes iguaes ou maiores considerações, e até o beneficio da restituição por inteiro.

Pela nova legislação continuam a gosar exactamente das mesmas considerações e protecção que os menores.

A simples *nomeação* do funccionario não constitue a hypotheca, artigo 916.º, sem o facto da aceitação nos casos, em que a aceitação não é obrigatoria. Em conformidade com este principio deve entender-se a doutrina d'aquelle artigo. Mas pela aceitação constitue-se a hypotheca, ainda que o nomeado entre mais tarde no exercicio das suas funcções, e ainda que comece mais tarde a sua gerencia. A hypotheca póde ser substituida por deposito em dinheiro, ou em titulos. O codigo emprega genericamente a palavra «*titulos*». Dizem alguns que, dando-se a esta palavra a intelligencia conforme aos casos analogos prevenidos em outras leis, nos termos do artigo 16.º do codigo, e ainda em vista do regulamento de 14 de maio de 1868, que estabeleceu para estas cauções, artigo 149.º § 3.º, o processo marcado para a caução dos conservadores e seus ajudantes, ou dos fiadores, a palavra «*titulos*», não póde deixar de referir-se aos titulos de divida publica fundada, visto o artigo 44.º do mesmo regulamento.



Porém desde que o codigo considera tambem as acções de bancos e de companhias, artigos 940.º, 1140.º e 2237.º § 5.º, como bom meio de emprego de capital, não podemos deixar de tomar a palavra «*titulos*» na sua mais ampla accepção juridica.

O certo é que a disposição do artigo 916.º do codigo não tem sido executada, apesar de ser obrigatoria, desde que começou a vigorar a lei de 1 de julho de 1863. N'esta parte continuou apenas o que já se observava pela legislação anterior.

Aos que não arrecadam o dinheiro d'esses estabelecimentos, isto é, aos vereadores, directores de estabelecimentos publicos, etc., que aliás são obrigados a dar contas da sua administração, mas que não são propriamente thesoureiros de dinheiros publicos, não se tem imposto a obrigação de prestar caução.

As pessoas legitimas para requerer este registo hypothecario são o ministerio publico e os syndicos, ou quaesquer pessoas encarregadas de promover e defender os interesses dos mesmos estabelecimentos, e tambem os funccionarios responsaveis, artigo 67.º n.º 1.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

2.º, etc. (Vid. artigos 918.º a 924.º e 1002.º) Têem o menor, o demente, e o surdo-mudo sujeito a tutela, hypotheca nos bens do tutor, o ausente nos do curador, assim como o prodigo, e o interdicto por sentença penal, nos bens do administrador, a qual fica constituida pela nomeação, ainda que o nomeado entre mais tarde no exercicio das suas funcções, e ainda que mais tarde comece a sua responsabilidade.

O processo para o registo da hypotheca está marcado nos artigos 918.º a 924.º do codigo.

As pessoas legitimas para requerer o registo da hypotheca n'estes casos são os paes, tutores, curadores ou administradores, e na falta d'estes, o juiz, os membros do conselho de familia, havendo-o, e os parentes do menor ou interdicto, nos termos dos artigos 922.º e 1002.º do codigo, e citado regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 67.º n.º 2.º

Qualquer das pessoas mencionadas, ou no artigo 67.º n.º 2.º do regulamento, ou no artigo 1002.º do codigo, é competente para requerer o registo. Os dois artigos, longe de se contrariarem, completam-se nas suas disposições.

É o conselho de familia quem, tendo em attenção a importancia dos bens mobiliarios e dos rendimentos que o nomeado deverá receber, e poderá accumular na sua mão, determina o valor da hypotheca e designa os bens, em relação aos quaes a mesma ha de ser registada, e o praso para se fazer o registo, *motivando* a deliberação, para se apreciarem os fundamentos da sua resolução no recurso, que porventura suba ao conselho de tutela, artigo 918.º a 924.º

Já dissemos em a nota ao artigo 58.º, que o conselho de familia, para determinar o valor da hypotheca, que o tutor houver de prestar, tem que attender não só á importancia dos *moveis*, como diz o artigo 921.º, mas tambem á importancia dos bens *mobiliarios*, nos termos que deixámos expostos na referida nota.

Pertencem ao juiz estas attribuições quando não tem logar o conselho de familia, como na curadoria dos ausentes, artigo 58.º, e na tutela dos espurios, artigo 282.º Na tutela dos filhos perfilhados pertencem ao conselho de vizinhos aquellas attribuições, artigo 276.º

O codigo abrange na palavra «*tutores*», tanto os dativos, como os legitimos e testamentarios, bem como nos «*administradores*» comprehende tanto os legitimos, como os dativos.

Tambem pesará hypotheca legal sobre os bens do pae pela administração dos bens dos filhos? Não se comprehende esta hypothese no n.º 2.º do artigo; e a affirmativa é contrariada por outros artigos do codigo.

Os paes só são obrigados a prestar caução, que póde ser hypothecaria ou não, no caso de administrarem bens mobiliarios de consideravel importancia, pertencentes aos filhos, e depois de ser *julgada* necessaria essa caução, nos termos do artigo 151.º e da nota ao artigo 58.º, salvo o caso de passarem a segundas nupcias. Ainda n'esta hypothese o pae só póde ser obrigado a prestar caução sendo, alem de administrador, *usufructuario*, artigos 148.º § unico, e 2221.º § 1.º A mãe, que passa a segundas nupcias, perde o usufructo dos bens dos filhos por esse facto, mas sendo mantida na administração d'esses bens, póde ser dispensada da caução, artigo 162.º

Estes artigos provam evidentemente que pelo codigo civil não ha hypotheca *legal* sobre os bens dos paes pela administração dos bens dos filhos, o que já com mais desenvolvimento expozemos em a nota ao artigo 58.º

Conseguintemente, o codigo não conserva a disposição do decreto de 26 de outubro de 1836, que no artigo 7.º n.º 7.º determinava que era registavel a hypotheca legal, que o filho tinha nos bens do pae, quando este desfructava e administrava os seus bens.

3.º, etc. (Vid. artigos 908.º, 925.º, 929.º a 930.º, 968.º, 971.º, 1003.º e 1139.º) A mulher casada por pacto dotal tem, para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e dos alfinetes estipulados, hypotheca legal nos bens do marido, cujo registo póde ser requerido pela propria mulher casada, sem dependencia de auctorisação do marido, pelos dotadores, paes, irmãos, ex-tutores, ou filhos maiores, e quaesquer outros parentes, successiveis, artigo 1003.º, e regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 67.º n.º 3.º

São admittidas a requerer o registo as pessoas que naturalmente mais se interessam pela mulher. Entre essas pessoas não póde duvidar-se de que figuram em primeiro logar o pae e a mãe e o dotador para reclamarem a segurança dos bens da mulher.

O amor, que a uns inspira a natureza, e o desejo que o dotador deve ter de que não se mallogre o sacrificio que fez, e de que não pereça a sua doação ás mãos de um marido dissipador, são verdadeiro penhor de que o registo da hypotheca será requerido.

A mulher póde recorrer da decisão do conservador, e estar em juizo sobre estas questões, independentemente da auctorisação do marido, vista a disposição do artigo 1492.º, n.º 3.º

Para o registo do dote são competentes as mesmas pessoas que para o registo da hypotheca dotal.

A hypotheca fica constituida pelo simples facto de se fazer a escriptura dotal que ha de preceder o casamento, artigo 925.º; mas o registo é que póde ser feito antes do casamento, durante o casamento, e ainda depois de dissolvido o casamento. Não se retrotrahe porém a preferencia até á data da escriptura dotal com prejuizo dos direitos de terceiro anteriormente inscriptos, citado artigo 925.º

É tal a protecção que a lei dispensa aos dotes, e ás hypothecas em garantia dos dotes, que não póde passar-se alvará para se effectuar o casamento de menores por contrato dotal, em que haja dote constituido em bens immobiliarios, ou hypotheca para segurança de bens



mobiliarios dotaes, ou dos alfinetes estipulados, sem que preceda o registo provisorio do dote ou da hypotheca, artigo 929.º, e ainda com a especialidade de que sendo o registo provisorio em regra facultativo em todos os casos, é este um dos *dois* unicos em que elle é obrigatorio, artigo 968.º

O escrivão que passar o alvará de consentimento contra o disposto no artigo 929.º, em vista de ordem positiva do juiz, e depois de lhe ter devidamente representado, fica ao abrigo da penalidade do artigo.

Não foi de certo da mente do legislador o consignar no artigo 929.º uma excepção ao preceito hyerarchico, consignado no artigo 840.º da novissima reforma judicial.

Póde mesmo entrar em duvida se ha necessidade de registo por ser indeterminada a propriedade; e o competente para a resolução d'estas duvidas não é o escrivão, mas o juiz.

A obrigação do registo tem logar no caso de serem *designados* os bens immobiliarios, artigo 949.º n.º 3.º; e não quando são *indeterminados*, artigo 952.º § unico, mas estes se não se liquidam e determinam, nos termos dos artigos 1137.º e 1140.º, não gosam do privilegio dotal.

Feito o casamento não se entregam os bens dotaes ao marido sem aquelle registo provisorio estar averbado de definitivo, artigo 930.º

O registo provisorio faz-se á vista da escriptura dotal, e converte-se em definitivo pelo averbamento da certidão de casamento, artigo 971.º

Para que a entrega de bens moveis dotaes possa ser tomada em consideração no registo da hypotheca legal dos bens do marido, é necessario em todo o caso, diz o regulamento de 14 de maio de 1868, que esses moveis sejam individualisados na escriptura dotal, inventario, formal de partilhas, ou em relação que acompanhe a mesma escriptura, e que fique archivada no cartorio do tabellião, podendo a estimação limitar-se ao valor total dos ditos moveis.

Esta disposição tinha por fim evitar simulações de valores, que mais tarde poderiam ser incluidos no dote com prejuizo dos credores do casal.

Nos termos do codigo porém não é necessaria similhante especificação; basta declarar o seu valor, como dispõe o artigo 1138.º, salva a unica excepção, entendemos nós, de se ter estipulado, como permitte o artigo 1148.º, a inalienabilidade d'esses bens.

Porém a simples declaração do *valor* dos moveis dotaes tambem tem dado logar a dotes fraudulentos em prejuizo dos credores, ou dos proprios dotados.

O regulamento de 4 de agosto de 1864 para a execução da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 estabelecia ainda outra providencia importante no artigo 133.º, dispondo que, se o dote consistisse em bens immoveis estimados, não poderia o marido requerer nem o conservador tomar-lhe registo de dominio sobre esses bens, sem que houvesse precedido registo de hypotheca para segurança do mesmo dote.

Esta providencia tinha por fim evitar que o marido fizesse inserever a seu favor o dominio, cuja inscripção o tornava senhor do immovel, sem que a mulher estivesse sufficientemente garantida com relação a terceiros.

Ao marido fica salvo a todo o tempo o direito de redução ou de substituição da hypotheca, como dispunha o regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 158.º, e nos termos dos artigos 926.º e 927.º do codigo.

Fiança, ou outra qualquer caução, que não seja hypothecaria, não é o marido obrigado a presta-la, não a tendo estipulado na escriptura dotal, artigo 1139.º

Agora a caução hypothecaria nasce com a constituição do dote, sendo necessaria estipulação expressa unicamente para a designação dos bens a hypothecar em segurança do dote, quando tal designação se quizer fazer.

Em rasão do favor com que a lei trata os interesses dos estabelecimentos e dos individuos, que têem hypotheca legal nos termos do artigo 906.º n.ºs 1.º a 3.º, não póde ser renunciada esta hypotheca, artigo 908.º, nem o direito de a registar, artigo 928.º, poisque a hypotheca sem o registo não é causa de preferencia, artigos 888.º e 1006.º A mesma doutrina estabelece o regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 78.º

As hypothecas mencionadas n'este numero e nos dois antecedentes, que aliás não podem ser renunciadas, podem todavia ser *dispensadas*, nos termos do artigo 921.º do codigo e do artigo 78.º do regulamento, e *substituidas* por deposito em dinheiro ou em titulos por argumento do artigo 916.º do codigo. Em caso nenhum porém podem ser renunciadas.

4.º, etc. (Vid. artigo 931.º) O apanagio são propriamente os alimentos devidos, no caso de ausencia ou de morte de um dos conjuges, ao conjuge presente ou sobrevivo, emquanto não passa a segundas nupcias, artigos 87.º § unico, 1231.º e 1232.º

Ha de ser regulado o apanagio, não só pela *necessidade*, mas tambem pela *condição* do alimentado. Estes alimentos têem hypotheca legal, registavel em todos e quaesquer bens do conjuge fallecido, artigo 906.º n.º 4.º, a não haver hypotheca especial estabelecida por contrato antenupcial.

A palavra «*arrhas*» empregada nos artigos 901.º e 1003.º tem a mesma significação que a palavra «*apanagio*», mas é applicavel só á mulher, e não ao marido. Significa a reserva de bens ou de rendimentos estabelecida pelo marido a favor da mulher no contrato antenupcial, para o caso de ella enviuvar, e emquanto não passa a segundas nupcias.

Os *alfinetes* tambem respeitam só á mulher, mas são-lhe devidos durante a constancia do matrimonio. São certa porção de rendimentos, ou de valores dados á mulher casada, pelo marido, para as suas despezas miudas e particulares.

Esta hypotheca é constituida pelo titulo promissorio dos alfinetes, arrhas ou apanagios, artigo 931.º, mas póde ser registada ainda depois da morte do marido nos bens pertencentes a este, que a mulher designar, salvo o direito de reducção, que pertence aos herdeiros.

Entendem alguns que esta como as seguintes hypothecas podem ser renunciadas, e bem assim o direito de as registar, artigos 908.º e 928.º

Dizem que, comquanto o artigo 928.º declare nulla a renuncia do direito de registar, ou de qualquer outro que provenha do registo, feita pela mulher a favor do marido ou de terceiros, a disposição d'este artigo se refere á hypotheca legal comprehendida em o n.º 3.º do artigo 906.º, e não á hypotheca pelo apanagio comprehendida no n.º 4.º, como facilmente se conhece comparando o artigo 908.º com os artigos 925.º e 931.º

Em verdade a disposição dos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 906.º, comparada com a dos artigos 925.º, 931.º e 1003.º, levanta graves difficuldades.

No artigo 906.º distingue-se entre a hypotheca pelo pagamento dos valores mobiliarios dotaes e pelos alfinetes estipulados, e a hypotheca pelo apanagio, sendo esta renunciavel, e aquella não, visto o preceito do artigo 908.º



Equipara tambem o mesmo n.º 3.º do artigo 906.º a hypotheca pelo pagamento dos valores mobiliarios dotaes á hypotheca pelo pagamento dos alfinetes estipulados.

Refere-se o artigo 1003.º á hypotheca destinada a assegurar a restituição do dote, ou de quaesquer outros bens proprios da mulher casada, bem como o pagamento de arrhas ou apanagios, parecendo assim subordinar á mesma regra a hypotheca, ou esta respeite a bens dotaes propriamente ditos, ou a arrhas, alfinetes ou apanagios; assim como o regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 67.º n.º 3.º, fallando, sem mais designação, da hypotheca *para o registo do seu dote, ou hypotheca dotal*, abrange de certo a hypotheca pelo dote, alfinetes, arrhas e apanagios.

O artigo 931.º parece equiparar a hypotheca pelos alfinetes, comprehendida em o n.º 3.º do artigo 906.º, á hypotheca pelos apanagios comprehendida em o n.º 4.º, e equiparar a estas hypothecas a hypotheca pelas arrhas.

Ora equiparando o artigo 931.º a hypotheca pelas arrhas á hypotheca pelos alfinetes e pelos apanagios, em qual dos numeros do artigo 906.º deve ser comprehendida, em o n.º 3.º ou em o n.º 4.º?

Em rigor deveria ser comprehendida em o n.º 4.º, vistoque as arrhas têem mais affinidade e analogia com os apanagios do que com os alfinetes, e até o artigo 931.º diz «arrhas ou apanagios», e portanto segundo aquella opinião poderia a mulher renunciar á hypotheca pelas arrhas, como á hypotheca pelo apanagio.

A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 no artigo 127.º, correspondente ao artigo 931.º do codigo, exprimia-se exactamente pelas mesmas palavras de que se serve o referido artigo 931.º Essa lei porém era coherente na redacção, porque tambem no artigo 101.º, correspondente ao artigo 906.º do codigo, equiparava inteiramente as hypothecas pelos alfinets, arrhas ou apanagios.

A lei de 1 de julho de 1863 no artigo 101.º estava assim redigidas em os n.ºs 3.º e 4.º

«N.º 3.º A mulher casada por contrato dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores moveis e dos immoveis dados em estimação, que importe venda;

«N.º 4.º A viuva, nos bens do fallecido marido, ou do promittente de alfinetes, arrhas e apanagios para seu pagamento;»

A redacção da lei no n.º 4.º é até mais logica do que a do codigo, porque os alfinetes, arrhas ou apanagios podem ter sido promettidos por terceiro, e não pelo marido; e n'esse caso a hypotheca legal, que tem a mulher para segurança d'estes creditos, ha de ser registada nos bens do promittente, e não nos bens do marido. Esta mesma doutrina resulta do artigo 931.º do codigo, cujo preceito não póde julgar-se prejudicado pela má redacção do n.º 4.º, artigo 906.º

Tambem o codigo não menciona em o n.º 3.º do artigo 906.º, nem no artigo 929.º, como faz a lei hypothecaria em igual numero do artigo 101.º, «os immoveis dados em estimação, que importe venda», que devem todavia julgar-se comprehendidos n'aquelles artigos do codigo pelas disposições geraes de direito.

Em presença da letra do codigo, n.º 3.º do artigo 906.º, combinado com o artigo 908.º, é para nós evidente, que a hypotheca pelos alfinetes é equiparada á hypotheca pelos valores mobiliarios dotaes, e que portanto não póde ser renunciada.

Mas poderão ser renunciadas as hypothecas legaes pelas arrhas e pelos apanagios?

Entendemos que não, sem embargo do argumento em contrario

que resulta da combinação do n.º 3.º do artigo 906.º com o artigo 908.º Em primeiro logar a rasão, por que se prohibe a renuncia da hypotheca pelos bens dotaes e pelos alfinetes, é a mesma para prohibir a renuncia da hypotheca pelas arrhas e apanagios.

Demais o artigo 928.º, apesar da sua collocação, determina muito positivamente que a mulher não póde renunciar a favor do marido, ou de terceiros, ao direito de registar, ou a qualquer outro que provenha do registo.

É tão generica esta disposição, que nos parece cortar as duvidas que se tem suscitado sobre se a mulher póde ou não renunciar á hypotheca pelas arrhas e apanagios.

Em nosso entender pois não póde a mulher renunciar á hypotheca legal pelas arrhas e apanagios, como não póde renunciar á hypotheca legal pelos bens dotaes, e alfinetes estipulados.

O registo póde ser requerido pelo proprio conjuge sobrevivo, ou por quem legitimamente o representasse, nos termos do regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 146.º n.º 6.º

O regulamento de 28 de abril de 1870, mencionando em o n.º 3.º do artigo 67.º as pessoas competentes para requererem, por parte da mulher casada, o registo do dote ou da hypotheca dotal, não designa as pessoas que são competentes para requererem o registo de hypotheca para segurança do apanagio, arrhas ou alfinetes. No entretanto cremos que, por analogia, devem ser competentes para requererem a hypotheca pelo apanagio, arrhas ou alfinetes as mesmas pessoas que, nos termos do referido n.º 3.º do artigo 67.º do regulamento, são competentes para requererem o registo da hypotheca dotal, que provavelmente abrange, no espirito do regulamento, a hypotheca pelo apanagio, arrhas e alfinetes.

5.º, etc. (Vid. artigo 932.º) A divida de alimentos reputa-se sagrada, e foi por isso sempre cercada de muitos privilegios pelas nossas leis. O registo só póde ser requerido pelo proprio alimentado, como dispunha o regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 146.º n.º 4.º, ou á vista do testamento que os lega, ou da convenção que os estipula, ou de sentença judicial que os decreta *jure sanguinis*, nos termos dos artigos 171.º e seguintes do codigo.

Não basta a certidão do parentesco para ser registada a hypotheca pelos alimentos, porque o parentesco só por si não dá direito aos alimentos, sem se julgar a *necessidade* do alimentando e a *possibilidade* de meios do alimentante.

Se se destinarem os rendimentos de certos bens para satisfação dos alimentos, só sobre estes póde registar-se hypotheca.

Não se fazendo a designação de bens determinados sobre que pese o encargo dos alimentos, póde fazer-se o registo em quaesquer bens immobiliarios do devedor, salvo o direito de reducção, artigo 932.º

6.º, etc. (Vid. artigos 933.º e 978.º n.º 5.º) Esta hypotheca parece mais *voluntaria* do que *legal*, vistoque o registo ha de ser feito nos bens que os titulos *designam*, artigo 933.º, e a hypotheca é constituida por esses titulos.

Este registo é requerido pelos administradores, gerentes ou mandatarios dos estabelecimentos, na fórma dos respectivos estatutos, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 67.º n.º 4.º

Emquanto o governo não fizer os regulamentos indispensaveis para a execução d'estes artigos, não téem os estabelecimentos de credito predial titulos *especiaes* para a celebração, dos seus contratos e hão de servir-se dos meios de prova ordinarios, que se acham determinados nas leis geraes.



O codigo, reconhecendo em these a existencia d'esses titulos *especiaes* para os estabelecimentos de credito predial devidamente auctorisados, artigo 978.º n.º 5.º, não póde n'este numero referir-se aos titulos *geraes*, porque d'esses faz-se expressa menção nos outros numeros do mesmo artigo.

Que o codigo auctorisa a existencia d'esses titulos especiaes para os estabelecimentos de credito predial, não ha duvida. Menciona-os expressamente nos artigos 906.º n.º 6.º, 933.º, 978.º n.º 5.º, e menciona-os nos artigos 118.º n.º 1.º e 127.º o regulamento de 14 de maio de 1868, feito pelo proprio auctor do codigo.

Do facto de nos regulamentos não se marcarem as *condições* d'esses titulos especiaes poderia inferir-se que os estabelecimentos de credito predial poderiam começar a usar d'elles, nos termos que julgassem conveniente, independentemente de novas instrucções ou regulamentos do governo, poisque as palavras «*devidamente auctorisados*» que se lêem no artigo 978.º n.º 5.º, concordam com o substantivo mais proximo, que é «*estabelecimentos*», e não com o substantivo mais remoto, que é «*titulos*», vistas as condições da grammatica.

No entretanto, n'estes casos de duvida, e em negocio de tanta monta, entendemos que os estabelecimentos de credito predial procederão com a devida prudencia não usando de titulos especiaes sem a approvação do governo.

A companhia geral de credito predial portuguez parece que até já solicitou o respectivo regulamento, indicando mesmo que as condições e formalidades d'aquelles titulos poderiam ter por base as apolices das companhias de seguros. O governo porém não resolveu ainda sobre este requerimento.

7.º, etc. (Vid. artigo 934.º) Esta hypotheca é constituida pelo titulo legal da partilha, e recáe sobre os bens da herança sujeitos ao pagamento das tornas. O registo só póde ser requerido pelos proprios coherdeiros ou seus representantes, regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 146.º n.º 5.º

Pelas tornas não ha privilegio, mas sim hypotheca legal, que carece de registo para produzir os seus effeitos, como julgou a relação do Porto em accordão de 31 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 20, 3.º anno.

Se em vez de tornas, um dos coherdeiros ajustar com os outros o ficar com todos os bens do casal, e compor as legitimas d'elles a dinheiro, transformando-se a partilha em compra e venda, não ha hypotheca por esta obrigação, se não for expressamente estipulada. A disposição do codigo, que reconhece a existencia de hypothecas legaes, é de interpretação restricta; não póde ampliar-se alem dos precisos termos do preceito da lei.

O projecto primitivo no artigo correspondente (992.º) dava tambem ao *consorte* o direito de hypotheca, sobre o preço dos bens immobiliarios, pelo importe das respectivas tornas. A commissão revisora porém negou, sem rasão plausivel, este favor ao consorte, limitando-o ao coherdeiro.

Sobre os bens proprios do herdeiro não ha hypotheca legal pelas tornas; sobre estes bens só por convenção expressa póde constituir-se hypotheca pelas tornas.

A hypotheca legal abrange só os bens comprehendidos na herança, porque só esses são em virtude da lei sujeitos ao pagamento das tornas.

8.º, etc. (Vid. artigos 933.º e 1846.º) O direito de registar a hypotheca é conferido ao legatario, ou lhe fosse deixado um valor *deter-*

*minado*, como 1:000$000 réis, ou pensões periodicas, como 100$000 réis por anno. É feito este registo em face do respectivo testamento. Se algum dos herdeiros ficou especialmente obrigado ao pagamento do legado, a hypotheca só póde registar-se sobre o quinhão, que a este pertenceu na herança.

Se porém nenhum dos coherdeiros ficou especialmente obrigado ao pagamento do legado, póde registar-se o encargo sobre quaesquer bens da herança, artigo 1846.º e § unico, salvo sempre o direito de reducção. Em todo o caso a hypotheca *legal* pelo legado, como a hypotheca *legal* pelas tornas, só póde ser registada sobre bens da herança, e não sobre bens do herdeiro.

O registo da hypotheca pelo legado, como o registo da hypotheca pelas tornas, tambem só póde ser requerido pelo legatario, ou seu representante, segundo dispunha o regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 146.º n.º 8.º

A hypotheca póde ser registada, não só nos *immoveis* da herança, como dispõe o artigo 1846.º, mas tambem nos direitos prediaes. A palavra «*immoveis*», empregada n'aquelle artigo, tem ahi de certo a mesma significação ampla que a palavra «*immobiliarios*».

Em bens da successão, destinados a outro legado é que não póde registar-se a hypotheca, porque equivaleria isso a annullar a transmissão d'esse legado, mas sim e unicamente nos bens do herdeiro obrigado ao pagamento do legado, salvo se a deixa da quantia determinada ou das pensões periodicas ficar a cargo especial de algum legatario.

Deve notar-se tambem que este direito de hypotheca legal para o cumprimento do legado não pertence ao legatario de *especie*. O legatario, por exemplo, de propriedade immovel designada, ou de qualquer objecto determinado, não tem hypotheca nos bens hereditarios para segurança do seu direito, mas o direito de pedir a *entrega* da cousa legada, ainda que ella esteja em poder de terceiro.

O legatario de *quantidade*, como não tem senão a acção pessoal para obrigar o herdeiro a cumprir a vontade do testador, é que tem hypotheca legal nos bens hereditarios, como garantia da obrigação pessoal do herdeiro.

Já na imprensa jurídica se discutiu se o termo de transacção entre partes, julgado por sentença antes de se achar em vigor a lei de 1 de julho de 1863, constituia ou não hypotheca judicial e legal admissivel a registo nos termos do artigo 1000.º do codigo civil. É porém fóra de duvida, que similhante hypotheca não havia, nem podia por isso ser admittida a registo, porque não era reconhecida pelo decreto de 26 de outubro de 1836; e tanto mais que a lei de 20 de junho de 1774 excluia do concurso de preferencias sentenças havidas por confissão das partes, e sem plena e inteira discussão e opposição dos devedores, artigos 43.º e 44.º

Art. 907.º Os creditos, que têem privilegio de qualquer especie, terão hypotheca legal todas as vezes que se acharem registados como creditos hypothecarios, tendo para isso os necessarios requisitos.

§ unico. Os creditos registados na fórma d'este artigo não perdem, por esse facto, o privilegio, e podem obter, no concurso hypothecario, o pagamento que no concurso de creditos privilegiados não tenham podido alcançar.

(Vid. nota ao artigo 879.º)



Art. 908.º As hypothecas, de que faz menção o artigo 906.º, n.ºs 1.º, 2.º e 3.º, não podem ser renunciadas; mas podem ser substituidas, ou dispensadas nos casos expressamente declarados na lei.

(Vid. notas ao artigos 182.º e 906.º)

Art. 909.º As hypothecas legaes podem ser registadas em relação a todos os bens do devedor, quando não forem especificados no titulo respectivo os immoveis hypothecados; o devedor, porém, póde exigir, que o registo se limite aos bens necessarios para o cumprimento da obrigação, e tem a faculdade de designar os que para isso quizer.

## SUB-SECÇÃO IV

### DAS HYPOTHECAS VOLUNTARIAS

Art. 910.º As hypothecas voluntarias nascem de contrato, ou de disposição de ultima vontade.

Art. 911.º Estas hypothecas só podem recaír sobre bens certos e determinados, e por quantia certa e determinada, ao menos approximadamente.

(Vid. nota ao artigo 904.º)

Art. 912.º As hypothecas voluntarias, provenientes de contratos, podem provar-se por escriptura ou auto publico, ou, se o valor assegurado por hypotheca não exceder a cincoenta mil réis, por documento particular, escripto e assignado pela pessoa que a constituir, ou, se essa não souber ou não podér escrever, por outrem a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas que escrevam os seus nomes; sendo, em todo o caso, as assignaturas reconhecidas por tabellião.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 913.º A hypotheca póde ser estipulada por tempo indeterminado, e com as condições que aprouverem aos estipulantes, salvos os effeitos, e as formalidades e restricções expressamente estabelecidas na lei.

Art. 914.º O devedor não fica inhibido, pelo facto da hypotheca, de hypothecar de novo o predio, mas, n'esse caso, realisando-se o pagamento de qualquer das dividas, o predio fica hypothecado ás restantes, não em parte, mas na sua totalidade.

A hypotheca póde estipular-se por um periodo determinado, como por dez ou doze annos, ou por tempo indeterminado, de modo que só se extinga com a obrigação principal.

O devedor póde estipular muitas hypothecas sobre o mesmo predio, com a unica differença de que a preferencia do pagamento se regula pela prioridade da inscripção; e os credores posteriores têem meio seguro de premunir-se contra encargos anteriores occultos, precedendo o contrato hypothecario do registo provisorio da hypotheca.

O que não é impreterivel, se se acha registado o encargo hypothecario, é a obrigação que o artigo (981.º) correspondente do projecto primitivo impunha ao devedor, de declarar no contrato a existencia de obrigação anterior, sob pena de ser considerado burlão, alem da responsabilidade por perdas e damnos.

A inscripção na conservatoria equivale, pelo menos, á declaração da existencia da obrigação feita no contrato, e por isso a commissão revisora eliminou aquelle preceito, realmente inutil, desde que se estabeleceu o registo, não só o definitivo, como o provisorio tambem.

Não tem hoje pois applicação o artigo 450.º n.º 3.º do codigo penal, que pune com prisão correccional por mais de seis mezes, aggravada com a multa, e suspensão dos direitos politicos por dois annos o que especialmente hypothecar uma cousa a duas pessoas, não sendo desobrigada do primeiro credor, ou não sendo bastante para satisfazer a ambos.

Isto é rasoavel. Como as hypothecas não produzem effeito algum contra terceiros sem serem inscriptas no registo, a publicidade da conservatoria é sufficiente aviso a todos os interessados.

O pagamento de qualquer das dividas deixa o predio hypothecado ás restantes na sua *totalidade*, pelo principio da indivisibilidade da hypotheca, que não está, apesar de ser accessorio, subordinada á divisibilidade da obrigação.

Art. 915.º O predio commum de diversos proprietarios não póde ser hypothecado na sua totalidade, sem consentimento de todos; mas, se for divisivel, cada um póde hypothecar separadamente a parte que n'elle tiver, e só a respeito d'essa parte vigora a indivisibilidade da hypotheca.

Não póde hypothecar separadamente a sua parte o comproprietario de qualquer predio, que não admitte divisão, como, por exemplo, o comproprietario de um lagar, artigo 915.º, que é propriedade que não admitte divisão sem deixar de satisfazer ao seu destino. O comproprietario porém de uma casa, cujo quinhão é divisivel dos restantes, bem póde hypotheca-lo. Esta doutrina é consequencia do systema *de especialidade* das hypothecas.

Desde que a parte do comproprietario não era susceptivel de ser determinada, isto é, de ser especialisada, era impossivel o registo, e não podia conseguintemente constituir-se a hypotheca.

## SUB-SECÇÃO V

### DA CONSTITUIÇÃO DAS HYPOTHECAS

Art. 916.º A hypotheca, de que faz menção o artigo 906.º n.º 1.º, é constituida pela nomeação do funccionario, nos termos das leis fiscaes e administrativas.

§ unico. Esta hypotheca póde ser substituida por deposito, em dinheiro ou em titulos.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 1.º)



Art. 917.º Quando não houver deposito, nem bens designados para segurança da fazenda publica, ou municipal, ou dos estabelecimentos, a que se refere o n.º 1.º do artigo 906.º, poderá a respectiva hypotheca ser registada em relação a quaesquer bens do responsavel, salvo sempre o direito que elle tem de requerer, que seja reduzida aos justos limites, nos termos do artigo 909.º

(Vid. notas aos artigos 904.º e 906.º n.º 1.º)

Art. 918.º A hypotheca a favor do menor, e das demais pessoas mencionadas no n.º 2.º do artigo 906.º, é constituida pela nomeação do tutor, curador ou administrador.

Art. 919.º Feita a nomeação, de que trata o artigo antecedente, o conselho de familia, tendo attenção á importancia dos moveis e dos rendimentos, que o nomeado deverá receber, e poderá accumular em sua mão, determinará o valor da hypotheca, e designará os bens em relação aos quaes a mesma ha de ser registada, e o praso em que cumprirá fazer o registo, motivando a deliberação.

§ unico. Nos casos em que, na conformidade da lei, não houver nomeação do conselho de familia, as attribuições d'elle serão exercidas, n'esta parte, pelo juiz de direito, ouvido o curador geral.

Art. 920.º Se o conselho de familia não fizer a designação dos bens, poderá o nomeado faze-la no praso de dez dias, e, não a fazendo ou fazendo-a insufficiente, o juiz designará quaesquer bens, que lhe constar pertencerem ao nomeado, para em relação a elles se fazer o registo da hypotheca.

Art. 921.º Será licito ao conselho de familia, quando o julgar conveniente, escusar o tutor, o curador, ou o administrador nomeado, da hypotheca, ou só do registo, e demais actos previos, para que entre logo na gerencia, preenchendo-se depois essas formalidades, e bem assim admittir hypotheca de bens, cujo valor seja inferior ao dos moveis e rendimentos, quando o nomeado os não tiver sufficientes, e o conselho não preferir nomear outro.

Art. 922.º O nomeado será intimado para, dentro do praso assignado pelo conselho de familia, fazer o registo da hypotheca, e apresentar em juizo o respectivo certificado, e, se não satisfizer ou não allegar e provar escusa, que o conselho tenha por sufficiente, o juiz lhe imporá uma multa de dez mil réis a cem mil réis, e mandará ex-officio, mas á custa do nomeado, fazer o registo.

Art. 923.º Os recursos, que os nomeados, ou o pro-tutor, e o curador geral interpozerem das deliberações, tomadas pelo

conselho de familia, ou dos despachos do juiz, nos termos dos artigos antecedentes, nunca suspenderão os effeitos d'aquella ou d'estes.

Art. 924.º Quando houver mais de um tutelado ou administrado, o tutor ou administrador, ao passo que for fazendo a cada um a entrega dos seus respectivos bens, e obtendo a approvação das contas geraes, poderá requerer ao conselho de familia auctorisação para o cancellamento do registo hypothecario, pelo valor correspondente á responsabilidade finda.

(Vid. notas aos artigos 58.º e 906.º n.º 2.º)

Art. 925.º A hypotheca a favor da mulher casada, de que trata o n.º 3.º do artigo 906.º, é constituida pela respectiva escriptura dotal.

§ unico. Quando esta hypotheca não tiver sido registada antes do casamento, poderá se-lo durante elle, ou ainda depois de dissolvido, sem prejuizo do direito de terceiros anteriormente inscripto.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 3.º)

Art. 926.º A hypotheca de que trata o artigo antecedente, quando consistir em bens expressamente designados para segurança do dote, só em relação a esses mesmos bens poderá ser registada.

§ 1.º Se por qualquer motivo esta hypotheca se tornar inefficaz, tanto a mulher, como aquelles que a dotaram, poderão requerer, que a mesma hypotheca seja reforçada.

§ 2.º Na falta de designação de bens, ou de se reforçar a hypotheca, será esta registada em relação a quaesquer bens pertencentes ao marido, salvo o direito que elle tem de pedir reducção aos justos limites.

Art. 927.º A hypotheca constituida por escriptura dotal, se originariamente foi registada na totalidade dos bens do marido, póde depois, a requerimento d'este, ser reduzida ás suas devidas proporções, subsistindo o registo só em tantos dos ditos bens quantos bastem para effectiva segurança, e ficando desonerados todos os outros, que constituem o patrimonio do marido.

(Vid. nota ao artigo 904.º)

Art. 928.º É nulla a renuncia do direito de registar, ou de qualquer outro que provenha do registo, feita pela mulher a favor do marido, ou de terceiros.

(Vid. nota ao artigo 906.º)



Art. 929.º Para o casamento dos menores, por contrato dotal, não se passará alvará de consentimento, sem que, alem dos outros documentos, que forem exigidos por lei, o requerimento vá documentado com a certidão do registo provisorio do dote, havendo-o em bens immobiliarios, e da hypotheca para segurança dos valores mobiliarios dotaes, se a houver. O escrivão, que sem isso passar o dito alvará, perderá o officio, e será responsavel por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 3.º)

Art. 930.º Não é permittido deferir a requerimento para entrega de bens, na hypothese de casamento de menor, sem que se mostre averbado de definitivo o registo provisorio do dote e da hypotheca, havendo-o.

§ unico. O tutor, que, sem despacho do juiz, fizer a mencionada entrega de bens ou de rendimentos, responderá por elles, como se tal entrega não houvera feito.

(Vid. notas aos artigos 309.º e 906.º)

Art. 931.º A hypotheca a favor da viuva, de que trata o n.º 4.º do artigo 906.º, é constituida pelo titulo promissorio dos alfinetes, arrhas ou apanagios.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 4.º)

Art. 932.º A hypotheca a favor da pessoa, que tem direito aos alimentos, de que trata o n.º 5.º do artigo 906.º, é constituida pelo titulo, d'onde resulta a obrigação de os prestar.

§ unico. Havendo bens designadamente onerados com essa obrigação, em relação a elles será registada a hypotheca; mas se não forem designados bens alguns, ou sendo designada a totalidade de um patrimonio, póde a mencionada hypotheca ser registada, em relação a todos os bens immoveis do devedor, ou em relação aos que compozerem a totalidade do patrimonio, salvo sempre o direito de pedir reducção nos termos do artigo 909.º

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 5.º)

Art. 933.º A hypotheca, mencionada nos titulos dos estabelecimentos de credito predial, será registada em relação aos bens que n'esses titulos forem designados.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 6.º)

Art. 934.º A hypotheca, mencionada no n.º 7.º do artigo 906.º, é constituida pelo titulo legal da partilha, e será registada em relação aos bens respectivos.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 7.º)

Art. 935.º A hypotheca, mencionada no n.º 8.º do artigo 906.º, é constituida pelo testamento, e será registada em relação aos bens sujeitos ao pagamento do legado.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 8.º)

Art. 936.º As hypothecas voluntarias são constituidas pelos respectivos contratos, ou disposições de ultima vontade, e podem ser registadas só em relação aos bens, que esses titulos especificadamente designarem, ou a quaesquer bens do devedor, ou do testador na falta de designação, salvo o direito de reducção, conforme o artigo 909.º

(Vid. nota ao artigo 904.º)

Art. 937.º Quando se offerecer duvida ácerca do valor dos bens para constituir a hypotheca, poderá fazer-se previa avaliação d'estes; mas essa avaliação não se fará judicialmente, sem que se mostre ter-se registado provisoriamente a hypotheca.

Quando houver disputa sobre o valor dos hypothecandos e sua reducção, procede-se á avaliação, mas depois de feito o registo provisorio da hypotheca, aliás ficaria a obrigação sem a devida segurança até ao fim da questão, e n'esse meio tempo poderia o devedor gravar ou alienar os predios hypothecandos.

## SUB-SECÇÃO VI

### DA EXPURGAÇÃO DAS HYPOTHECAS

Art. 938.º Aquelle que de novo adquiriu um predio hypothecado, e quer conseguir a expurgação da hypotheca, ou hypothecas, póde obter o seu fim por qualquer dos modos seguintes:

1.º Pagando integralmente aos credores hypothecarios as dividas, a que o mencionado predio estava hypothecado;

2.º Depositando o preço da arrematação do predio, quando a acquisição d'elle tenha sido feita em hasta publica;

3.º Declarando em juizo, que está prompto a entregar aos credores, para pagamento das suas dividas, até a quantia pela qual obteve o predio, ou aquella em que o estima, quando a acquisição d'elle não tenha sido feita por titulo oneroso.

§ unico. As disposições d'este artigo são applicaveis ao caso previsto no artigo 1484.º § 1.º

A inscripção hypothecaria não obsta á transmissão por titulo gratuito ou oneroso do predio hypothecado, artigo 231.º do regulamento de 28 de abril de 1870, permanecendo porém no predio a segurança hypothecaria, qualquer que seja o possuidor. N'estes termos como a hypotheca não deixa de acompanhar o predio ainda em poder de terceiro, artigo 892.º do codigo e citado artigo 231.º do regulamento, facilita-se ao adquirente o exonerar a propriedade do encargo, qualquer que seja a especie da hypotheca, artigo 232.º e seguintes do citado regulamento, sem prejuizo dos respectivos credores, que n'elle têem as seguranças hypothecarias. Tres são os meios de conseguir a expurgação.

1.º, etc. Os credores que são pagos *integralmente*, isto é, do capital, juros e mais accessorios, não têem de que queixar-se. Os seus interesses foram satisfeitos, e lesão nenhuma soffreram os seus direitos. Aos credores *privilegiados* não é indispensavel pagar, visto o silencio do codigo, porque estes creditos não oneram os predios em poder de terceiro.

Nos termos do codigo, não acompanham os predios em poder de terceiro nem os privilegios mobiliarios *especiaes*, nem os privilegios mobiliarios *geraes*, e nem mesmo os privilegios *immobiliarios*.

Os privilegios mobiliarios recáem unicamente sobre os *fructos*, *renda* ou *moveis* do predio, e não sobre o predio. Se o arrematante, adjudicatario, ou adquirente, se desfizer dos fructos, rendas ou moveis antes do credor realisar legalmente o seu privilegio, não fica o casco da propriedade obrigado ao credito.

O artigo 941.º n.º 2.º mandando attender, n'um caso especial de expurgação de hypotheca, *ao computo dos creditos privilegiados*, deveria por identidade de rasão ampliar este preceito a todos os outros casos de expurgação de hypotheca, e á especie da expropriação da mesma hypotheca em poder de terceiro.

Todavia as causas de preferencia são de interpretação restricta, mesmo quando se trate de apreciar a extensão e vantagens da propria preferencia. Os creditos hypothecarios reunem as duas condições de *preferir* e de *acompanhar* o predio. Nos privilegios o codigo reconhece a qualidade de *preferirem*, mas não a de *acompanharem*. Desde que a lei é omissa quanto á extensão de preferencia, não póde o interprete ampliar as vantagens d'essa preferencia, sem essa ampliação ter o seu fundamento em texto expresso da mesma lei.

Demais o artigo 907.º, permittindo o registo dos creditos privilegiados, quando elles tenham as condições necessarias para serem registados, induz bem claramente a crer, que elles não *acompanham* o predio como as hypothecas, aliás escusado seria tal registo, especialmente com relação aos privilegios immobiliarios.

Muitos porém julgam que os privilegios tambem acompanham o predio em poder de terceiro, vista a disposição do artigo 941.º n.º 2.º, que no caso especial do n.º 3.º do artigo 938.º, manda ter em conta, para avaliar a quantia offerecida pelo adquirente, a importancia dos creditos privilegiados.

Mas os que assim argumentam não reparam que o n.º 2.º do artigo 941.º termina pelas palavras «*aos quaes o predio esteja sujeito*», d'onde se infere que mesmo n'esta hypothese especial não se attendem senão os creditos privilegiados, a que o predio esteja sujeito. E esses creditos, a que o predio esteja sujeito, podem ser os creditos privilegiados, levados ao registo das hypothecas nos termos do artigo 907.º

A esses unicamente parece referir-se o regulamento, quando no artigo 243.º com referencia ao artigo 941.º n.º 2.º do codigo, manda que o juiz verifique ou faça verificar pelo respectivo contador, a face *das certidões dos onus e creditos hypothecarios*, se o valor do predio é ou não inferior á importancia do capital e juros devidos dos *mesmos onus e creditos*, para assim deferir, como for de justiça.

Tambem póde ser tido em conta, d'entre os creditos privilegiados não registados, o credito privilegiado immobiliario, comprehendido em o n.º 1.º do artigo 887.º, que não carece de registo para ser pago pelo *preço* do predio, vistoque nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 225.º, não podem os credores levantar do deposito as quantias depositadas sem ser citada a fazenda para deduzir os seus artigos pelos impostos devidos.

Portanto da redacção duvidosa do n.º 2.º do artigo 941.º com relação a um caso especial, não póde deduzir-se um argumento que contraria todo o systema e organisação do registo, em virtude do qual os creditos privilegiados *preferem* mas não *acompanham*.

No entretanto era sujeita a menos duvidas a redacção da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, que no artigo 138.º correspondente ao artigo 941.º do codigo, em vez das palavras «*for inferior ao computo dos creditos privilegiados, ou hypothecarios e dos onus registados*», que se léem no codigo, dizia «*é inferior á importancia dos onus e dividas que sobre elle pesam*».

Ferreira Borges, no seu *Diccionario juridico-commercial*, vocabulo «*privilegios de creditos*», declara que o privilegio é um direito real sobre uma cousa, e sobre o preço proveniente da venda d'essa mesma cousa; que affecta a cousa obrigada de sorte que a acompanha em poder de qualquer possuidor, pelo menos quando é immovel; que o privilegio nada mais é do que uma hypotheca privilegiada; que gosam de vantagens communs os privilegios e as hypothecas; e que o seu caracter distinctivo consiste unicamente em que as hypothecas preferem segundo a prioridade do titulo quando o privilegio obtem a preferencia sobre todos os creditos hypothecarios, aindaque o titulo fosse posterior na data.

Invocando porém Ferreira Borges, na exposição d'esta doutrina, a ordenação, livro IV, titulo III, parece ter confundido os privilegios com as hypothecas.

O credor privilegiado não gosa, para pagamento do seu credito, do mesmo favor, quanto ao processo, de que gosa o credor hypothecario. O processo para a exigencia dos creditos hypothecarios é especial, e por isso de natureza restricto. Para a exigencia pois dos creditos privilegiados não registados, a não ser em concurso de preferencias n'alguma expropriação hypothecaria, ha de seguir-se o processo commum.

2.º, etc. Ainda que o valor dado em praça não cubra os creditos hypothecarios, o direito dos credores exerce-se apenas sobre esta somma. O adquirente não é obrigado a pagar mais do que esse valor, porque o preço da praça mostra que o predio não obteria maior lanço se de novo fosse vendido. O preço obtido em praça julga-se o maior a que os credores poderiam aspirar.

Os credores hypothecarios não são citados para assistirem á *venda* do predio em hasta publica, mas unicamente para deduzirem o seu direito sobre o *producto* da venda.

No entretanto esta doutrina póde n'alguns casos offerecer na pratica inconvenientes, que já vão apparecendo. Não são poucos os exemplos de, por fallecimento do devedor de hypotheca, que deixa herdeiros menores interdictos ou ausentes, mandar o conselho de familia vender em praça os bens para pagamento das dividas do casal, incluindo os creditos hypothecarios, sem citação dos respectivos credores; e os conluios das localidades, ou a falta de fiscalisação orphanologica, fazerem com que a venda se effectue por preço muito inferior ao credito hypothecario. Fica assim o credor hypothecario inteiramente lo-



grado na segurança com que contava, mal podendo remediar o damno, a não ser em casos excepcionaes, em que allegue a simulação e a fraude por meio da acção ordinaria, e n'um processo sujeito a grandes delongas, gastos e incertezas.

Igualmente se tem dado já a hypothese de o devedor combinado com terceiro lhe hypothecar de novo o predio, e este leva-lo á praça por todo o preço, quando na primeira não tenha havido lançador, e arremata-lo para si ou para terceiro tambem em fraude dos credores anteriormente inscriptos.

3.º, etc. (Vid. artigos 941.º e 943.º) Até o adquirente, sem ser em praça, póde expurgar a hypotheca offerecendo o preço que deu pelo predio, ou o preço em que o *estima*, quando o houve por titulo gratuito. Sem embargo da redacção do n.º 3.º do artigo, tambem nas transmissões a titulo oneroso póde verificar-se o caso de o adquirente ter dado *quantia* alguma em pagamento do predio, tendo-o adquirido, por exemplo, por troca. Como porém havia de fixar-se o valor dos predios permutados por causa do pagamento de contribuição de registo, esse valor representará na troca o preço, que se paga na venda. Nas transmissões feitas em hasta publica o valor do predio é o valor da praça; mas nas transmissões extrajudiciaes o valor do predio não se reputa fixado sem os credores concordarem com a declaração do adquirente.

Se os interessados não concordarem com essa declaração, póde qualquer d'elles requerer que o predio vá á praça, para ahi se fixar o seu verdadeiro valor, artigo 941.º N'este caso, para ir á praça o predio, é indispensavel que o preço, que o adquirente offerece, seja inferior ao valor dos creditos hypothecarios, dos creditos privilegiados, e dos onus reaes com inscripção anterior á hypotheca, sem o que não deve o juiz deferir ao requerimento para se pôr em praça o predio.

Para isto cumprirá o juiz o disposto no artigo 243.º do regulamento, que acima fica já transcripto.

Não manda o regulamento no referido artigo 243.º, como manda o codigo no artigo 941.º n.º 2.º, tomar em conta, para a expurgação da hypotheca, tambem os creditos privilegiados, mas no artigo 241.º n.º 2.º reproduz fielmente o preceito do artigo 941.º n.º 2.º do codigo, assim como em o n.º 3.º d'aquelle artigo 241.º acrescenta um outro caso, em que o predio póde ser levado de novo á praça, ainda mesmo que tivesse sido comprado em hasta publica; que é, quando o adquirente, tendo feito citar os credores para a expurgação, não fizer accusar as respectivas citações, ou se, tendo-as feito accusar na audiencia competente, não proseguir até á terceira seguinte nos termos regulares da mesma expurgação.

Deduz-se o valor dos onus reaes com registo anterior ao da hypotheca, porque esta não os abrange, artigo 889.º do codigo; e é preciso attender aos interesses dos credores privilegiados, cujo direito abranger os predios. Nos casos dos n.ºs 1.º e 2.º d'este artigo, parece não ter o codigo a mais leve contemplação com os credores privilegiados. No caso do n.º 3.º, é indispensavel que o adquirente se promptifique a pagar aos *credores*, sem distincção entre credores hypothecarios, ou privilegiados quando a estes tambem estiver sujeito o predio; e a ambas estas classes de credores parece referir-se o artigo 941.º na expressão generica «*interessados*».

A collocação dos artigos 938.º e seguintes, sob uma secção que se inscreve *Da expurgação das hypothecas*, parece indicar á primeira vista, que os credores privilegiados não podem intervir em regra no processo de expurgação das hypothecas.

Não cremos que o codigo tivesse contemplação com os interesses dos credores privilegiados só no *caso especial*, previsto no n.º 2.º do artigo 941.º, especialidade determinada talvez por o requerimento do interessado para o predio ir á praça induzir a presumpção de que havia dolo da parte do adquirente na estimação do predio, ou na declaração do valor que por elle déra.

O pensamento do legislador foi de certo respeitar na expurgação das hypothecas a preferencia dos creditos privilegiados unicamente, quando a elles estivessem sujeitos os predios nos termos do citado n.º 2.º do artigo 941.º

O certo é que, depois de requerida a arrematação por um dos credores, já a desistencia do requerente não póde ter logar sem consentimento dos outros que são igualmente interessados na venda em praça, artigo 943.º Se o preço declarado pelo adquirente não for coberto em praça, continua elle com a propriedade, e os interessados não podem exigir-lhe mais do que aquelle valor, artigo 942.º

O valor do predio n'este caso não resulta da declaração do possuidor, mas da fixação que a praça deu; e, em acto continuo, e sem dependencia de novas citações aos credores inscriptos, se procede ao julgamento das preferencias, como dispõe o regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 244.º

As disposições dos citados artigos são applicaveis á expurgação de todas as hypothecas, de qualquer especie que sejam. Com relação, porém ás hypothecas legaes, ha a considerar algumas modificações prescriptas no artigo 247.º do regulamento.

Para a expurgação das hypothecas legaes são citados os credores e interessados, ou quem legitimamente os representar, assistindo sempre o ministerio publico, quando não for parte principal. Nas dos tutores e curadores serão citados os protutores e sub-curadores, e o curador geral respectivo. A entidade «*sub-curador*» de que se falla em o n.º 2.º artigo 247.º do regulamento, não é conhecida no codigo. Por isso não ha necessidade de citar o *sub-curador*, que não existe. Na expurgação das hypothecas em garantia dos dotes, feitos por terceiras pessoas, serão citados tambem os dotadores.

Arrematado o predio, ou verificado o seu valor, será depositada a parte correspondente á hypotheca legal, e convertida a sua importancia em titulos de divida fundada ou em acções de bancos, averbando-se n'elles o encargo; devendo porém os titulos, depois de averbados, ser entregues ao depositante; e devendo legalisar-se a conversão com as respectivas certidões do preço corrente dos titulos.

As disposições do artigo 938.º são igualmente applicaveis ao doador que, rescindida a doação por superveniencia de filhos, quizer expurgar os bens doados das hypothecas com que os tiver onerado o donatario nos termos do artigo 1484.º § 1.º, como tambem dispõe o regulamento no artigo 234.º, podendo o doador exigir depois do donatario tudo o que despendeu com a expurgação, citado artigo 1484.º § 1.º

Revogada a doação ou pela superveniencia de filhos, artigo 1484.º, ou por ingratidão do donatario, artigo 1489.º, ou por inofficiosidade, artigo 1501.º, subsistem todas as transmissões e hypothecas anteriores á inscripção da acção de revogação no registo predial, e ficam sem effeito todas as posteriores.

O adquirente de boa fé não deve ser victima do castigo imposto ao donatario pela sua ingratidão, nem da superveniencia de filhos ao doador; factos a que elle é inteiramente estranho.

Art. 939.º Em qualquer das hypotheses do artigo antecedente, o novo possuidor do predio mandará citar todos os credores hypothecarios inscriptos, para que venham a juizo levantar a parte do preço que lhes pertencer, julgando-se a final o predio livre e desonerado da hypotheca, ou hypothecas, a que se achava sujeito.



(Vid. artigos 944.º, 946.º e 947.º) O possuidor que pretender expurgar o predio da hypotheca, solicitará do conservador certidão em que este declare, em presença do indice real e pessoal, e dos livros de registo, quaes são os credores hypothecarios inscriptos sobre o mesmo predio, artigo 235.º do regulamento, e requererá ao juizo de direito da *situação* do predio, com a certidão dos creditos inscriptos, declarando qual dos meios facultados no artigo 938.º prefere para expurgar a hypotheca, e concluindo por pedir a citação dos credores que da certidão constarem, para virem a juizo receber a parte que lhes pertencer no valor do predio, artigo 236.º do citado regulamento.

Distribuido o requerimento, faz-se a citação nos termos da lei aos credores, ou pessoalmente, ou por editos com o praso de trinta dias, segundo for ou não conhecido em juizo o domicilio, e accusada a citação, assignar-se-hão duas audiencias aos credores, a fim de receberem a parte que lhes pertencer no valor do predio, ou requererem o que for a bem da sua justiça, citado regulamento, artigo 237.º

A sentença que julgar o predio expurgado das hypothecas nunca será proferida sem serem citados pessoalmente ou por editos todos os credores constantes da certidão, artigo 947.º

Em vista da disposição d'este artigo, parece que não ha obrigação de citar os credores privilegiados para virem deduzir o seu direito, apesar de os credores privilegiados terem preferencia sobre os credores hypothecarios, e de serem expressamente tidos em conta os seus creditos para a expurgação da hypotheca no caso do n.º 3.º do artigo 938.º, como declara o n.º 2.º do artigo 941.º

Porém os credores privilegiados a que se refere o n.º 2.º do artigo 941.º segundo a interpretação, que acima lhe démos, como tem os seus creditos inscriptos na conservatoria, vem já mencionados na certidão do conservador. A citação porém á fazenda, cujo domicilio é conhecido, é pessoal.

A citação da fazenda é positiva e expressamente ordenada pelo regulamento de 28 de abril de 1870 no artigo 225.º, para que venha a juizo deduzir seus artigos pelos impostos devidos, e lhes junte os documentos que tiver. Ainda que este artigo se refere só á exigencia dos creditos hypothecarios deve applicar-se por analogia á expurgação.

Nem a citação por ora póde limitar-se só aos credores hypothecarios, que constarem da certidão passada pelo conservador, porque, em virtude da lei de 15 de junho de 1871, subsistem até 22 de março de 1873, independentemente de registo, todas as hypothecas existentes em 1 de abril de 1867, que de registo eram isentas.

Portanto, a citação edital de incertos, alem da citação pessoal aos credores constantes da certidão do conservador, em caso nenhum poderá dispensar-se, emquanto não findar o praso a que se refere a citada lei de 15 de junho de 1871.

Os credores privilegiados ou hypothecarios, que não podérem habilitar-se a tempo de entrarem no concurso de preferencias, não podem com tal fundamento fazer sustar a execução ou expurgação; e nem lhes compete o meio de protesto declarado no artigo 649.º e seguintes

da novissima reforma judicial, apesar de o ter julgado assim a relação de Lisboa em accordão de 14 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 25, 3.º anno.

O supremo tribunal de justiça julgou de outro modo, assentando em accordão de 4 de março de 1871, uma jurisprudencia, que nos parece a verdadeira. Diz o accordão. «Accordão os do conselho no supremo tribunal de justiça, que negam a revista, porque havendo o recorrente, pelo seu requerimento e termo, circumscripto o seu protesto ao admittido pelo artigo 649.º com os effeitos declarados nos artigos 650.º a 692.º da novissima reforma judiciaria, a sentença confirmada pelo accordão recorrido justamenta desattendeu tal protesto, porque a lei de 1 de julho de 1863, que decide a fórma especial do processo nas execuções hypothecarias como esta desde o artigo 172.º a 196.º, proscreve-o, determinando positiva e absolutamente no artigo 194.º—Decidido o concurso não será admittido outro de novo nem disputa, qualquer que seja, sobre o producto dos bens arrematados—com o que de certo derrogou os ditos artigos da lei anterior e geral do processo, incompativeis com o artigo 194.º, que fica transcripto.»

A jurisprudencia consignada no accordão do supremo tribunal de justiça é conforme ao regulamento de registo predial, que no artigo 223.º manda pagar immediatamente ao credor hypothecario pelo producto da arrematação, constando que não ha outra hypotheca registada sobre os bens arrematados, e provando-se que dos referidos bens nenhuns impostos se devem á fazenda nacional nos termos do artigo 887.º n.º 1.º

Ora tendo passado o disposto no artigo 194.º da lei hypothecaria para o artigo 228.º do regulamento, é claro que continua a vigorar a jurisprudencia, fixada n'aquelle accordão, e que ha de ser acatada pelos tribunaes, porque o supremo tribunal de justiça, sobre termos e formalidades do processo, decide definitivamente.

No caso do n.º 1.º do artigo 938.º, far-se-ha o pagamento a todos os credores, segundo a parte que pertencer a cada um, no cartorio do escrivão, lavrando-se nos autos termo da entrega, ou por mandado ou precatorio, quando haja precedido deposito, e o predio será julgado livre e expurgado das hypothecas, e se cancellarão os respectivos registos, artigo 238.º do regulamento.

O artigo 946.º do codigo, cuja disposição é textualmente reproduzida no artigo 250.º do regulamento, não permitte que o predio seja julgado livre senão depois de *realisado* o pagamento dos credores, que acudirem a juizo. Ora sendo indispensavel a certidão da sentença, que julgou o predio exonerado das hypothecas para o possuidor poder solicitar do conservador o cancellamento dos respectivos registos; nada mais absurdo do que tornar dependente a exoneração do predio, do pagamento aos credores, que nada têem com a *propriedade*, mas sim e unicamente com o seu *valor*; e isto aggravado com o inconveniente de poder ser muito demorado o juizo das preferencias com recursos, e annullações de processos nos tribunaes.

Nós entendemos que, feito o deposito e declarado bom, póde desde logo ser julgado livre e exonerado o predio, e fundâmos esta nossa opinião em outros artigos do regulamento, porque no meio de disposições contradictorias preferimos a melhor.

O regulamento diz muito expressamente no artigo 239.º que, promovendo-se a expurgação no caso do n.º 2.º do artigo 938.º, e não *chegando* o valor do predio para integral pagamento dos credores hypothecarios, depositado o sobredito valor, sobre elle serão exercidos



os direitos dos interessados, e o predio será julgado livre e expurgado das hypothecas sobre o mesmo inscriptas, seguindo-se *depois* os termos legaes do processo do concurso, mas em acto continuo, e sem dependencia de novas citações aos credores inscriptos.

N'este artigo pois, onde se regula especialmente uma das hypotheses de expurgação, é expresso o regulamento em não exigir o pagamento effectivo aos credores, que vierem a juizo, para ser julgado livre e exonerado o predio.

No processo de expurgação para o caso previsto no artigo 938.º n.º 3.º, é igualmente expresso no sentido da nossa opinião o artigo 244.º do regulamento, porque dispõe que, arrematado o predio, e *posto em deposito o producto da arrematação, sobre elle* exercerão os credores os seus direitos, precedendo ao levantamento do mesmo producto a graduação dos ditos credores, e despacho do juiz nos precisos termos do codigo civil, artigos 1012.º a 1025.º *inclusivè*, attendidos os direitos de preferencia, ou de rateio, mas em acto continuo e sem dependencia de novas citações aos credores inscriptos.

N'este caso do n.º 3.º do artigo 938.º é que o valor do predio só se entende fixado, conformando-se os credores com as declarações do possuidor, ou depois de ter ido á praça nos termos do artigos 941.º e seguintes.

Com relação ao caso previsto em o n.º 1.º do referido artigo 938.º, nenhuma duvida póde haver a respeito da opinião que deixâmos exposta.

Portanto, em nosso entender, ou realisado o pagamento, ou julgado bom o deposito, tanto com relação aos credores que vieram a juizo, como com relação aos que não vieram, deve julgar-se expurgado o predio, que nada tem com as disputas que possa haver sobre o seu producto.

Esta é a pratica seguida, pelo menos, na comarca de Lisboa.

Dizem alguns que o arrematante de um predio onerado com hypothecas, emquanto não expurgar o predio, fazendo cancellar, em virtude da sentença que o julgar livre e desembaraçado, os respectivos registos hypothecarios, não fica isento de novas penhoras, apesar de se achar depositado o preço da arrematação.

Tão desarrasoada é esta opinião que, para a rejeitar, basta enuncia-la. Desde que está consignado em deposito o preço da arrematação não póde fazer-se nova penhora no predio hypothecado, no intervallo que vae desde o facto da consignação em deposito até ao cancellamento do registo em virtude do transito em julgado da sentença, que julga livre e desembaraçado o predio, por dividas que não sejam do arrematante. O contrario seria consignar, como jurisprudencia legal, a expoliação do adquirente.

Se se fizer nova penhora por dividas do executado, ou de terceiro, póde o arrematante oppor-se, apesar de não vir definida esta especie, como caso de embargos no artigo 211.º do regulamento.

Em conformidade com a nossa opinião julgou a relação do Porto em accordão de 30 de agosto de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 39, e a relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1870, publicado no citado jornal do mesmo anno, n.º 14.

Em accordão de 25 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 185, julgou a relação de Lisboa, que a allegação da nullidade da escriptura de hypotheca deve ser deduzida por embargos do executado, nos termos do artigo 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Quando no processo da expropriação ou da expurgação hypothe-

caria não póde ser provada por documentos a identidade dos predios hypothecados, deve ser admittida a prova por testemunhas ou vistoria.

A necessidade de verificar a identidade do predio hypothecado é muito frequente, sobretudo nos casos de hypotheca de *parte* dos predios.

Verdade seja que, nos termos do regulamento de registo predial, corre com tal rapidez o processo, que mal se compadece com as suas disposições qualquer especie de disputa e de prova sobre a identidade dos bens expropriados.

Parece que o regulamento não previra a hypothese de poderem ser tratadas questões de facto nos processos de expropriação ou expurgação hypothecaria. A novissima reforma judicial, como se mostra dos artigos 641.º e seguintes, regula tambem o processo sobre preferencias, como se as questões relativas a este assumpto versassem unicamente sobre pontos de direito.

No entretanto, é nossa opinião que, tanto pelas disposições da novissima reforma judicial, como pelas do regulamento de registo predial, sempre que se levantar questão sobre a identidade dos predios, póde offerecer-se qualquer especie de prova para esclarecer a questão.

É certo tambem que, depois da execução da nova legislação hypothecaria, se debatem as preferencias com relação unicamente ao valor do predio hypothecado, sem ser necessario provar que o executado não tem outros bens. Julgou-o assim a relação do Porto em accordão de 11 de outubro de 1870, publicado no jornal *O Direito* n.º 40, 2.º anno; e é direito corrente.

Art. 940.º Consistindo a obrigação assegurada por hypotheca em prestações periodicas, não sendo d'aquellas que constituem onus real da propriedade, opera-se a expurgação pelo deposito de um capital correspondente a essas prestações, feito em moeda metallica, em fundos publicos, ou em acções de bancos legalmente constituidos.

§ 1.º O capital depositado reverte em proveito do depositante, ou de quem o representa, logoque fique extincta por qualquer modo a obrigação que motivou o deposito.

§ 2.º Emquanto dura o deposito, o credor recebe os juros ou dividendos dos titulos depositados, cuja escolha fica dependente da vontade do depositante, assegurando elle ao credor a integridade da prestação.

Supponhamos que Pedro é obrigado a pagar a Paulo uma pensão vitalicia de 30$000 réis por anno; expurga-se a hypotheca, consignando Pedro 1:000$000 réis nominal em titulos de divida publica de 3 por cento. Paulo recebe os juros dos titulos, e por sua morte reverte o capital e juros para Pedro ou seus herdeiros. A escolha dos titulos pertence ao devedor, comtantoque assegure o juro legal, ou de 5 por cento, isto é, o juro correspondente á importancia da pensão, poisque, depositando-se um capital correspondente á prestação, o juro do capital ha de corresponder necessariamente á importancia da prestação. O devedor deve *assegurar* em todo o tempo o juro legal ao credor: assim, na especie posta, se o juro dos titulos fosse reduzido a 2 por cento, era obrigado o devedor a reforçar o capital.



Se as prestações, a que o predio servir de hypotheca, forem onus reaes, como fóros, censos, etc., então não póde effectuar-se, nos termos do artigo 938.º, a sua expurgação, como no caso de hypotheca, porque os onus reaes em si não podem expurgar-se contra vontade do proprietario, visto constituirem parte do valor do predio.

Art. 941.º Qualquer dos interessados póde requerer, que o predio seja arrematado pelo maior preço que se obtiver sobre aquelle que o novo possuidor tiver dado por elle, ou em que o estimar, nos casos seguintes:

1.º Quando o novo possuidor não expurgar a hypotheca pelos meios por isso estabelecidos no artigo 938.º

2.º Quando, pretendendo o novo possuidor expurgar a hypotheca pelo modo estabelecido no n.º 3.º do artigo 938.º, a quantia por elle offerecida, para pagamento dos credores, for inferior ao computo dos creditos privilegiados, ou hypothecarios e dos onus registados anteriormente ás hypothecas, aos quaes o predio esteja sujeito.

(Vid. nota ao artigo 938.º)

Art. 942.º Quando, na hypothese do artigo antecedente, o valor, de que ahi se trata, não for coberto em praça, os direitos dos interessados serão exercidos sobre esse mesmo valor, salva a acção contra o devedor originario, pelo que ficar restando.

§ unico. Quanto á parte, de que não forem embolsados pelo producto da hypotheca, serão considerados como credores communs.

(Vid. artigos 945.º, 1014.º e 1016.º) O codigo estabelece n'este e em varios outros artigos o principio geral, de que os credores privilegiados e hypothecarios, que não poderem ser pagos pelo producto dos bens sujeitos ao credito privilegiado e hypothecario, serão considerados, quanto ao resto dos seus creditos, como credores communs, artigos 866.º, 1014.º e 1016.º

A doutrina é rasoavel, desde que é elemento constitutivo do privilegio e da hypotheca o principio da *especialidade*. As duvidas, que podem levantar-se a este respeito, versam unicamente sobre a extensão e alcance da significação que ha de dar-se ás palavras «*credores communs*», ou se trate de expurgações de hypothecas, ou da exigencia de creditos hypothecarios. O que se discute é — se os credores, pelo resto das quantias necessarias para integral embolso, comquanto deixem de ter preferencia em concurso com quaesquer outros creditos privilegiados, hypothecarios ou communs, podem no emtanto prescindir de nova acção, e seguir com a execução sobre quaesquer outros bens, não sujeitos á hypotheca, nem ao privilegio, até acabarem de se pagar, ou se tambem são obrigados a seguir os meios ordinarios de acção e execução para embolso da restante quantia.

O artigo 942.º estabelece a regra de processo, de que se o valor da propriedade expurganda não attingir em praça as quantias necessarias para cobrir os direitos dos interessados, ficam estes com *acção* contra

o devedor originario pelo resto da divida, doutrina fielmente reproduzida no artigo 220.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

Porém o regulamento de 28 de abril de 1870, empregando no artigo 242.º as palavras «salva *a continuação da execução* contra o devedor originario pelo que ficar restando», em vez das palavras «salva a acção contra o devedor originario pelo que ficar restando» que se liam no artigo correspondente do regulamento anterior, e que se acham consignadas no artigo 942.º do codigo, estabeleceu de um modo positivo e preciso jurisprudencia diversa n'esta materia.

Dizem alguns que o artigo 242.º do regulamento de 28 de abril de 1870, nas palavras supra transcriptas, se refere á hypothese de haver mais do que um predio hypothecado, e de não terem sido logo penhorados todos os bens, mas só alguns d'elles, de não chegar o producto dos penhorados para cobrir o credito hypothecario, e de ser necessario continuar a execução sobre os outros bens igualmente hypothecados, mas não á hypothese de terem sido executados todos os bens hypothecados, e de ser necessario proceder com relação aos bens *livres*.

É porém completamente inaceitavel similhante explicação em presença da citada disposição do regulamento, especialmente comparada com os artigos parallelos do codigo civil; e quanto mais que este argumento se refere unicamente á exigencia dos creditos hypothecarios, e não á expurgação das hypothecas, de que tratâmos n'este logar.

A redacção do regulamento é tão clara e terminante, que não deixa duvida alguma de que na expurgação das hypothecas o credor, não podendo embolsar-se de todo o seu credito pelo producto dos bens hypothecados, não carece de intentar acção ordinaria, e depois execução, para haver o resto.

Nem se diga que a doutrina do regulamento contraria a do codigo, e de que em caso de antinomia deve esta prevalecer, porque a palavra «*acção*» empregada no artigo, no seu sentido mais amplo, abrange tanto as acções propriamente ditas, como as execuções; e define-se, e assim era definida no artigo 2689.º do projecto primitivo: «o direito, que tem qualquer, de demandar em juizo o que lhe pertence, ou lhe é devido».

Portanto, o poder executivo, auctorisado e encarregado de fazer os regulamentos para a execução do codigo, podia interpretar, como interpretou, a palavra «acção» no sentido de «execução» não contrariando com essa interpretação os principios geraes de direito.

Com relação á expurgação das hypothecas, pois determina o regulamento que o credor, que não se embolsa integralmente do seu credito pelo producto dos bens hypothecados, continua com a sua execução contra outros quaesquer bens do originario devedor, com a differença de que pelo producto d'estes ha de ser pago do restante do seu credito em rateio com quaesquer outros credores communs, depois de pagos os creditos privilegiados e hypothecarios, que porventura houver. A preferencia do credito é relativa unica e exclusivamente aos bens hypothecados; e póde proseguir-se na execução contra outros bens do devedor pelo *mesmo* processo, mas não com o *mesmo* direito de preferencia.

Com relação porém á expurgação das hypothecas é que não póde admittir-se juridicamente a disposição do regulamento, comquanto ella seja expressamente applicada a esta hypothese sómente, e não á especie do processo para a exigencia dos creditos hypothecarios.

As palavras «*continuação da execução contra o devedor originario*», referidas á expurgação das hypothecas, não têem explicação possivel,



Na expurgação não ha execução contra o devedor. A execução tem logar entre o devedor e os credores; e a expurgação dá-se entre o novo adquirente e os credores hypothecarios inscriptos sobre o predio adquirido, que se pretende expurgar. Na expurgação não entra o devedor, nem ali é chamado, como se mostra do mesmo regulamento, artigo 237.º

Na arrematação pois, que tem por fim libertar o predio dos encargos hypothecarios pela expurgação, é inteiramente estranho o devedor, e só figuram os credores, como interessados em obter o integral pagamento dos seus creditos, e o novo adquirente, como interessado em expurgar os encargos e libertar o predio adquirido.

É pois indubitavel que a arrematação, para o effeito da expurgação das hypothecas, não tem analogia, e muito menos identidade com a execução judicial. Não póde haver execução hypothecaria sem a primeira citação ao executado, artigo 207.º do regulamento. Mas nas arrematações para a expurgação das hypothecas não é citado nem ouvido o devedor. Não ha, nem póde haver, execução hypothecaria, em que não se facultem embargos ao devedor, nos termos do artigo 211.º do mesmo regulamento; e nas arrematações para expurgação de hypothecas nem ha, nem póde haver embargos, porque não ha executado, mas simplesmente expurgante.

N'uma palavra, a execução nunca póde ter logar, senão a requerimento de algum credor; e a expurgação póde ter logar contra a vontade de todos os credores, e a requerimento só do adquirente.

Portanto, se não ha execução sem citação do executado, e se nos casos de expurgação, a que o artigo 242.º do regulamento é applicavel, não começou ainda a execução, como ha de continuar o que ainda não teve principio?

É preciso pois pôr de parte a referida disposição do artigo 242.º do regulamento, como contraria a todos os principios de direito, e á propria natureza das cousas, que o governo não tinha o direito de contrariar nos regulamentos.

Assim os credores que pelo processo de expurgação de hypothecas não forem integralmente pagos dos seus creditos, hão de recorrer á acção ordinaria, e fazer condemnar o devedor no pagamento do resto, visto não ter sido citado nem ouvido no processo da expurgação.

O preceito do artigo 242.º só póde ter applicação á expurgação das hypothecas, quando for ouvido o devedor no respectivo processo.

Mas esta jurisprudencia do artigo 242.º do regulamento, que é em regra incompativel com o processo de expurgação das hypothecas, poderá ter logar no processo de exigencia dos creditos hypothecarios?

O credor que demandou o possuidor da hypotheca para pagamento do seu credito, e que não pôde ser pago integralmente pelo producto dos bens hypothecados, poderá continuar com o mesmo processo de execução contra o originario devedor pelo resto do seu credito, prescindindo da acção ordinaria?

Opinâmos abertamente pela affirmativa. É muito importante o argumento de analogia derivado do que o regulamento dispõe com relação á alienação e expurgação das hypothecas legaes e convencionaes, e por isso applicâmos esse preceito ao processo de exigencia dos creditos hypothecarios.

Argumentos porém de maior valia vem em reforço da nossa opinião.

O artigo 206.º do regulamento de 28 de abril de 1870 determina, como já determinava o regulamento anterior, que os titulos constitutivos da hypotheca, acompanhados do competente certificado do registo, *têem força de sentença e execução apparelhada.*

Ora, como ha de instaurar-se uma acção, e promover-se sentença sobre objecto que tem já por si força de sentença?

Pois não ha de ter o titulo constitutivo da hypotheca registada a mesma força que o auto de conciliação, desde que o regulamento determina e qualifica a sua importancia com as mesmas palavras com que a novissima reforma judicial determina no artigo 219.º o valor do auto de conciliação? De certo. E ninguem dirá que o credor hypothecario, ou mesmo o não hypothecario, que tem o titulo do seu credito em auto de conciliação, não possa promover o seu embolso por bens não hypothecados, independentemente da acção ordinaria, recorrendo desde logo ao processo de execução.

Note-se, que o titulo XIII do regulamento, sob o qual figura em primeiro logar o citado artigo 206.º, não se inscreve — do processo para a expropriação dos predios ou direitos prediaes hypothecados —, como já se tem dito; mas sim — *do processo para a exigencia dos creditos hypothecarios.*

Portanto a exigencia judicial dos creditos hypothecarios ha de fazer-se nos termos prescriptos n'aquelle titulo do regulamento.

Entendem alguns que o processo do regulamento é applicavel unicamente á expropriação dos bens hypothecados, e não á dos bens communs, porque sobre estes não ha preferencia, sem se lembrarem de que, pelo facto de o exequente não ter *preferencia* hypothecaria em concurso contra outros credores sobre os bens não hypothecados, não se segue que não gose tambem do processo especial marcado no regulamento, quando a execução recáe sobre predios não hypothecados.

Pelo contrario, desde que o artigo 206.º § 1.º dá a força de sentença e execução apparelhada aos titulos *constitutivos* da hypotheca, acompanhados da competente certificado do registo, seria repugnante e inadmissivel, que o titulo provasse, como carta de sentença, a *certeza* do credito para este se cobrar pelos bens da hypotheca, e não para se cobrar por outros bens do mesmo devedor, excutidos aquelles.

Seria o *simul esse et non esse.*

Póde porventura admittir-se que um titulo, tão incontroverso como uma sentença, seja idoneo para se executarem certos bens, e não importe a certeza do credito exequendo para se executarem outros bens, de modo que seja necessario, n'este caso, discutir ainda esse titulo n'uma acção ordinaria, e auctorisa-lo com uma sentença?

O codigo, regulando a expurgação das hypothecas, falla da *acção* do credor contra o devedor originario pelo que ficar restando depois de expropriada a hypotheca; e não emprega a mesma nem differente linguagem com relação ao processo para a exigencia dos creditos hypothecarios, porque é completamente omisso sobre este assumpto, que só no regulamento foi prevenido.

Conseguintemente, por força do disposto no artigo 206.º § 1.º do regulamento, no processo de exigencia de creditos hypothecarios, em que o exequente não tenha obtido o pagamento integral do seu credito pelos bens onerados, póde continuar com a mesma execução, sem dependencia de acção ordinaria, sobre outros bens do devedor, como poderia se o titulo constitutivo da hypotheca fosse um auto de conciliação.

Praticamente mesmo a opinião contraria é repugnante ás mais triviaes formalidades do processo. Ora supponhamos que o credor hypothecario demandava o possuidor do predio pelo seu credito de réis 3:000$000, e que pelo producto dos bens hypothecados se pagava até á quantia de 2:600$000 réis, apurando-se por despacho do juiz, com



transito em julgado, que ainda faltavam 400$000 réis para pagamento integral. Como havia de formular-se o libello, pedindo os 400$000 réis? Havia de pedir-se a condemnação do devedor no pagamento dos 400$000 réis, quando a obrigação de os pagar estava já decretada por decisão judicial? Parece que lhe obstava a excepção *rei judicatæ.*

Conseguintemente julgámos incontroverso, ou se argumente *á priori*, ou *á posteriori*, que o credor hypothecario, que não é pago integralmente do seu credito pelo producto dos bens hypothecados, póde seguir o meio da execução contra o originario devedor, ou o processo seja de expurgação de hypotheca, ou de exigencia de creditos hypothecarios.

Alguns ainda deduzem argumento, contra a nossa opinião, do facto de ser permittido ao exequente nos termos do artigo 901.º o exigir reforço de hypotheca, e de a não ter exigido; e dizem que, n'este caso, não tem de que queixar-se, sendo obrigado a convolar para a acção ordinaria para haver o pagamento do resto do seu credito por outros bens do devedor; porque podia ter exigido o reforço da hypotheca.

Porém o preceito do artigo 941.º o que significa é que, se o credor hypothecario não exigiu reforço de hypotheca, não tem *preferencia* sobre os outros bens do devedor, como sobre os bens hypothecados, para assegurar o pagamento do seu credito, mas não que não gose do processo especial marcado no regulamento para a exigencia dos *creditos hypothecarios;* porque a questão do processo é inteiramente áparte da questão de *preferencias.* Toda a confusão dos que combatem o nosso parecer provém de suppormem, que a *fórma* de processo é uma questão de *preferencia;* e por isso entendem que é preciso recorrer aos meios ordinarios para haver as quantias em desembolso, depois de excutidos os bens hypothecados.

As decisões dos tribunaes sobre esta especie são encontradas.

A relação do Porto decidiu contra a jurisprudencia, que deixámos consignada, como se vê do accordão, com data de 5 de julho de 1870, publicado no tomo II, pag. 52 do *Boletim de revista critica de jurisprudencia geral e legislação,* que diz assim:

«Tratando-se da exigencia de um credito hypothecario, registado, pelo processo ordenado no titulo 8.º da carta de lei de 1 de julho de 1863, e successivos regulamentos; e expropriada pela execução a hypotheca especial, consignada no titulo constitutivo; não podia o credor pelo mesmo meio especialissimo proseguir na execução em bens não hypothecados, vistoque, n'este caso, não é mais do que um credor commum, como o consideram os artigos 945.º e 1046.º do codigo civil; e postoque tenha incontestavel direito ao integral pagamento do seu credito, não tendo elle exigido o reforço da hypotheca, como lhe era facultado pelo artigo 901.º do citado codigo, quando a julgasse insufficiente, exigencia de que o devedor se não podia eximir, sem dar ao credor o direito de pedir o inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida, a mais ninguem deve attribuir senão a si, a posição em que se collocou de credor commum, que lhe dá sómente o direito de exigir o resto do credito pelos meios ordinarios, e nunca por este, porque o processo marcharia sem base, ou sentença exequenda.

«E pouco importa o tumultuario andamento, que se deu ao processo, depois do levantamento do producto da hypotheca em hasta publica, consignado em deposito operado em virtude da petição de fl., que mal se pretendeu remediar com a impugnação de fl., porquanto sendo a lei do processo de interesse e ordem publica, os actos praticados contra ella envolvem nullidade, que não póde sanar-se, ainda-

que haja consentimento dos interessados, como determina o artigo 10.º § unico do codigo civil.»

A jurisprudencia d'este accordão parece-nos contraria não só ao regulamento, emquanto decide que o credor hypothecario, pelo facto de não ter a *preferencia* nos bens não hypothecados, não gosa com relação a elles do processo especial de expropriação; mas tambem ao codigo emquanto applica o preceito do artigo 10.º á materia do processo, quando elle é applicavel ao direito civil unicamente, como dissemos em a nota respectiva: continuando a reger, quanto ao processo, as disposições da ordenação, livro III, titulo LXIII, e da novissima reforma judicial, artigo 510.º

A relação de Lisboa seguiu outra jurisprudencia, como se mostra do seguinte accordão:

«Accordão em conferencia, que não foi aggravado o aggravante no despacho recorrido, vistoque n'elle se observou a parte final do artigo 242.º do regulamento do registo predial de 28 de abril d'este anno, que permitte, depois de expurgada a hypotheca, continuar a execução contra o devedor originario pelo que ficar restando, sendo comtudo os credores considerados, com relação a esse saldo, como credores communs, o que é mais justo para todos: negam, pois, provimento ao presente aggravo. = *Magalhães Mexia* = *A. T. Paredes* = *Ferreira Lima*».

Esgotados porém os bens *especialmente* hypothecados, a nomeação de outros bens, livres, para pelo seu producto se pagar o resto da divida, pertence ao executado, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 25 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 185.

Diz este accordão:

«Revogam porém a mesma sentença emquanto o juiz *a quo* não deferiu ao levantamento das penhoras effeituadas em bens que não estavam hypothecados especialmente, exercendo assim o appellado o direito de nomeação, alem e contra o que determina a lei, em vista das disposições do artigo 230.º do predito regulamento (de 28 de abril de 1870) e artigo 629.º da novissima reforma judicial».

Tambem alguns sustentam que o credor hypothecario póde prescindir do processo excepcional marcado no artigo 206.º e seguintes do regulamento para a exigencia dos creditos hypothecarios, e recorrer ao meio ordinario ou summario, segundo o valor da causa. Sendo porém de direito publico a ordem do processo, que não póde ser alterada por convenção das partes, entendemos que, juntos os documentos constitutivos da hypotheca e o certificado do registo, nenhum outro processo é competente senão o marcado no artigo 206.º e seguintes do citado regulamento.

Para a exigencia dos juros anteriores ao ultimo anno e ao corrente, que não estiverem registados como credito distincto, é que o credor ha de usar da acção ordinaria ou summaria, segundo o valor da causa, em conformidade dos artigos 246.º, 248.º, 253.º, 303.º e 327.º da novissima reforma judiciaria.

E qual é o documento que serve de base para o concurso de preferencias aos senhores de creditos privilegiados no processo de expropriação de predios sujeitos a esses creditos?

Os titulos dos creditos privilegiados, comprehendidos em o n.º 1.º do artigo 887.º, são os respectivos conhecimentos da contribuição, que têem força de sentença e de execução apparelhada; e os credores privilegiados, nos termos dos n.ºs 2.º e 3.º do mesmo artigo, têem a base para o concurso de preferencias na sentença que julgar as despezas



feitas no predio, e a sua importancia, com relação aos ultimos tres annos, e que fixar a importancia das custas feitas no interesse commum dos credores com relação ao predio, a que foram applicadas. Não podem porém os credores privilegiados instaurar elles mesmos o processo de expropriação hypothecaria sem registarem os seus creditos.

O processo do concurso de preferencias deve ser tratado no juizo e autos da execução, em que se adjudicarem ou arrematarem os bens, sobre cujo producto ellas versarem, como determina o artigo 641.º da novissima reforma judicial, vista a disposição do artigo 230.º do regulamento, que manda applicar ao processo da expropriação para a exigencia dos creditos hypothecarios as disposições geraes sobre as execuções e expropriações particulares; e assim o decidiu a relação do Porto em accordão de 20 de janeiro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 9, 3.º anno.

Art. 943.º Aindaque o credor, que requereu a arrematação do predio, venha depois a desistir d'ella, não deixará por isso a mesma arrematação de progredir nos seus termos regulares, quando algum dos outros credores se opponha á desistencia.

(Vid. nota ao artigo 938.º)

Art. 944.º O direito dos credores, que, tendo sido citados, não vierem a juizo, será julgado á revelia, pondo-se em deposito a somma que lhes tocar em virtude da sentença.

(Vid. nota ao artigo 939.º)

Art. 945.º Quando, porém, a referida somma, não for bastante para completo pagamento do capital e juros, devidos aos ditos credores, estes conservarão sempre, como credores communs, relativamente á importancia não paga, todos os seus direitos contra o devedor.

(Vid. nota ao artigo 942.º)

Art. 946.º Realisado que seja o pagamento dos credores que tiverem acudido a juizo, e feito o deposito com relação aos que deixaram de comparecer, será o predio julgado livre e desonerado de hypothecas, e se cancellarão os respectivos registos.

Art. 947.º A sentença, porém, nunca será proferida, sem que se mostre, que foram citados todos os credores constantes da certidão passada pelo conservador.

(Vid. nota ao artigo 939.º)

Art. 948.º O credor que, tendo o seu credito registado, por qualquer motivo não tiver sido incluido na certidão passada pelo conservador, ou sendo incluido, não for citado, não perderá os seus direitos como credor hypothecario, seja qual for a sentença proferida em relação aos outros credores.

O terceiro possuidor fica n'este caso sujeito a ser-lhe expropriada de novo a hypotheca na sua mão pelo credor, que não foi citado, devendo imputar a si a negligencia de não requerer a citação, se elle vinha incluido na certidão passada pelo conservador, e dirigindo-se contra este por perdas e damnos, se na certidão foi omittido o nome d'esse credor.

Mas ha de o arrematante pagar de novo o predio, satisfazendo aos credores inscriptos, que ou não foram incluidos na certidão do conservador, ou não foram citados, ou hão de os credores citados, que levantaram o deposito, repo-lo outra vez para se instaurar novo concurso de preferencias?

Que o credor inscripto, que deixou de ser incluido na certidão do conservador, ou de ser citado, não perde o seu direito, é evidente, porque assim o determina muito positivamente o artigo; mas n'este caso quem ha de perder o arrematante, ou os credores, que levantaram o preço do predio hypothecado?

Dizem alguns, que os credores hypothecarios, que levantaram o producto dos bens, são obrigados a repor as sommas, que receberam, não só por que seria iniquo que perdesse o comprador que veiu depositar, na idéa de que depositava o preço do predio, mas porque deve reputar-se sem effeito a exoneração do predio, porque não fica *livre e desonerado*, emquanto os credores hypothecarios não *perderem* o seu direito sobre elle: e que portanto devem voltar as cousas ao antigo estado.

Que ou os credores hypothecarios, que levantarem o dinheiro, ou o arrematante hão de perder, é evidente, porque o credor do direito inscripto, que não foi incluido na certidão da conservatoria, ou não foi citado, conserva o seu direito, como expressamente determina o artigo. Segundo o nosso parecer, quem perde é o arrematante. Em primeiro logar, depois de decidido o concurso nenhum outro é admittido de novo, nem outra qualquer questão sobre o producto dos bens arrematados, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 228.º E em segundo logar ao adquirente, e não aos credores hypothecarios, é que cumpria verificar com toda a solicitude os encargos que pesavam sobre o predio.

O adquirente responde pelo credito hypothecario inscripto, cujo sujeito porém não foi citado, como responderia por qualquer onus real, fôro, servidão, etc., que depois apparecesse sobre o predio, e que não fosse conhecido na conservatoria, por estar ainda dispensado do registo durante o praso, que para este effeito foi prorogado.

Esta mesma doutrina se infere da redacção do artigo.

O arrematante porém tem acção regressiva contra o devedor ou executado para o indemnisar de perdas e damnos.

A falta do registo da hypotheca aproveita ao credor de direito inscripto posteriormente, e ao terceiro possuidor do predio hypothecado, mas não livra o originario devedor, emquanto possuir o predio, de n'elle se lhe fazer a execução, de preferencia a outros bens, e apenas o salva de ser demandado pelo processo especial, estabelecido para a expropriação das hypothecas registadas, como claramente dispunha o projecto primitivo no artigo 1072.º

O codigo, que regula o processo da expurgação das hypothecas, não contém um unico preceito com relação á exigencia dos creditos hypothecarios, como já notámos.

Julgâmos que, por analogia, em virtude do disposto no artigo 16.º, devem applicar-se, á exigencia dos creditos hypothecarios, em tudo quanto forem applicaveis, as disposições relativas á expurgação e *vice versa*.



## SUB-SECÇÃO VII

### DO REGISTO

### DIVISÃO I

#### DO REGISTO EM GERAL

Art. 949.º Estão sujeitos ao registo:

1.º As hypothecas;

2.º Os onus reaes;

3.º As acções reaes sobre designados bens immobiliarios, e quaesquer outras que se dirigem a haver o dominio ou a posse d'elles; as acções sobre nullidade do registo ou do seu cancellamento; e as sentenças proferidas e passadas em julgado sobre qualquer d'estas acções;

4.º As transmissões de propriedade immovel, por titulo gratuito ou oneroso;

5.º A posse nos termos do artigo 524.º;

6.º A penhora em bens immobiliarios.

§ 1.º Póde tambem ter logar o registo do dominio, sendo requerido pelo proprietario.

§ 2.º Só se reputam onus reaes para os effeitos do n.º 2.º d'este artigo:

1.º A servidão e o compascuo;

2.º O uso, a habitação e o usufructo;

3.º A emphyteuse e a subemphyteuse;

4.º O censo e o quinhão;

5.º O dote;

6.º O arrendamento por mais de um anno, havendo adiantamento da renda, e por mais de quatro não o havendo;

7.º A consignação de rendimentos para pagamentos de quantia determinada ou por determinado numero de annos.

(Vid. artigos 951.º, 966.º a 968.º, 972.º e 973.º) O registo ou a publicidade dos direitos e encargos, que modificam ou oneram os bens immobiliarios, e o conhecimento do seu verdadeiro e actual possuidor, era um melhoramento desde ha muito reclamado para o aperfeiçoamento da legislação civil, e para certeza e garantia do direito de propriedade; melhoramento que até certo ponto alcançámos com a lei de 1 de julho de 1863, cujas disposições passaram para o codigo civil na sua quasi totalidade.

A compra das propriedades, sem o registo do dominio e dos respectivos encargos, dava logar a que o comprador pagasse o preço do predio ao vendedor, que não era dono, ou achasse a propriedade onerada com hypotheca ou onus real, cujo encargo lhe tivesse sido occultado, e ás vezes em boa fé, pelo vendedor. Pelo systema do registo, fundado na publicidade e na especialidade, todos estes inconvenientes desapparecem. O comprador ou o credor hypothecario, munido de uma

certidão da conservatoria, conhece o estado juridico da propriedade, e tem a certeza de quaes são os direitos e encargos inherentes ao predio que lhe podem aproveitar, ou prejudicar o seu direito. Quaesquer outros direitos e encargos annexos á propriedade sujeitos a registo, e que não constem do registo, obrigam as proprias partes ou seus representantes; mas para com terceiros são como se não existissem.

Um simples exemplo esclarece completamente o assumpto. Se Pedro compra a Paulo uma propriedade, e se descuida em levar ao registo a transmissão, póde no entretanto exigir de Paulo, á vista do titulo de venda, a entrega da propriedade, sempre em conformidade do disposto no artigo 954.º O mesmo podem fazer os herdeiros do comprador com relação aos do vendedor. Para as proprias partes ou seus representantes em regra o registo não tem importancia alguma; é completamente desnecessario.

Supponhamos porém, na hypothese acima figurada, que Paulo, antes de Pedro registar a transmissão, vende a propriedade segunda vez a Sancho, e este regista a sua transmissão antes de Pedro: prevalece a segunda venda, primeiro registada, á venda primeiro feita sem registo, ou com registo posterior, artigo 1580.º

A rasão é porque, comquanto Paulo deva considerar a Pedro como verdadeiro dono da propriedade depois da venda, e possa ser demandado por este para o indemnisar, todavia para Sancho, ou para outro qualquer que não figurou no contrato, o verdadeiro dono é Paulo, emquanto não se fizer *publica por meio do registo* a transmissão para Pedro.

Para com terceiros pois os titulos sujeitos ao registo só produzem effeitos desde que são effectivamente registados, artigo 951.º Antes do registo são para terceiros como se não existissem.

O codigo repete muitas vezes, desnecessariamente, que os effeitos do registo são só com relação a terceiros, como nos artigos 875.º, 1459.º § unico, 1472.º, 1549.º, 1580.º, 1591.º, 1621.º, 1622.º, 1646.º, 1655.º, 1670.º, 1722.º, etc.

Para terceiros não basta *ter existido* o acto juridico. É necessario que se dê noticia *publica* d'essa existencia por meio do registo.

Por *terceiro* entende-se aquelle que não interveiu nos contratos, ou que, intervindo, nada outorgou. Assim as testemunhas e o tabellião, cuja intervenção é meramente para justificar o acto, consideram-se, como terceiros. Os herdeiros das partes não são considerados, como terceiros: se não intervieram por si, ou por procurador, são representantes dos que outorgaram, e é axioma legal que quem contrata, contrata para si e para seus herdeiros.

Em a nota ao artigo 483.º dissemos nós, que o homem nunca morre quanto aos seus direitos e obrigações, que não sejam personalissimos, e que debaixo d'este ponto de vista não ha momento algum de interrupção entre o auctor da herança e o seu herdeiro.

Estar *sujeito a registo* significa que o acto juridico não produz effeitos contra terceiro, senão depois do registo. O interessado pois não é verdadeiramente *coagido* pela lei a registar. É o seu interesse que deve leva-lo a fazer o registo para poder invocar em juizo o seu titulo contra terceiro.

Por isso a nossa legislação não fixa o praso, dentro do qual devam ser inscriptos os direitos para produzirem effeito contra terceiros.

Ao interessado é que cumpre tomar todas as medidas necessarias para que o seu direito não seja illudido.

Quem se descuidar a si impute a sua negligencia. O que deixa de inscrever o contrato anterior, dando logar a inscrever-se primeiro o



celebrado posteriormente, não póde queixar-se senão de si; a lei presume que o sujeito negligente renuncia ao seu direito em concorrencia com terceiro, que não deve ser prejudicado pela incuria alheia, perdendo a cousa adquirida, ou soffrendo a diminuição do seu valor por encargos reaes, que elle não pôde conhecer opportunamente.

N'estes principios se funda o artigo do nosso regulamento, que determina que inscripto na conservatoria qualquer titulo translativo de dominio, não possa inscrever-se outro sobre o mesmo predio, sem que a transmissão provenha do sujeito do direito anteriormente inscripto.

Houve já quem sustentasse que a inscripção dos direitos e encargos prediaes não devia limitar-se a terceiros, mas que devia abranger os proprios contrahentes, a fim de que o registo se tornasse o verdadeiro arrolamento da propriedade immobiliaria, e servisse para auxiliar a administração nos seus trabalhos estatisticos.

Porém nos povos, aonde mais attenção se deu ao registo, não se se impoz pena alguma pela falta do registo dos actos juridicos, quando a questão era entre as proprias partes.

Podem os registos da propriedade e dos encargos reaes auxiliar os trabalhos de administração; mas isto deve entender-se sem prejuizo dos principios da justiça, e sem alterar a natureza dos registos, distrahindo-os do seu verdadeiro objecto, que é melhorar as condições da propriedade, assegurar o credito territorial, e pôr cobro a contratos fraudulentos.

A nossa legislação porém resente-se bastante da opinião que não quer limitados os effeitos do registo unicamente a terceiros. N'esta parte a lei hypothecaria estava ainda mais afastada dos bons principios do que o codigo.

O codigo já fez profunda alteração na lei hypothecaria, artigo 153.º, e felizmente em harmonia com os bons principios de direito hypothecario; permittindo, o que aliás não permittia a referida lei, que os titulos e direitos, sujeitos a registo, possam ser invocados em juizo, independentemente de registo, entre as proprias partes ou seus herdeiros.

A lei hypothecaria nem ás proprias partes permittia invocar *em juizo* titulos ou direitos, sujeitos a registo, sem estarem registados.

O codigo porém não pôde manumittir-se completamente d'aquelle prejuizo; e mais longe foi ainda o regulamento. O codigo nem entre as proprias partes permitte a entrega e posse judicial de bens immobiliarios sem que se tenha feito o registo do acto juridico, em que o requerimento se funda, artigo 954.º E o regulamento, artigo 151.º, n.º 1.º, nem entre as proprias partes permitte a continuação das acções sujeitas a registo, depois de findos os articulados, sem se effectuar o registo; assim como sem registo não permitte, nem entre as proprias partes, o processo para a expropriação dos predios hypothecados, marcado no artigo 206.º

Nos termos do artigo 951.º § unico é dispensada de registo a transmissão de propriedade immovel, quando esta for indeterminada.

O codigo porém em caso nenhum devia dispensar do registo a transmissão de bens indeterminados, pelo simples facto de ser indeterminada a propriedade, sempre que a transmissão se referisse a bens presentes, que podessem ser determinados. A provisão do § unico do citado artigo 951.º é talvez a maior imperfeição do nosso direito sobre registo.

O regulamento, no artigo 150.º, ampliando, por outro lado, a doutrina do codigo, dispõe que os direitos prediaes ou hypothecarios, sujeitos a registo, produzem effeitos para com terceiros, mesmo antes de registados, se esses terceiros *expressamente* os reconheceram.

Parece-nos conforme aos bons principios esta ampliação, porque os terceiros, depois de terem reconhecido os direitos, podem considerar-se partes, e não terceiros, com relação aos sujeitos d'esses direitos.

É porém indispensavel que o reconhecimento expresso tenha sido feito em documento legal para a constituição d'esse direito. Assim, não tem effeitos alguns o reconhecimento expresso de uma hypotheca, que não é feito em escriptura ou auto publico, se o seu valor excede 50$000 réis, artigo 912.º

Sem o registo tambem a hypotheca não é causa de preferencia, vistos os expressos termos dos artigos 1006.º e 1018.º do codigo. Então quaes são os effeitos contra terceiros do reconhecimento do direito hypothecario, que é equiparado ao registo? Os effeitos do reconhecimento não podem ser outros senão acompanhar o encargo o predio em poder d'esse terceiro, como o acompanharia se o predio continuasse em poder do possuidor, e o encargo não tivesse sido registado.

Na falta de registo não perde o credor o direito hypothecario contra o devedor, mas só póde exercel-o nos termos do processo ordinario, e sem preferencia com relação a terceiros.

Os unicos effeitos da hypotheca constituida ou reconhecida, e não registada, são em nosso entender os de recair a expropriação na execução judicial pelo credito, primariamente nos predios hypothecados, sem que o executado ou devedor tenha a liberdade de nomear bens á execução emquanto não estiverem excutidos os bens hypothecados.

Nos termos do codigo, artigo 966.º e outros, e do regulamento de 28 de abril de 1870, artigos 85.º e 86.º, o registo é definitivo ou provisorio, e ambos são lançados nos mesmos livros segundo a prioridade da apresentação dos titulos respectivos; e tanto o registo definitivo, como o provisorio, se compõe da descripção do predio ou predios que affectam, e da inscripção do direito ou direitos que sobre elles recáem; e serão feitos á vista dos titulos e declarações complementares.

Ha pois duas especies de registo — o registo provisorio e o registo definitivo, recaindo porém sobre os mesmos factos, artigos 966.º e 967.º, com a differença de que o registo provisorio tem logar tambem quando o conservador recusa o registo definitivo, e com a especialidade, quanto ao registo provisorio, de ser *obrigatorio*, para os dotes, hypothecas dotaes e de alfinetes no casamento de menores, e para as acções, artigos 967.º e 968.º

Distingue-se ainda o registo provisorio do definitivo em que os seus effeitos não são permanentes, precisando de renovação, ou de conversão em definitivo, artigos 970.º a 977.º

O registo provisorio tem por fim principal dar conhecimento dos direitos já existentes, mas ainda não perfeitos, e fazer constar a existencia de direitos eventuaes, que carecem de facto posterior para se completarem ou confirmarem.

O registo provisorio é meio indispensavel de acautelar as fraudes que o proprietario poderia fazer, contratando com mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Por exemplo, na hypotheca o capitalista que, contratado o emprestimo, mas antes de o realisar, obriga o mutuario a fazer o registo provisorio do emprestimo, e a apresentar-lhe o certificado d'este registo com a declaração de todos os direitos previamente inscriptos, fica conhecendo o estado do predio; e, se não pesa sobre a propriedade alguma inscripção anterior, já não póde ser prejudicado o mutuante, porque o registo provisorio, depois de convertido em definitivo, conserva o mesmo numero de ordem e a mesma prioridade, citado artigo 977.º



O registo provisorio, quanto ao modo por que deve ser feito, está subordinado ás condições do registo definitivo, artigo 972.º; e, convertido em definitivo, conserva o numero de ordem, que tinha como provisorio, artigo 973.º

A palavra «*obrigatorio*» no artigo 968.º não tem a mesma significação que as palavras «*estar sujeito*» usadas no artigo 949.º

*Estar sujeito* a registo, nos termos d'este artigo, significa a necessidade do registo, não para a validade do acto, mas para produzir effeito contra terceiros.

Ser *obrigatorio* o registo, nos termos do artigo 968.º, significa que nem a acção póde progredir, nem o casamento da menor ter logar, sem se effectuar o registo.

As *acções* a que se refere o n.º 4.º do artigo 967.º do codigo e artigo 97.º do regulamento, sobre que recáe o registo provisorio, são só as acções reaes sobre designados bens immobiliarios, e quaesquer outras que se dirijam a haver o dominio ou a posse d'elles, e as acções sobre nullidade do registo ou do seu cancellamento, nos termos do n.º 3.º d'este artigo.

O codigo pois obriga a registo quasi todas as transmissões, alterações e modificações *juridicas* que soffrem os predios, para os terceiros não serem illudidos nas suas convenções.

Nos termos do artigo 149.º do regulamento, o registo definitivo de qualquer direito predial a favor de uma pessoa constitue presumpção juridica de que o mesmo direito lhe pertence, emquanto não for cancellado o registo por virtude de sentença proferida em acção intentada para esse effeito, ou não houver legitima transmissão do direito registado.

Para os moveis não ha registo, porque para esses o verdadeiro titulo é, por assim dizer, a posse.

O codigo sujeita a registo, não só os encargos hypothecarios, mas os onus reaes que podem gravar os predios, e fazer diminuir o valor da propriedade, porque o sujeito d'estes direitos tem participação no dominio do predio, cujo valor portanto ha de dividir-se entre elle e o proprietario.

O meio de evitar que o proprietario de má fé aliene, como livre, uma propriedade, onerada com estes encargos, é sujeita-los a registo, de modo que o adquirente possa verificar quaes são os encargos, que limitam a liberdade do dominio e a completa propriedade da cousa.

1.º, etc. (Vid. artigos 1000.º, 1001.º, 1004.º, 1019.º e 1020.º) O primeiro encargo sujeito ao registo são as hypothecas, encargos realmente os mais valiosos, e que entre nós eram já sujeitos a registo desde 1837. Foi creado e estabelecido o registo das hypothecas pelos decretos de 26 de outubro de 1836 e de 3 de janeiro de 1837. O registo porém, creado por estes decretos, era ainda muito imperfeito em relação ao estado actual. Basta para isso notar que não se reconhecia o registo provisorio, que pela legislação vigente precede o contrato, e não se admittia em todo o seu rigor o principio fundamental em materia de registo — de que a *preferencia* dos direitos se regula pela *prioridade* da inscripção — poisque se retrotrahia o privilegio hypothecario até á data da constituição da hypotheca, verificando-se o registo dentro dos trinta dias immediatos, contra quaesquer registos que n'este intervallo se verificassem por hypothecas constituidas posteriormente.

D'este modo o credor que contratava na persuasão, pela certidão do registo, de que o seu direito não era prejudicado, poderia ficar completamente logrado na sua esperança.

Pelo codigo, não só a prioridade da inscripção determina a preferencia do direito, mas a faculdade do registo provisorio obsta a qualquer engano, que o devedor quizesse fazer ao credor com encargos hypothecarios, onus reaes, transmissões ou quaesquer outros encargos anteriores.

O mais difficil no ponto, de cujo exame nos occupâmos agora, é a intelligencia dos artigos do codigo e de outras provisões legislativas, que estabeleceram as providencias transitorias necessarias para serem inscriptas nos livros das conservatorias as hypothecas reconhecidas na legislação anterior.

Pelo decreto de 26 de outubro de 1836 havia hypothecas com preferencia, independentemente de registo, artigo 2.º § 1.º; e outras cuja preferencia carecia de registo, artigo 2.º § 2.º, e artigos 4.º, 7.º e 8.º, e n'este caso devia renovar-se o registo no ultimo anno de cada decennio, para os seus effeitos continuarem a contar-se desde a sua data, artigo 5.º

Convem a este respeito observar que, não sendo renovado o registo no decennio, ainda que as pessoas, a quem prejudicava a falta de registo, gosassem do beneficio da restituição *in integrum*, se o não implóraram antes da promulgação do codigo civil, já não podiam implora-lo depois, vistas as disposições do codigo que acabou com a restituição *in integrum*; e assim julgou a relação de Ponta Delgada em accordão de 1 de fevereiro de 1870, segundo consta da *Gazeta dos tribunaes* n.º 4356.

A nova lei devia marcar um praso: 1.º, para serem transferidos os registos de hypothecas, effectivamente registadas nos antigos livros, para os da conservatoria; 2.º, para serem inscriptas nos livros novos as hypothecas que pela lei anterior eram dispensadas de registo, e que foram sujeitas a elle pela lei posterior; e, alem d'isso, declarar se as hypothecas constituidas por vontade das partes ou pela lei, e não registadas antes da execução da nova lei, mas sujeitas a registo, tanto por esta, como pela anterior, poderiam ser admittidas a registo nos livros novos em face do titulo, pelo qual eram admissiveis a registo nos antigos.

Eram indispensaveis estas providencias transitorias, porque havia nos termos da lei antiga; 1.º, hypothecas registadas, cujo registo devia passar para os novos livros; 2.º, hypothecas com preferencia independentemente de registo, que deviam ser registadas nos livros das conservatorias, vistoque a nova lei acabára com as hypothecas tacitas; 3.º, hypothecas constituidas durante o dominio da lei anterior, e por ella sujeitas a registo, que ainda não estavam registadas ao tempo da promulgação da lei posterior, e que deviam ser registadas nos livros novos.

A lei de 1 de julho de 1863 preveniu só *uma* d'aquellas tres hypotheses — a primeira — marcando no artigo 37.º o praso de um anno para o registo, nos livros novos, dos titulos e documentos registados ao tempo da sua publicação, praso que a lei de 30 de junho de 1864 mandou correr desde o estabelecimento definitivo das conservatorias. O codigo civil preveniu tambem só uma d'aquellas tres hypotheses — a segunda — que não estava acautelada na lei hypothecaria, marcando no artigo 1019.º o praso de um anno para o registo das hypothecas que, pela legislação anterior, *não eram sujeitas a registo.*

A terceira hypothese ficou sem providencia alguma expressa, tanto na lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, como no codigo civil.

Tinha principiado a execução da lei de 1 de julho de 1863 no 1.º de abril de 1867, e começava a vigorar em 22 de março de 1868 o codigo civil, que não prolongava o praso para a inscripção nos novos livros das hypothecas registadas nos livros antigos, praso que findava no ultimo d'aquelle mez, sem embargo de não estar ainda concluida a transferencia de todos os registos.



Para obviar a este inconveniente publicou-se a portaria de 28 de março de 1868, que declarou «que o praso do anno marcado no artigo 1019.º do codigo devia ser considerado como extensivo aos encargos hypothecarios que, na conformidade da legislação anterior á lei 1 de julho de 1863, estivessem registados ao tempo da installação das conservatorias», dando como rasão «que não poderiam, sem grave injustiça relativa, espaçar-se os effeitos juridicos das hypothecas tacitas, geraes, e onus reaes, não registados, se ficassem ao mesmo tempo privados d'este beneficio, com grave prejuizo não só dos particulares, mas ainda das corporações e do proprio estado, os encargos hypothecarios já registados anteriormente, e que não poderam ser renovados no espaço concedido».

O disposto n'esta portaria foi reconhecido e adoptado no artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868; e não se têem suscitado duvidas a este respeito.

As grandes difficuldades tem sido todas em relação ao registo das hypothecas, que pela legislação anterior não estavam sujeitas a elle.

Examinemos as disposições legaes sobre o assumpto.

O artigo 1019.º concede um anno para o registo das hypothecas que, pela legislação anterior ao codigo, não eram sujeitas a registo, e que *ainda subsistirem ao tempo da promulgação do mesmo codigo.*

Referir-se-ia o codigo n'esta disposição ás hypothecas que subsistiam, não ao tempo da sua promulgação, mas ao tempo da publicação ou execução da lei de 1 de julho de 1863, *verbi gratia*, ás designadas no artigo 2.º § 1.º do decreto de 26 de outubro de 1836?

Para nós é indubitavel que a mente do redactor dos artigos 1000.º e 1019.º do codigo fôra comprehender n'estas disposições as hypothecas especificadas no citado § 1.º do artigo 2.º do decreto de 26 de novembro de 1836, não só porque esta parte do codigo foi redigida proximamente ao tempo da publicação da referida lei de 1 de julho de 1863, mas e principalmente porque, não admittindo esta lei hypothecas sem registo, senão a do banco de Portugal, se os referidos artigos do codigo não se referissem ás leis anteriores á de 1 de julho de 1863, não teriam applicação alguma senão áquelle estabelecimento, verdadeiramente particular.

No entretanto a clareza do texto, na referencia ás hypothecas que *subsistirem ao tempo da promulgação do codigo*, exclue quaesquer interpretações em contrario. A lei de 1 de julho de 1863 era a que vigorava ao tempo da promulgação do codigo, achando-se em execução havia um anno proximamente; e, como essa não reconhecia hypothecas *tacitas* senão a do banco de Portugal, é claro que um anno depois da sua execução, ao tempo da promulgação do codigo, essas hypothecas já não *subsistiam*, porque não eram fundadas em lei vigente, e o artigo 1019.º vinha a ter applicação unicamente ao banco de Portugal, a cujo estabelecimento a lei de 1 de julho de 1863, artigo 201.º, havia conservado o direito de hypotheca tacita, que a sua carta de privilegios lhe garantia; privilegio que acabou com a publicação do codigo, vista a disposição do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que lhe deu força de lei.

Porém o decreto dictatorial de 4 de março de 1869, prorogando por mais um anno o praso para o registo das hypothecas comprehendidas no artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868 e no artigo

1019.º do codigo, ao passo que tirou todas as duvidas que poderia haver sobre a legalidade do disposto na portaria de 28 de março de 1868, ainda corroborada pelo referido artigo 160.º do regulamento, dá-nos a convicção de que reconheceu que o artigo 1019.º se referia ás hypothecas tacitas existentes ao tempo da publicação da lei de 1 de julho de 1863, porque não se promulgaria um decreto em dictadura sobre este assumpto só para favorecer o banco de Portugal, nem tal pensamento se deduz do relatorio que precede o referido decreto.

O decreto dictatorial de 17 de março de 1870 prorogou ainda até 22 de março de 1871, isto é, por mais um anno, o praso para o registo das hypothecas a que se referem os artigos 1000.º e 1019.º do codigo e artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868, servindo-se quasi da mesma redacção do anterior decreto de 4 de março de 1869.

Todas essas duvidas porém acabaram em presença do disposto em o n.º 6.º do artigo 150.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que exceptua de registo até 22 de março de 1871 as hypothecas *não sujeitas a registo antes de 1 de abril de 1867*, e as registadas antes d'aquella data; devendo notar-se que o preceito contido na segunda parte d'este numero podia dispensar o artigo 80.º do mesmo regulamento que, reproduzindo quasi com a mesma redacção o disposto no artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868, se exprime nos termos seguintes: « As hypothecas, registadas em conformidade com a legislação anterior á lei de 1 de julho de 1863, continuarão, independentemente de outro registo, a produzir todos os seus effeitos até o dia 22 de março de 1871; se porém tiverem já sido levadas a novo registo, ou o forem até áquella data, conservarão a antiguidade que pelo primeiro registo lhes pertencer. Se forem lançadas ao novo registo fóra d'aquelle praso, os seus effeitos sómente se contam desde a data da renovação ».

Effectivamente, a segunda parte do n.º 6.º do artigo 150.º dispensava a provisão do artigo 80.º, porque se dizia n'aquelle numero que as hypothecas, registadas em conformidade com a legislação anterior á lei de 1 de julho de 1863, eram dispensadas de registo até 22 de março de 1871.

O certo é que, em vista do n.º 6.º do artigo 150.º do regulamento, fica evidente e incontroverso que a prorogação do praso para o registo das hypothecas, que pela legislação anterior não eram sujeitas a registo, abrange, não só as que não eram sujeitas a registo ao tempo da promulgação do codigo, mas tambem as que eram dispensadas de registo ao tempo em que começou a vigorar a lei de 1 de julho de 1863, isto é, em 1 de abril de 1867.

Conseguintemente todas as hypothecas, que não eram sujeitas a registo ao tempo da execução da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, continuariam a ter preferencia, independentemente de registo, até 31 de agosto de 1871, visto o decreto de 14 de fevereiro d'este mesmo anno.

Verdade seja que este decreto pareceu restaurar as duvidas, a que davam logar os decretos anteriores que se referiam apenas ás hypothecas não sujeitas a registo, porque o artigo 2.º está redigido nos seguintes termos: « É igualmente prorogado até ao mesmo dia (31 de agosto de 1871) o praso marcado no decreto de 17 de agosto de 1870 para o registo das hypothecas, a que se referem os artigos 1000.º e 1019.º do codigo civil, e 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868 ».

É exactamente a redacção do artigo 1.º do decreto de 17 de março de 1870, publicado quando o regulamento de registo predial era o de 14 de maio de 1868.

Porém fazer referencia, no decreto de 14 de fevereiro de 1871, não ao regulamento de registo predial vigente n'aquella epocha, que tinha a data de 28 de abril de 1870, mas ao regulamento anterior de 14 de maio de 1868, já revogado, no artigo 160.º, cuja disposição está reproduzida no artigo 80.º do regulamento posterior de 28 de abril de 1870, é um facto de tal ordem, que nem commentado póde ser!



Ignoriam os poderes publicos que havia já um regulamento posterior ao de 14 de maio de 1868? Ou, se conheciam a existencia d'esse regulamento, como é natural, ignoriam porventura as provisões contidas nos seus artigos 80.º e 150.º n.º 6.º? Acreditâmos que o pensamento dos poderes publicos no decreto, que prorogou o praso para o registo até 31 de agosto de 1871, não fôra alterar o que se achava estabelecido no regulamento de 28 de abril de 1870 quanto ás hypothecas, que não careciam de registo para terem preferencia em concurso até 22 de março de 1871; mas simples e unicamente *prorogar* até 31 de agosto a dispensa de registo nos livros das conservatorias a todas as hypothecas, que estavam dispensadas d'esse registo até 22 de março de 1871. Porém a lei de 15 de junho de 1871, prorogando até 22 de março de 1873 o praso para o novo registo de hypothecas, a que se refere o artigo 150.º n.º 6.º do decreto de 28 de abril de 1871, tirou todas as duvidas.

Conseguintemente gosam de preferencia em concurso, independentemente de registo nos livros das conservatorias, até 22 de março de 1873, não só as hypothecas registadas em conformidade da legislação anterior á lei de 1 de julho de 1863, e que estivessem em vigor no momento da execução d'esta lei, mas igualmente todas as hypothecas que n'esta occasião não careciam de registo para terem preferencia.

Pelo decreto de 26 de outubro de 1836, para as hypothecas conservarem os seus effeitos alem dos dez annos da sua data, era indispensavel que fossem renovados os registos todos os decennios, no ultimo anno de cada decennio, artigo 5.º Sobre a maneira de contar estes dez annos já vimos na imprensa juridica sustentar que o praso concedido para o registo d'estas hypothecas, que tem sido successivamente prorogado desde 1 de abril de 1867, entra no computo dos dez annos, de modo que as hypothecas ainda não extinctas em 1 de abril de 1867, por não terem decorrido os dez annos desde o registo, mas que já completaram esse periodo sem se ter feito nos livros das conservatorias o novo registo, estão extinctas.

Segundo esta opinião, a hypotheca registada, no 1.º de janeiro de 1859, que não foi transferida para os novos livros da conservatoria até ao 1.º de janeiro de 1869, ficou extincta n'esta occasião, salvos os seus effeitos a contar do novo registo.

Fundam-se os que sustentam similhante opinião em que as leis, que prorogaram o praso para estes registos, não quizeram melhorar os *effeitos juridicos* d'essas hypothecas, mas apenas conservar-lhes os effeitos anteriores, o primeiro dos quaes era ficar sem importancia o registo, que não era renovado dentro do periodo do decennio.

Não póde porém sustentar-se tal opinião. A lei nova, que não estabeleceu a obrigação de renovar o registo no fim do decennio, mas sim a obrigação de transferir os registos das hypothecas dos antigos para os novos livros, querendo marcar um praso rasoavel para se inscreverem os antigos registos nos livros das conservatorias, não podia contar, como correndo contra a hypotheca, o praso durante o qual se presumia que o registo estava a ser trasladado dos antigos para os novos livros.

Se similhante opinião fosse verdadeira, teria dito o legislador que ficavam sem effeito todas as hypothecas cujo registo completasse o periodo de dez annos sem ter passado para os livros das conservatorias.

Verdade seja que ha muitas pessoas que sustentam que o codigo deu ás hypothecas registadas, em vigor na data de 1 de abril de 1867, effeitos que ellas não tinham pela legislação anterior, como são o da expurgação e alienação pelo processo determinado na lei nova; e que os creditos hypothecarios registados nos livros antigos gosam do processo especial de expropriação, marcado no artigo 206.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870, sem terem sido transferidas as hypothecas para os livros das conservatorias, independentemente do competente certificado do registo nos termos do § 1.º do citado artigo 206.º

Nós porém entendemos que, mesmo durante o praso marcado para a transferencia dos antigos para os novos livros, a certidão dos antigos registos não suppre os certificados dos registos, feitos em conformidade da lei nova; visto o preceito do citado artigo 206.º

Finalmente, o artigo 150.º n.º 6.º do regulamento de 28 de abril de 1870 diz expressamente que a prorogação do praso para o registo abrange as hypothecas registadas antes da data de 1 de abril de 1867, e o mesmo dispõe a lei de 15 de junho de 1871 sem limitação, nem modificação de especie alguma.

Em vista do exposto, pois, podem ser registadas até 22 de março de 1873 as hypothecas legaes que, nos termos do § 1.º do artigo 2.º do decreto de 26 de outubro de 1836, eram dispensadas de registo, como eram as hypothecas nos prazos pelas pensões foreiras, as hypothecas nos bens dos responsaveis para com a fazenda nacional pelo facto do emprego, a hypotheca pelos tributos nos bens do contribuinte, e a hypotheca nos predios do pae pela administração dos bens do filho.

Deve porém notar-se que, para ser registavel até 22 de março de 1873 qualquer d'estas hypothecas legaes é necessario que a obrigação a que ellas servem de garantia, seja nascida e vencida antes da execução da lei hypothecaria, vistoque depois da sua publicação não ha hypothecas com preferencia sem registo alem da do banco de Portugal; e essa mesma acabou com a promulgação do codigo.

Assim, o senhorio só póde ir hoje registar hypotheca pelos fóros no predio emphyteutico, se elles foram vencidos até 1 de abril de 1867. Se póde registar hypotheca nos bens do prazo tambem pelas pensões vencidas posteriormente áquella data, não é porque tenha hypotheca tacita ou legal no predio, mas porque tem o credito privilegiado nos fructos, e os creditos privilegiados, de qualquer especie que sejam, têem hypotheca legal, que póde ser registada, artigo 907.º, podendo ficar assim os creditos com duas causas de preferencia ao mesmo tempo, —*privilegios* e *hypothecas*.

As hypothecas que, conservam os seus effeitos juridicos até 22 de março de 1873, estando registadas ao tempo da installação das conservatorias, são todas e quaesquer hypothecas, que se achem registadas nas administrações dos concelhos, ou só as registadas, que *pela sua natureza* tiverem as condições do novo registo predial? N'outros termos, as hypothecas que recaiam sobre embarcações podem e devem tambem ser transferidas para o novo registo, a fim de continuarem a ter preferencia depois de terminado o praso da prorogação do mesmo registo? Em caso negativo extinguiram-se essas hypothecas com a installação do novo registo, ou não carecem de ser inscriptas nos novos livros de registo as hypothecas d'esta especie existentes ao tempo de principiar a execução da lei de 1 de julho de 1863?

Para nós é evidente que não se referiam a esta especie de hypothecas as disposições legaes, que marcaram um praso para serem transferidas as hypothecas dos antigos livros de registo para os livros das conservatorias, porque repugna ás disposições da lei nova, que faz consistir as bases do registo na *descripção dos predios* e na inscripção dos direitos prediaes, que nos livros das conservatorias se descrevam embarcações.



Para nós é corrente que não póde effectuar-se de novo, nem renovar-se, registo de hypothecas, que não tenha por objecto bens immoveis, e os bens immobilisados comprehendidos no artigo 375.º n.ºs 1.º e 2.º, como se mostra do artigo 890.º E os navios não são considerados immoveis pelo codigo civil, como o eram para certos effeitos pelas nossas ordenações, livro I, titulo LXXVIII, § 14.º, e lei commercial, codigo de commercio, artigo 1287.º

Contra esta nossa opinião foi proferida uma sentença, que vem publicada a pag. 158 tomo I da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que mandou passar para o novo registo uma hypotheca registada nos antigos livros, e que não recaia sobre bens immoveis ou immobilisados, nos termos do artigo 890.º, com o fundamento de que o artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868.º (reproduzido no artigo 80.º do regulamento de 28 de abril de 1870) estabeleceu um preceito generico com relação ao registo das hypothecas de preterito, não o restringindo só ás hypothecas constituidas em bens immoveis ou immobilisados.

Quanto á fórma do registo, ordenou a referida sentença que se observasse o disposto no artigo 9.º do decreto de 26 de outubro de 1836 e no artigo 168.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

Ora as prescripções do decreto de 26 de outubro de 1836 não podem ser hoje observadas na execução do registo; e o artigo 168.º do regulamento de 14 de maio de 1868 (cuja disposição alias, de certo por desnecessaria, não foi conservada no regulamento de 28 de abril de 1870) refere-se unicamente ao registo de hypothecas que tem por objecto predios ou direitos prediaes, porque a sua redacção está concebida nos termos seguintes: «A descripção, que deve preceder o novo registo das hypothecas de preterito, será feita á face do respectivo titulo e dos esclarecimentos que o apresentante possa fornecer, e verificando-se por ella a identidade *do predio*, valerá, ainda que lhe falte algum dos requisitos exigidos pela legislação actual, comtanto que o não fossem tambem pela legislação anterior».

A nossa opinião é que os registos de hypothecas, que recáiam sobre embarcações, não podem ser transferidos para os livros das conservatorias, porque essa transferencia é absolutamente incompativel com as disposições que regem o formulario do novo registo; mas que essas hypothecas conservam todos os seus effeitos juridicos, ainda depois de findo o praso concedido para a transferencia dos registos, porque representam um direito adquirido, que a lei nova não podia deixar de respeitar, e que de facto respeitou, attendendo ao espirito das disposições que concederam um praso para a transferencia dos registos para os novos livros, a fim de que os credores não soffressem quebra alguma nos seus direitos, durante o estado transitorio do antigo para o novo systema.

Estas interpretações, feitas pelos regulamentos, podem dizer-se authenticas, apesar de não se acharem ainda revestidas da clareza precisa para tirarem occasião a todas as duvidas.

Por ultimo a *especificação* dos bens, se é indispensavel para o registo, não é indispensavel para a *constituição* da hypotheca, como ponderámos em a nota ao artigo 904.º

A terceira hypothese, que acima especificámos, como devendo ser regulada pela legislação transitoria, não foi effectivamente prevenida expressamente, nem nas leis, nem nos regulamentos.

Nem a lei de 1 de julho de 1863, nem o codigo civil, nem os respectivos regulamentos, se referem ás hypothecas anteriores, não registadas, mas sujeitas a registo.

Por isso entendemos que esta terceira especie deve ser inteiramente regulada pelos preceitos da lei nova, visto não estarem ainda consummados os seus effeitos pelo registo ao tempo da revogação da lei anterior.

O banco de Portugal não só não gosa hoje dos privilegios de hypotheca tacita, que lhe competiam independentemente de registo sobre os bens dos seus devedores, nos termos da lei de 7 de julho de 1824, artigo 6.º, decreto de 19 e carta organica de 26 de dezembro de 1846, lei de 6 de maio de 1857, e artigo 201.º da lei de 1 de julho de 1863, mas nem hypotheca legal tem, que só é garantida aos estabelecimentos de credito predial, nos termos do artigo 906.º n.º 6. Portanto o banco de Portugal, pelas operações feitas desde 22 de março de 1868, não tem hypotheca sobre os bens do devedor sem a estipular e registar; e a tacita, adquirida antes da promulgação do codigo, carece de registo para produzir os seus effeitos alem de 21 de março de 1873, vistas as disposições da lei de 15 de junho de 1871.

Depois da promulgação do codigo civil ainda haverá hypotheca legal nos bens do criminoso pela obrigação de reparar o damno resultante do delicto, como determina o artigo 110.º do codigo penal? Não. A este respeito a unica providencia, que se encontra no codigo, é o disposto no artigo 2375.º, onde se estabelece que os bens do delinquente *respondem* pelo cumprimento da obrigação de reparar o damno.

Verdade seja que esta disposição talvez podesse julgar-se escusada, a não significar a constituição da hypotheca.

Porém da inutilidade do artigo não devemos concluir para a existencia de uma garantia, que não se presume, e que carece de ser constituida expressamente, ou pela vontade do homem, ou pela lei.

Que o artigo 2375.º não exprime a constituição da hypotheca mais se confirma confrontando-o com a sua fonte, o artigo 2650.º do projecto primitivo, que dizia assim: «Os bens do delinquente respondem pela obrigação da reparação, mas o offendido só póde adquirir hypotheca sobre esses bens desde o dia em que a sentença passar em julgado, na fórma declarada no artigo 992.º n.º 7.º e artigo 995.º».

E o artigo 992.º, correspondente ao artigo 906.º do codigo, dizia assim em o n.º 7.º: «Os credores por effeito de sentença proferida em juizo controverso, e passada em julgado, sobre os immoveis do condemnado, que forem designados pelos mesmos credores».

Na edição de 1863 vem ainda reproduzido fielmente no artigo 2426.º o artigo 2650.º do projecto primitivo, com uma nota, em que se declara que foi adiado para depois de resolvida a parte relativa a hypothecas. Ora feita essa revisão, não se encontra a menção de similhante hypotheca no numero das hynothecas legaes n'este caso. Não foi reconhecida no artigo 906.º; e pelo contrario foi supprimida a parte do artigo 2650.º, que garantia a referida hypotheca, subsistindo hoje no artigo 2375.º unicamente a primeira parte d'aquelle artigo.

É pois fóra de duvida que hoje não ha hypotheca legal sobre os bens do criminoso para indemnisação do damno causado pelo delicto. Pelo codigo penal começava a hypotheca no momento do crime. Pelo projecto primitivo do sr. Seabra começava pelo transito em julgado da sentença condemnatoria. Pelo codigo civil cessou completamente este direito de hypotheca. O offendido apenas terá que registar a penhora, não pagando amigavelmente o condemnado, e sujeitando-se á execução judicial da sentença.



Verdade seja que a obrigação de reparar o damno, ou elle provenha de responsabilidade civil, ou de responsabilidade criminal, se *transmitte com a herança*, artigo 2364.º

Mas da responsabilidade que pesa sobre os bens do delinquente, a fim de reparar o damno, como dispõe o artigo 2375.º, e do facto de se transmittir com a herança essa responsabilidade, vae uma grande distancia á existencia da hypotheca legal sobre os bens para garantir a obrigação, hypotheca que não vem, como devia vir, mencionada no artigo 906.º A obrigação, e a hypotheca como segurança da obrigação, são cousas muito distinctas. Póde existir perfeitamente a primeira independentemente da segunda.

O procurador geral da corôa, nas resoluções 36.ª e 76.ª sobre as perguntas — se era admissivel a registo a sentença transitada em julgado, antes de vigorar o codigo civil, proferida em acção de reparação de damno, produzido pelo crime, responden «que o artigo 1000.º do codigo civil, referindo-se a hypothecas existentes que pela legislação anterior não eram sujeitas a registo, ou não teria objecto sobre que recaisse, ou comprehendeu as anteriores á execução da lei de 1 de julho de 1863, porque por esta lei passavam todas a ser especificadas e sujeitas a registo; que sendo esta a intelligencia dada á disposição do codigo civil pelos artigos 160.º, 161.º e 162.º do regulamento, não podia o conservador recusar o registo, que o regulamento admittia; que aos tribunaes, e não ao conservador, competia resolver as duvidas sobre a procedencia ou improcedencia da hypotheca, que resulta dos artigos 101.º § 3.º e 110.º do codigo penal, e que sendo a sentença posterior á lei de 1 de julho de 1863, não podia ter logar o registo hypothecario, porque nem aquella lei nem o codigo civil admittem essa hypotheca».

Da resposta do procurador geral da corôa se vê que elle não tinha a mesma certeza sobre a *admissão* a registo de hypothecas geraes anteriores á execução da lei de 1 de julho de 1863, que sobre a *negação* do registo ás mesmas hypothecas constituidas posteriormente á execução d'aquella lei; e é para notar que não deduza argumento do decreto dictatorial de 4 de março de 1869, porque, se a resposta 36.ª é anterior, a 76.ª é muito posterior, com data de 14 de maio de 1869.

Não concordâmos porém com as rasões da resposta. A rasão por que ella não póde ser admittida é porque o codigo, assim como a lei hypothecaria, não reconhecem as hypothecas *judiciaes*.

O artigo 160.º do regulamento refere-se ás hypothecas *registadas*, e os artigos 161.º e 162.º ás hypothecas *não sujeitas a registo;* quando a hypotheca, estabelecida nos artigos 101.º § 3.º e 110.º do codigo penal carecia de registo, porque a execução e a preferencia eram reguladas *por direito civil*, citados artigos, onde a regra geral era não dar preferencia *sem registo*.

Assim a hypotheca judicial, nos termos do artigo 110.º do codigo penal, que estava constituida, mas não registada em 1 de abril de 1867, não podia ser registada depois.

As hypothecas constituidas, ou por acto voluntario, ou por facto legal, antes da execução da lei de 1 de julho de 1863, sujeitas a registo, e não registadas, podem ser agora registadas em face do antigo titulo?

O artigo 1000.º dá tambem logar ás maiores duvidas, determinando que as hypothecas, que não eram sujeitas a registo, e que não foram registadas dentro do praso marcado, podem ser admittidas a registo, ou sejam geraes ou especiaes ainda depois de decorrido o praso. Cremos porém, que o artigo deve entender-se no sentido de só se facultar o

registo áquellas, cuja constituição tiver os requisitos exigidos pela lei vigente, e não a todas as hypothecas não sujeitas a registo, nos termos da lei anterior.

N'este caso tanto o *facto* do registo, como o *titulo* a registar hão de ser inteiramente sujeitos ás condições da lei nova.

Se o titulo tiver as solemnidades precisas, conforme as leis em vigor, como escriptura publica nas hypothecas excedentes a 50$000 réis, póde o registo effectuar-se.

Se o facto, que constitue hypotheca legal pela legislação anterior, a constituir tambem pela lei posterior, como por exemplo a hypotheca do menor nos bens do tutor, póde igualmente admittir-se o registo.

Assim respondeu o procurador geral da corôa á duvida 28.ª, em que se lhe perguntava se a hypotheca, cujo registo não foi renovado dentro do praso do artigo 5.º do decreto de 26 de outubro de 1836, poderá ser actualmente admittida a registo, declarando que «póde ser admittida a registo na conformidade do artigo 168.º do regulamento de 14 de maio de 1868, não como renovação do anterior, que deixou extinguir, mas como hypotheca a que se abre registo de novo, *tendo os requisitos exigidos pela legislação actualmente em vigor*».

A nossa opinião é a mesma, não com fundamento no artigo 168.º do regulamento, que se refere ás hypothecas anteriores *registadas*, porque trata da descripção que precede o *novo* registo, e contenta-se com a descripção que tiver os requisitos exigidos pela lei antiga, ainda que lhe falte algum dos exigidos na lei actual, mas pelo principio geral de que não são admissiveis a registo nas conservatorias encargos ou direitos, que não constem de titulos reconhecidos na moderna legislação hypothecaria, como demonstrâmos em a nota ao artigo 978.º

As hypothecas registaveis, e sujeitas a registo, nos termos da lei anterior, como a hypotheca do vendedor no predio vendido pelo preço em divida, e que não foram registadas antes da execução da lei de 1 de julho de 1863, não são hoje admittidas a registo, porque não se comprehendem nas disposições transitorias, nem d'aquella lei, nem do codigo.

O que é admissivel hoje a registo é a hypotheca que não era sujeita a registo, como a hypotheca pelo facto de emprego, que tem responsabilidade para com a fazenda nacional, etc.

O favor de ampliar o praso para o registo das hypothecas que pela legislação antiga não eram a elle sujeitas, ou para o novo registo das que estavam registadas, significa que, effectuando-se o registo dentro d'este praso, não só a sua prioridade se conta desde a sua constituição quanto ás primeiras, e desde o registo primitivo quanto ás segundas, preferindo assim a todos os registos feitos nos livros das conservatorias; mas que ficam gosando de todas as vantagens, que a nossa legislação concede ás constituidas depois da sua promulgação.

Em virtude d'esta doutrina, o registo feito em 2 de abril de 1857, e transferido para os livros das conservatorias em 21 de março de 1873, prefere a todos os registos lançados n'estes livros desde a sua installação.

Pela mesma rasão a hypotheca no prazo pelas pensões foreiras em divida desde o tempo mais remoto, em que ellas podem exigir-se, sendo registada até ao dia 21 de março de 1873, prefere a todos os registos posteriores ao nascimento da divida.

Se o registo se demorar mais um dia, e for feito em 22 de março de 1873, já a preferencia não se conta senão desde a data do registo. É o que resulta do disposto nos artigos 1019.º do codigo, 160.º e 166.º do regulamento de 14 de maio de 1868, do decreto de 4 de março de 1869 e da lei de 15 de junho de 1871.



O artigo 1019.º, pela sua defeituosa redacção, carece ainda de mais observações. Segundo este artigo, as hypothecas não sujeitas a registo pela legislação anterior têem um anno, a contar da promulgação do codigo, para serem registadas, e preferem em concurso a todas as hypothecas constituidas depois da promulgação do codigo, ainda que sejam registadas antes d'ellas.

Por exemplo. A hypotheca do senhorio nos bens do prazo por dividas de fóros anteriores á execução da lei hypothecaria, sendo registada em 21 de março de 1873, prefere á hypotheca de um predio em segurança de um emprestimo, estipulada em 31 de março de 1867, e no dia immediato registada.

É porém de notar, em additamento ao disposto n'este artigo do codigo, que a hypotheca assim registada até 21 de março de 1873 não prefere só ás hypothecas constituidas depois da execução da lei de 1 de julho de 1863, mas a todas as constituidas anteriormente a esta promulgação, e posteriormente ao *nascimento* da divida, e mesmo ás constituidas anteriormente a este nascimento, mas registadas posteriormente, se o registo não se verificou dentro dos trinta dias immediatos á sua constituição.

Por exemplo, o credor de fóros vencidos em 1864, registando a sua hypotheca em 21 de março de 1873, prefere ao credor por emprestimo a dinheiro, que constituiu a hypotheca e celebrou o emprestimo em 1842, mas que só a registou em 1865, ainda que a transferisse do antigo registo para os livros das conservatorias em 1 de abril de 1867.

Porém as hypothecas que pela legislação anterior á execução da lei de 1 de julho de 1863 eram causa de preferencia, independentemente de registo, e que nos termos do artigo 1019.º são admittidas, *sem registo*, no concurso de preferencias durante o praso marcado para se fazer o registo, isto é, até 22 de março de 1873, poderão ser exercidas tambem independentemente de registo, no sentido de ser admittido o sujeito do direito hypothecario, não só a *concorrer* ás preferencias, mas a *promover* elle mesmo a execução?

N'outros termos o senhorio directo, assim como póde vir a concurso de preferencias até 22 de março de 1873, pelos fóros vencidos até 1 de abril de 1867, sem registar a sua hypotheca, vistos os expressos termos do artigo 1019.º e lei de 15 de junho de 1871, poderá promover elle mesmo a execução hypothecaria contra o foreiro, nos termos do artigo 206.º do regulamento de 28 de abril de 1870, sem registar primeiro a hypotheca?

Decidimo-nos pela negativa, porque o regulamento no citado artigo não da a força de sentença e de execução apparelhada aos titulos constitutivos da hypotheca, senão quando acompanhados do competente certificado do registo, como temos dito n'outros logares.

Conseguintemente para o effeito de gosarem do processo especial de expropriação, marcado no regulamento, devem ser previamente registadas essas hypothecas; assim como os titulos e direitos sujeitos ao registo, que aliás não carecem d'elle para ser invocados em juizo entre as proprias partes, carecem do registo para gosarem do processo de expropriação, ali marcado, ainda que este corra entre as proprias partes.

As disposições do artigo 1019.º do codigo, e 166.º do regulamento de 14 de maio de 1868, com relação ás hypothecas não sujeitas a registo, devem ser esclarecidas e entendidas segundo o disposto no artigo 160.º do mesmo regulamento, com relação ás anteriormente registadas.

Deve notar-se que, para se cumprirem as disposições, que prorogaram o praso para o registo das hypothecas, reconhecidas, e existentes ao tempo da execução da lei de 1 de julho de 1863, não é indispensavel que sejam *definitivamente* registadas nos prasos marcados, como dizem os artigos do codigo com relação ás hypothecas não sujeitas a registo, e repetem os artigos do regulamento de 14 de maio de 1868, que são a sua fiel reproducção. Basta que sejam *levadas* ao registo, como parece dizer o mesmo regulamento com relação ás hypothecas anteriormente registadas, e bem assim o regulamento de 28 de abril de 1870 no artigo 80.º Esta distincção é importante, porque ha conservatorias onde a grande affluencia de registos, e o diminuto numero dos empregados, faz com que medeiem muitos mezes entre a apresentação dos titulos a registo e o registo effectivo.

Não concluiremos a materia relativa ás antigas hypothecas sem fazer algumas considerações, aliás rapidas, sobre a influencia da nova legislação civil na legislação commercial, relativa ao direito hypothecario.

O codigo de commercio, publicado em 1833, tinha creado, artigo 209.º e seguintes, um registo especial para diversos actos e contratos, entre os quaes se comprehendiam os creditos hypothecarios, citado codigo, artigo 211.º

Estes actos, sujeitos ao registo commercial, deviam ser apresentados a registo dentro de quinze dias da sua data, ou desde a matricula do commerciante, sob pena de serem inefficazes os privilegios, resultantes dos respectivos titulos em concurso com outros creditos de privilegios inferiores, citado codigo, artigo 214.º, 215.º e 217.º

Nos processos das fallencias, que são da exclusiva competencia dos tribunaes de commercio, devia fazer-se a classificação dos creditos em conformidade do disposto no artigo 1217.º e seguintes, tendo em attenção o competente registo.

Demais n'estes processos eram os administradores da massa, que procediam á venda dos bens moveis, e de raiz dos fallidos, a fim de ser distribuida a importancia da massa pelos credores segundo a graduação relativa dos seus respectivos creditos ou privilegios.

Portanto, em vista das disposições do codigo commercial, eram os creditos hypothecarios entre commerciantes da exclusiva competencia da legislação, processo e tribunaes commerciaes; e em caso de quebra ahi deviam ser classificados os creditos hypothecarios, e ahi deviam ser vendidos os bens onerados com a hypotheca, e ser ordenado o pagamento aos credores.

O decreto de 26 de outubro de 1836, contendo as primeiras providencias sobre o registo civil das hypothecas, não continha providencia alguma a respeito das hypothecas entre commerciantes, e por isso appareceu logo na pratica a duvida ácerca da revogação do codigo commercial sobre este assumpto.

Para resolver a duvida introduziu-se no decreto de 3 de janeiro de 1837, que é complementar do citado decreto de 26 de outubro de 1836, o artigo 15.º, que diz assim: «Não se entenderá alterada por este decreto a disposição do artigo 211.º do codigo commercial, quanto ao registo das hypothecas entre commerciantes, as quaes comtudo poderão tambem ser levadas ao registo dos tabelliães.»

Continuou pois a subsistir, ainda depois d'aquelles decretos, o registo commercial nos termos ordenados no codigo.

Porém como o decreto de 3 de janeiro permittia, que se inscrevessem no registo commum as hypothecas entre commerciantes, entrou logo em duvida se, na falta do registo commercial, valeria a hypotheca com todos os seus effeitos civis, no caso de estar inscripta no registo dos tabelliães, os quaes foram substituidos pelos administradores dos concelhos pela lei de 29 de outubro de 1840, artigo 18.º



Na lei de 1 de julho de 1863 não apparece o menor vestigio de se querer manter a distincção entre hypothecas civis e commerciaes.

Antes se infere *o contrario senso* do artigo 200.º, que a nova lei hypothecaria abrangeu nas suas disposições todas as hypothecas sobre bens immobiliarios, sem attenção com a qualidade das pessoas, entre as quaes fossem contrahidas, porque o citado artigo 200.º diz assim: «Todas as disposições da presente lei relativas a privilegios e hypothecas em nada alteram o que se acha determinado no codigo commercial a respeito de navios.»

O codigo porém sem salvar expressamente a legislação do codigo commercial sobre navios, deixou-a todavia de pé, porque a não comprehendeu nas suas disposições, artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867.

Em nosso entender não ficou revogado o registo commercial das hypothecas pela nova legislação hypothecaria.

Porém esse registo serve unicamente para os effeitos commerciaes, vigorando o codigo de commercio em tudo o que não for incompativel com a moderna legislação civil. Portanto se os credores hypothecarios quizerem aproveitar-se, na exigencia dos seus creditos, do processo especial marcado no regulamento de 28 de abril de 1870 tem direito a isso, sejam ou não commerciantes. Mas, se abandonaram este privilegio, serão os seus creditos classificados, e pagos nos termos da legislação commercial; se n'esta se acharem comprehendidos.

2.º, etc. (Vid. artigos 889.º, 951.º, 955.º, 1022.º e 1023.º, 1580.º, 1591.º, e 2189.º) Os onus reaes são verdadeiras desmembrações ou partes do dominio, de que os respectivos sujeitos do direito não podem ser privados pelo senhor da propriedade, que aliás póde libertar-se da hypotheca, apesar de ser encargo real, pagando o montante da divida.

Os nove direitos, primeiro mencionados no § 2.º do artigo, como onus reaes, são as propriedades imperfeitas designadas no artigo 2189.º Os tres ultimos direitos não têem o caracteristico de propriedade, vistoque não significam uma fracção do direito de propriedade, ainda que em rigor, pelo menos com relação ao arrendamento e á consignação de rendimentos, póde dizer-se que o arrendatario, e o sujeito a favor de quem se fez a consignação de rendimentos, podem dispor do seu direito, e gosar d'elle, como o senhor da propriedade perfeita e absoluta.

São sujeitos a registo os onus reaes, porque representam desmembrações tão importantes da propriedade, como são as especificadas em os differentes numeros do § 2.º d'este artigo, e no artigo 2189.º, que podem ou absorver grande parte e mesmo a quasi totalidade do predio, como os fóros ou quinhões, ou imprimir-lhe o caracter de inalienabilidade, como o dote; factos estes que, desconhecidos do adquirente, tornavam illusoria a sua esperança de alcançar e gosar do predio adquirido.

Se estas desmembrações da propriedade não fossem sujeitas a registo, havia de ver-se o adquirente muitas vezes logrado pela má fé do alheador, achando-se com propriedade imperfeita em vez de propriedade perfeita.

Os onus reaes, pois, que são todos os descriptos no § 2.º d'este artigo, e que o artigo 2189.º denomina propriedades imperfeitas, salvo os tres ultimos, são registados por parte d'aquelles a favor de quem se acharem constituidos sobre cada um dos predios sujeitos aos mesmos onus.

Dos onus reaes, hoje sujeitos a registo, o unico que o decreto de 26 de outubro de 1836 obrigava a registo, era a doação, ou alienação por qualquer outro contrato com reserva de usufructo emquanto este não acabasse, citado decreto, artigos 2.º e 4.º

Pela antiga legislação não tinham estes direitos a denominação legal de *onus reaes;* cada um era designado pelo seu nome especial.

Constituiam *hypotheca legal* nos predios onerados, a qual por identidade de rasão, se ampliava, conforme o arbitrio do julgador e as opiniões dos praxistas, em diversos casos não contemplados nos §§ 34.º a 40.º da lei de 20 de junho de 1774. Mas o direito real em si nem pelo decreto de 26 de outubro de 1836 carecia de registo.

No entretanto qualquer onus real constituido anteriormente á promulgação do codigo póde ser hoje registado.

O codigo civil eliminou d'entre os onus reaes o *legado*, que n'elles comprehendia o artigo 152.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, porque se acha comprehendido nas transmissões este direito.

O supremo tribunal de justiça em accordão de 18 de fevereiro de 1870, indicado a pag. 77, tomo I da *Jurisprudencia civil, commercial e criminal da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação,* julgou que os legados pesam como *onus real* sobre os bens da herança e que com ella se transmittem aos herdeiros dos herdeiros.

O codigo porém nem considera, nem comprehende o legado no numero dos onus reaes.

Nos termos dos artigos 906.º n.º 8.º, 935.º e 1846.º se o legado é de quantia ou valor determinado, ou consiste em prestações periodicas, tem hypotheca sobre os respectivos bens hereditarios, ficando obrigados ao encargo do legado, na falta de designação especial, todos os bens da successão, artigos 1792.º a 1795.º N'este caso tem o legado, não a natureza de onus real, mas a de divida com hypotheca. Se o legado consiste em cousa certa e determinada, tem então o legatario o dominio da cousa, artigo 1856.º, e não onus real sobre a cousa legada. Effectivamente não ha rasão para ser considerado onus real o *legado.* Se consiste em bens immoveis ou immobiliarios regista-se como *transmissão,* nos termos do n.º 4.º d'este artigo; se consiste em prestação periodica, ou em quantia ou valor determinado, regista-se, não como onus real, que não é, mas a hypotheca sobre os bens obrigados a garantir a effectividade do direito legado, nos termos do artigo 906.º n.º 8.º

Nas transmissões de propriedade immovel por titulo gratuito comprehendem-se os *legados* de predios, cujo dominio o legatario póde fazer registar em face do testamento, como respondeu o procurador geral da corôa na consulta 47.ª E se tiver de intentar a acção competente nos termos do artigo 1857, para haver a entrega do legado, não só póde, como diz na mesma consulta o procurador geral da corôa, mas *deve* fazer o registo provisorio, segundo preceitua o artigo 968.º do codigo.

A lei de 1 de julho de 1863, artigo 197.º, marcava o praso de um anno para o registo dos onus reaes, de modo que decorrido este praso não podiam sem registo ser oppostos a terceiros. O codigo ampliou tambem por um anno o praso para este registo, artigo 1023.º, § unico.

A carta de lei de 10 de setembro de 1868 amplia até tres annos o praso marcado no § unico do artigo 1023.º, unicamente no que respeita ao onus da emphyteuse, da sub-emphyteuse, e do censo; ficando por esta fórma prorogado só até 22 de março de 1871 o praso marcado para o registo d'aquelles tres onus, sendo conseguintemente inexacto o que a este respeito se lê em o n.º 4.º do artigo 150.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que está redigido nos seguintes termos: «O onus real na emphyteuse, até 22 de setembro de 1870 (lei de 10 de setembro de 1868).



A inexactidão d'esta doutrina, com relação á referida lei, conhece-se pela simples leitura da mesma lei, que no artigo 1.º diz o seguinte: «O praso estabelecido no § unico do artigo 1023.º do codigo civil fica ampliado a tres annos, *a contar da publicação do dito codigo,* unicamente no que respeita ao onus resultante da emphyteuse, da sub-emphyteuse e do censo.»

É inexacto ainda o regulamento, emquanto não applica ao onus da sub-emphyteuse e do censo a mesma regra que ao da emphyteuse. É tambem inexacto, emquanto no n.º 5.º do referido artigo 150.º, declara prorogado o praso para o registo dos censos, como para o das servidões e dos quinhões, até 22 de março de 1871, referindo-se ao decreto de 3 de março de 1870, quando este decreto, nas suas disposições relativas á prorogação do praso para registo de onus reaes, apenas se refere ás *servidões* e *quinhões.*

No entretanto as duvidas creadas pelo n.º 4.º do artigo 150.º do regulamento de 28 de abril de 1870 ficaram desvanecidas em presença do decreto dictatorial de 20 de julho de 1870, que tornou extensiva aos onus reaes de emphyteuse, sub-emphyteuse e censo a prorogação do praso, estabelecido no decreto de 3 de março de 1870, para o registo dos onus reaes de servidão e quinhão.

O decreto dictatorial de 4 de março de 1869 prorogou por mais um anno o praso marcado no § unico do artigo 1023.º, mas tão sómente para os onus reaes de servidão e de quinhão; praso este, que foi prorogado por outro anno, isto é, até 22 de março de 1871, pelo decreto dictatorial de 3 de março de 1870.

Depois pelo decreto dictatorial de 14 de fevereiro de 1871 foi prorogado até 31 de agosto de 1871 o praso para o registo dos onus reaes, de emphyteuse, subemphyteuse, censo, servidão e quinhão.

Verdade seja que este decreto, para ser singular na redacção de todos os artigos, tambem dava margem para se argumentar que elle veiu prorogar o praso para o registo, não só d'aquelles, mas de todos os onus reaes, porque o artigo 1.º do referido decreto é concebido nos seguintes termos: «São prorogados até 31 de agosto d'este anno os prasos marcados nos decretos de 3 de março e 20 de julho de 1870, *para o registo dos onus reaes,* e para a exigencia dos fóros vencidos ao tempo da promulgação do codigo civil, comprehendidos na disposição do artigo 1695.º do mesmo codigo».

No entretanto a referencia que faz o artigo transcripto aos decretos de 3 de março e de 20 de julho de 1870, as rasões dadas no relatorio que o precede e justifica, e a circumstancia de que não podia *prorogar-se* a existencia do que estava já extincto, leva-nos á conclusão de que o pensamento do governo, n'aquella prorogação, era abranger unicamente a emphyteuse, subemphyteuse, censo, servidão e quinhão, isto é, os onus reaes, mencionados nos n.ºs 3.º e 4.º, e primeira parte do n.º 1.º do § 2.º do artigo 949.º

Para serem pois oppostos a terceiros aquelles cinco onus reaes, não careciam, em virtude do citado decreto de 14 de fevereiro de 1871, de ser registados até 31 de agosto de 1871. Hoje, em virtude da lei de 15 de junho de 1871, não carecem de ser registados, para serem oppostos a terceiros, até 22 de março de 1873.

Os outros onus reaes, compascuo, uso, habitação, usufructo, dote, arrendamento e consignação de rendimentos, desde que passou o dia

21 de março de 1869, não podem ser oppostos a terceiros sem registo.

Registada pois uma hypotheca ou transmissão antes do registo dos onus reaes nos casos em que elle é obrigatorio, os onus reaes não acompanham o predio nas mãos de terceiro, comquanto o senhor d'elles fique com direito sobre o dono do predio, que lhe era pessoalmente obrigado.

Por exemplo, Paulo era possuidor de um predio, onerado com um fôro a favor de Pedro, se Paulo o hypothecou ou vendeu como livre, e o credor ou o comprador registou o seu direito antes de Pedro registar o onus real, o credor ou comprador ficam com o predio inteiramente livre d'aquelle encargo, salvo a Pedro o direito de exigir de Paulo a indemnisação por perdas e damnos. Se porém Pedro registou primeiro o onus real da emphyteuse, o fôro acompanha o predio na mão de terceiro, e naturalmente o adquirente ha de descontar no preço a importancia do encargo, com que o predio vae onerado. É a consequencia do principio de que para terceiro não ha outros encargos ou direitos, senão os que constam do registo da conservatoria, e de que a prioridade da inscripção determina a preferencia do registo.

Pelas disposições do codigo, artigos 941.º n.º 2.º e 1023.º, deixam de acompanhar o predio para poder de terceiro, os onus registados posteriormente tanto á hypotheca, como á transmissão.

Tanta rasão porém achamos para não acompanharem o predio os onus reaes registados posteriormente á transmissão, como sem rasão em equiparar para este effeito a hypotheca á transmissão.

Porque rasão não ha de acompanhar o predio o onus real, registado posteriormente á hypotheca, mas anteriormente á transmissão? Que não seja tido em conta para o effeito da hypotheca ou com prejuizo d'esta, facilmente se explica, porque a prioridade da inscripção determina a preferencia do direito; mas que chegando o predio para satisfazer os encargos hypothecarios e supportar os onus reaes, estes o não acompanhem pelo facto de serem registados posteriormente á hypotheca, é o que não tem rasão de ser.

No entretanto é a doutrina que resulta dos artigos 888.º § unico, 941.º n.º 2.º, e 1022.º e 1023.º do codigo. A hypotheca registada antes do registo dos onus reaes abrange o valor total do predio sem deducção dos onus reaes, e portanto é expropriada sem attenção a elles, e assim transmittido o predio.

A prova de que foi este o pensamento do legislador resulta ainda da comparação do artigo 1023.º do codigo com o artigo 169.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, sua fonte, que diz assim «os onus que tiverem sido registados em data posterior á da transmissão não acompanham o predio. § unico. Os mesmos onus, registados em numero posterior ao da hypotheca, sómente acompanham o predio e determinam a deducção de que trata o artigo antecedente quando, depois de pagos todos os creditos hypothecarios anteriores, houver excedente no valor do predio; e n'este caso determinam a deducção até á concorrencia d'esse valor».

Accresce ainda que a redacção do artigo 1023.º foi feita muito de proposito para prejudicar completa e absolutamente os onus reaes inscriptos posteriormente ao registo da hypotheca; porque foi nos trabalhos da ultima redacção, que o artigo ficou assim. No projecto de 1864 ainda o artigo 1024.º correspondente era redigido nos seguintes termos «os onus que tiverem sido registados em data posterior á da transmissão não acompanham o predio»; e não se applicava á hypotheca este preceito,



Parece-nos de tal modo injuridica a doutrina que resulta do codigo, que não a aceitariamos, se não visse redigida em termos expressos e claros, como effectivamente vem; e por isso julgâmos que deve adoptar-se o systema do codigo em toda a sua extensão, sem embargo do disposto no citado artigo 169.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863.

Convem notar que, por força do disposto no artigo 93.º do regulamento, o registo de hypotheca legal á segurança de divida de fôros, censos ou quinhões, sobre predios a elles sujeitos, que póde ser feito em presença de declarações, escriptas e assignadas pelo registante, e reconhecidas por tabellião nos termos do artigo 969.º do codigo civil, não tem logar sem estar registado anteriormente o dominio directo, ou o direito de receber as referidas pensões.

A transmissão dos onus reaes é igualmente sujeita a registo? O comprador do dominio directo de um predio é igualmente obrigado a registar a sua transmissão, como o comprador do dominio util?

O n.º 4.º obriga a registo unicamente as transmissões de propriedade *immovel*; e os onus reaes, que se comprehendem na propriedade *immobiliaria*, estão excluidos da categoria dos bens *immoveis*, artigos 374.º, 375.º, e 377.º

Mas a verdade é que, admittida similhante interpretação, poderia o proprietario d'estes direitos vender a differentes pessoas o mesmo direito, e hypotheca-lo até depois de já vendido, o que é absolutamente incompativel com os principios reguladores da materia de registo.

Felizmente a duvida, que suscita o exame isolado do n.º 4.º do artigo 949.º, dissipa-se inteiramente, ligando-o com a provisão do artigo 1722.º, que sujeita a registo a transmissão dos direitos immobiliarios, devendo observar-se a este respeito as disposições do artigo 949.º e seguintes.

3.º, etc. A lei de 1 de julho de 1863 sujeitava a registo unicamente as acções *reaes sobre immoveis*, e as sentenças que n'ellas se proferissem, tendo passado em julgado.

O codigo porém foi muito mais longe, porque sujeita a registo não só as acções sobre immoveis por natureza, mas tambem as acções sobre immoveis por *disposição da lei*, salvo os comprehendidos em o n.º 3.º do artigo 375.º, e não só as acções *reaes*, mas tambem as *pessoaes*, que se dirigem a haver o dominio e a posse dos bens immobiliarios.

Mas é preciso que estas acções recáiam sobre bens immobiliarios *designados*, isto é, que se dirijam a haver o dominio ou a posse de bens immobiliarios determinados, para proceder a obrigação de registo, como respondeu o procurador geral da corôa á duvida 10.ª, declarando que não era sujeita a registo a acção intentada para exigir o cumprimento do contrato de venda de pensões em generos, que devem ser impostas em bens immoveis, sem que estes ainda se achem designados. E a expressão *designados* vae de accordo com o disposto no artigo 952.º, § unico.

Demais, a relação do Porto julgou em accordão de 23 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 173, que as acções de petição de herança de bens indeterminados não são sujeitas a registo, *por isso que os bens pedidos são indeterminados, e só pelo inventario poderão ser determinados.*

O pensamento, que determinou a providencia obrigatoria do registo de acção, se teve tambem por fim ir promovendo lentamente o registo dos predios, quiz por outro lado fazer constar no publico o vicio de litigiosa, que affectava a propriedade.

Mas será dispensavel o registo de *acção*, com relação ás proprias partes? A affirmativa parece inferir-se do artigo 951.º, onde se preceitua que a falta de registo dos direitos a elle sujeitos não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes ou seus representantes: e alguns jurisconsultos seguem esta opinião.

Para a sustentarem fundam-se na disposição do artigo 951.º e no systema seguido pelo codigo, que não era alias adoptado na lei hypothecaria, de poderem ser invocados em juizo, entre as proprias partes ou seus herdeiros, os titulos e direitos a elle sujeitos.

Ao argumento deduzido do artigo 968.º, que declara *obrigatorio* o registo das acções, respondem que esta *obrigação* é só com relação a *terceiros*, como a de registar as hypothecas e os onus reaes; em contraposição ao registo do dominio, que é *facultativo*, por não ter consequencias juridicas a falta d'este registo.

Deve porém notar-se, em primeiro logar, que a palavra *obrigatorio*, que se lê no artigo 968.º, não póde contrapor-se á palavra *póde*, que se lê no § 1.º do artigo 949.º, § introduzido pela commissão de legislação da camara dos deputados, sem relação alguma com o mechanismo das disposições do codigo.

As palavras «*registo obrigatorio*» contrapõem-se a est'outras «*estar sujeito a registo*». Quando o registo é *obrigatorio* para os actos juridicos, não têem estes effeitos juridicos antes da respectiva inscripção predial. Quando os actos juridicos estão *sujeitos a registo* têem validade e effeitos juridicos, independentemente de registo, salvo com relação a terceiros. A definição, que damos, das palavras «*estar sujeito*» resultam do disposto no artigo 951.º A significação, que damos, ás palavras «*registo obrigatorio*» resultam das disposições combinadas dos artigos 929.º e 968.º

A palavra «*póde*» no § 1.º do artigo 949.º não significa o mesmo que a palavra *facultativo* no artigo 968.º As palavras «*registo facultativo*», empregadas no artigo 968.º, significam o mesmo que *estar sujeito a registo*, nos termos dos artigos 949.º e 951.º

Ora, se o registo provisorio é *obrigatorio* para as acções, como para os dotes e hypothecas de dotes e de alfinetes, e se o registo provisorio dos dotes e de hypothecas dotaes e de alfinetes é obrigatorio para se passar alvará de consentimento para o casamento de menores, e para se lhe fazer a entrega dos bens, artigos 929.º e 930.º, independentemente de relações juridicas para com terceiros, é consequente que o registo provisorio das acções é igualmente obrigatorio para os interessados, independentemente das suas relações juridicas, para com terceiros. A palavra *obrigatorio* não póde ter uma significação, quando se trata do registo das acções, e outra quando se trata do registo dos dotes e das hypothecas do dote ou dos alfinetes.

No mesmo sentido é expresso o regulamento, artigo 151.º n.º 1.º

O codigo sujeita expressamente a registo tambem as acções *possessorias*, isto é, as acções de posse, sobre designados bens immobiliarios. A posse não carece de registo para ser invocada em juizo para prova de melhor posse.

O possuidor, visto o § unico do artigo 952.º, póde, sem dependencia de registo, invocar a posse para repellir a turbação ou o esbulho, e para se fazer restituir ao estado anterior, quando esbulhado.

Mas a dispensa do registo da *posse* para se intentar a acção possessoria não dispensa o registo da acção. São cousas differentes, o registo de posse e o registo de acção.

O codigo sujeita a registo todas as acções reaes e pessoaes, que se dirijam a haver o *dominio* e a *posse*. Se em face da lei hypothecaria



de 1 de julho de 1863 podia duvidar-se da necessidade do registo das acções possessorias, o codigo n'este artigo cortou *expressamente* essas duvidas, mandando registar as acções, que se dirigem a haver *a posse*.

De não se admittir a registo a posse não titulada, senão depois de julgada por sentença, nos termos do artigo 524.º, não se segue que não deva registar-se a acção, que se intenta sobre a posse. Uma cousa é o registo da posse, e outra é o registo da acção. Aquella não póde registar-se senão depois de julgada por sentença, porque antes d'isso não se reconhece; esta póde e deve registar-se, porque, logo que foi proposta em juizo, é um facto reconhecido e incontestavel.

Exigir o registo da posse, quando ainda se questiona se ella existe, seria absurdo; mas exigir o registo da acção, depois de proposta em juizo, é coherente e logico.

É muito conveniente ter registado provisoriamente a acção, porque, apresentada depois a sentença, converte-se o registo provisorio em definitivo, nos termos do artigo 970.º Se nos dizem que é inutil registar a acção n'estes casos, porque basta registar a sentença, respondemos que o mesmo se dá no registo de todas as acções; é que a utilidade d'este registo é grande, porque o registo provisorio, quando convertido em definitivo, conserva a ordem de prioridade que tinha como provisorio, artigo 973.º

A posse, antes de julgada por sentença, não póde ser registada; mas depois de julgada nos termos do artigo 524.º, póde registar-se, e ser invocada para prova da propriedade; e differente é o contar-se a sua duração desde a proposição da *acção* em que se questiona a posse, ou desde o transito em julgado da *sentença*, que a reconhece.

Por isso o regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 150.º, n.º 3.º, exceptua do registo a posse para fundamentar as acções possessorias.

O codigo apenas reconhece o registo provisorio da posse quando for requerida a justificação, nos termos dos artigos 524.º e 525.º

Tambem alguns sustentam que, comquanto seja sujeita a registo a acção de *restituição*, o não é, em vista da letra do codigo, a acção de *manutenção*, que não se dirige a *haver*, mas sim a *conservar* a posse. Similhante opinião, porém, é insustentavel.

A palavra «*haver*», empregada em o n.º 3.º do artigo 949.º, póde e deve considerar-se como synonyma de «*ter*», e tanto a acção de manutenção, como a de restituição, se dirigem a ter a posse, ou seja *conservando-a* ou *readquirindo-a*.

A acção de *restituição* é pelo codigo considerada *conservatoria*, como a de *manutenção*, o que mostrámos em a nota ao artigo 484.º

Finalmente, a rasão do registo para a acção de manutenção, é a mesma que para a de restituição: o artigo 967.º n.º 4.º, refere-se ao registo das *acções* sem restricção alguma; e ás acções meramente possessorias, sem distincção entre a acção de manutenção e a de restituição, se refere o § unico do artigo 952.º

Prescindimos, para justificar a nossa opinião, do argumento a que alguns se têem soccorrido, considerando a posse como um direito immobiliario, inherente a bens immoveis, e comprehendido no artigo 375.º n.º 2.º, e conseguintemente acção *real* a que tem por objecto a *posse*. Alem de ser grave a questão de saber se a posse é um direito real ou pessoal, parece-nos que a redacção do n.º 3.º do artigo 949.º exclue evidentemente do numero das acções reaes as que se dirigem a haver a posse.

Os artigos de nunciação de obra nova tambem carecem de ser registados?

Evidentemente. O embargo de obra nova tende sempre a evitar a turbação ou esbulho da posse, e conseguintemente a conservar a posse anterior. Não se distingue das outras acções possessorias, senão pela especialidade do *facto*, que origina a turbação ou esbulho, isto é, por esse facto ser uma *obra nova*.

O regulamento de 14 de maio de 1868, confundindo o registo da *acção*, com o registo da *posse*, exceptuava de registo, no artigo 174.º n.º 2.º, *as acções meramente possessorias*, referindo-se ao § unico do artigo 952.º do codigo; e n'este sentido foi julgado pela relação do Porto, em accordão de 1 de junho de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 76.

O regulamento de 28 de abril de 1870, publicado muito depois de se ter levantado disputa na imprensa e no fôro, sobre se eram sujeitas a registo as acções possessorias, ou pelo menos algumas, nem uma palavra consignou a este respeito, deixando em pé, e sem commentario, a doutrina do codigo sobre esta materia. Em presença do codigo pois entendemos que todas as acções possessorias, sem excepção alguma, são sujeitas a registo.

Da epocha em que deve fazer-se o registo provisorio da acção, e das consequencias da falta do registo no tempo legal, diremos em a nota ao artigo 969.º

O registo das acções tem por fim manifestar a terceiros que ha duvidas ácerca do dominio ou da posse dos bens immobiliarios.

A conversão d'este registo provisorio em definitivo tem a vantagem de começar a contar-se desde a data do primeiro o tempo da posse para os effeitos da propriedade, nos termos do artigo 525.º e seguintes.

O codigo dispensa a certidão do registo da posse para as acções meramente possessorias, porque, não podendo a mera posse ser registada senão á vista de sentença passada em julgado, d'onde conste que o possuidor tem possuido pacifica, publica e continuadamente *por tempo de cinco annos*, se fosse exigido o registo da posse nas acções possessorias, não poderiam estas acções intentar-se em juizo, senão quando houvesse posse de cinco annos julgada por sentença, o que estaria em contradicção com o disposto nos artigos 488.º e 489.º, segundo os quaes deve ser mantido ou restituido summariamente o possuidor, *se a posse tiver durado por mais de um anno;* e mesmo o que tiver posse de menos de anno contra aquelles que não tenham melhor posse.

O proprio artigo 952.º mostra a necessidade do registo da acção possessoria. Para a questão da propriedade não admitte invocação de posse, que não esteja registada. Para prova da posse dispensa o registo da mesma posse.

O codigo não manda levar ao registo as execuções, nem era preciso, desde que sujeita a registo as sentenças passadas em julgado, de que as execuções não são mais do que o corollario.

O decreto de 26 de outubro de 1836, artigos 2.º e 4.º, já sujeitava a registo os predios litigiosos por acção sobre o dominio, ou por penhora. O codigo sujeita tambem a registo as acções sobre nullidade do registo ou do seu cancellamento.

É de notar que o registo das *acções* é provisorio, e o das *sentenças* definitivo.

4.º, etc. (Vid. n.º 2.º e artigo 1722.º)

O artigo 1841.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1722.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «As transmissões por contrato, ou partilha amigavel, de bens ou direitos immobiliarios, sómente produzirão o seu effeito em relação a terceiro, sendo devidamente registadas.

§ unico. Não são comprehendidos n'esta disposição os encargos hypothecarios, que são regidos por lei particular».



E a epigraphe do capitulo era concebida nos seguintes termos: «Do registo de transmissão de bens e direitos immobiliarios por effeito de contrato».

Sobre esta materia observou o sr. dr. Paes, distincto lente de direito em Coimbra, que o registo devia ser geral para todo e qualquer acto de transmissão de propriedade em vida ou por morte, que era tão reconhecida a vantagem d'este registo, que escusado seria demonstra-la, devendo só lembrar que este registo podia ser o melhor meio de verificar um bom cadastro, que tão preciso era.

Teve a seguinte resposta do sr. Seabra:

«Esta idéa, que aqui enuncia o nosso sabio revisor, não é tão simples e facil, como parece á primeira vista, para se poder obter um resultado util. O simples registo do testamento, a que ficam reduzidos os actos, *causa mortis* (porque as doações com esta causa unicamente são admittidas como instituições contratuaes ou em fórma testamentaria), existe já, como todos sabem, e se acha a cargo da auctoridade administrativa. Mas para que este registo se podesse tornar verdadeiramente profiquo, e obtivesse os effeitos que o nosso registo confere aos actos entre vivos, seria preciso que o testamento contivesse a declaração especifica de todos os immoveis da herança, o que raramente acontece. E ainda assim não teriamos conseguido o nosso fim, porque seria necessario chamar tambem ao registo os immoveis transmittidos por successão legitima, e tudo isto demandaria regulamentos complicados, difficeis e dispendiosos. Assim vemos que tanto na ultima lei belga sobre esta materia (16 de dezembro de 1851), como na lei franceza (26 de março de 1855), a transcripção é apenas exigida nos actos translativos de propriedade immobiliaria entre vivos.

«Eis-aqui as rasões d'esta restricção, expostas por Dobelleyme no relatorio da lei franceza: «O legatario, diz elle, não é parte no testamento, como o acquirente na venda; as mais das vezes não o conhece, e póde depender do herdeiro o prolongamento da sua ignorancia, e portanto correrá necessariamente, a contar da morte do testador um espaço de tempo mais ou menos longo, em que o legatario se achará na absoluta impossibilidade de operar a transcripção. Deixar-se-ha durante este tempo o legatario á mercé do herdeiro, e será este auctorisado a alienar validamente os immoveis da herança e a expoliar o legatario? Não é possivel. O direito do legatario é sagrado, porque resulta da vontade do moribundo; não se póde admittir que dependa da vontade do herdeiro aniquila-lo. Se fosse possivel dar ao legatario um meio de assegurar o seu direito, podiamos obriga-lo a obtemperar a esse meio; mas impor-lhe a formalidade da transcripção seria impor-lhe uma condição, cujo cumprimento não estaria no seu arbitrio. Ao lado do interesse do legatario se apresenta o do testador. Fazer depender a validade do testamento da transcripção, seria alterar a faculdade de testar. A validade do testamento não dependeria do facto do testador. Debalde observaria todas as prescripções da lei, restaria uma que elle não poderia preencher; que só poderia ser cumprida depois da sua morte e por mão estranha; e d'esta formalidade dependerá comtudo a efficacia ou ineffícacia do testamento. E, finalmente, que praso se poderia fixar ao legatario para a transcripção? Desde quando se contaria? Desde a morte do testador, ou desde a sciencia do testamento? Eis-ahi questões, cuja solução não

será facil, nem satisfactoria. É por isso que a transmissão se opera no momento da morte do testador por effeito da lei, ainda mesmo que o herdeiro d'ella não saiba.

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

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

A questão de saber se o que se apresenta, como proprietario, é ou não verdadeiro herdeiro do defunto, deve pois ficar ao cuidado dos interessados e não póde ser resolvida pela formalidade do registo».

Felizmente a commissão revisora, alterando fundamentalmente o systema de registo do projecto primitivo, pôde attender as observações e indicações feitas pelo sr. dr. Paes.

Não é sujeita a registo a transmissão da propriedade *immovel indeterminada*, artigo 951.°, § unico. Duas duvidas suscita a redacção d'este §: 1.ª, esta doutrina é applicavel só á propriedade *immovel*, ou a toda a propriedade *immobiliaria*? 2.ª, por propriedade *indeterminada* entende-se a que não é especificada no respectivo titulo, ou só aquella que não é susceptivel de ser especificada?

A primeira duvida remove-se perfeitamente, completando a disposição do § com a do artigo 1722.° porque se fica logo na certeza de que esta doutrina é applicavel tanto aos immoveis por natureza, como aos immoveis por disposição da lei.

A segunda é de mais difficil resolução. O doador que doa, sem os especificar, todos os seus bens, faz uma transmissão, que não seja sujeita a registo? ou só póde dizer-se indeterminada a transmissão, quando não *ha meio* possivel de determinar os bens, como na doação, quando é permittida, dos bens futuros? A redacção do artigo, na generalidade vaga em que se acha, justifica a interpretação de que não é sujeita a registo a transmissão indeterminada, ainda que possa determinar-se, porque a lei não faz distincção. Similhante doutrina porém é um golpe fatal na excellente instituição do registo.

Por isso achâmos muito aceitavel a doutrina exarada na resolução 43.ª do procurador geral da corôa, que manda admittir a registo definitivo a doação generica, em que não se mencionam designadamente os predios doados, logoque as propriedades constem de titulo authentico, admittindo, como titulo authentico, as declarações do doador, ás quaes attribue o mesmo caracter de titulo authentico que á doação, pois ás declarações do doado dá-lhes só o caracter de supplementares.

Conseguintemente o donatario de propriedade indeterminada não é obrigado a registá-la; mas, se requerer a inscripção, especificando os bens doados nos termos da resposta do procurador geral da corôa, deve ser admittido a fazer o registo.

Mas aquelles, a favor de quem foi feita a transmissão de propriedade indeterminada, não podem hypothecar ou alienar esses bens, em prejuizo de terceiro, logoque elles sejam determinados, sem registarem primeiro aquella transmissão, artigo 955.°



O artigo 1439.°, determinando no § unico que as doações só produzem effeitos com relação a terceiros, depois de registadas, sem distincção entre propriedade determinada ou indeterminada, não significa que as transmissões, quando forem a titulo gratuito, hão de ser sempre registadas, ou a propriedade seja determinada ou indeterminada, porque o mesmo § conclue pelas palavras «desde que forem registadas, *como se dirá no titulo respectivo*», que é o titulo do registo, onde se exceptua de registo a transmissão de propriedade indeterminada.

Portanto, se o doador fizer doação indeterminada dos seus bens a um, que a aceite, mas não a registe, e depois fizer doação dos mesmos bens especificados a outro, que a registe, a segunda doação não prejudica a primeira.

Verdade seja que, segundo o disposto no artigo 965.°, os effeitos do registo subsistem, emquanto elle não for cancellado, e que segundo o artigo 149.° do regulamento o registo definitivo de qualquer direito predial a favor de uma pessoa constitue presumpção juridica de que o mesmo direito lhe pertence, emquanto não for cancellado o registo por virtude de sentença proferida em acção intentada para esse effeito, ou não houver legitima transmissão do direito registado.

Estas disposições porém devem ser subordinadas ás outras disposições do mesmo regulamento, artigos 87.° § unico e 150.° n.° 2.°, que exceptuam de registo a transmissão de bens indeterminados, emquanto elles por algum modo não se especificam e determinam.

Pela mesma rasão não é sujeita a registo a transmissão illiquida ou indeterminada, como por successão testamentaria ou *ab intestato*, durante a liquidação ou durante o estado de indivisão, devendo comtudo ser registados os bens immobiliarios á proporção que se forem especificando.

O codigo no artigo 951.° § unico, dispensando do registo a transmissão indeterminada, não ordena positivamente que o registo se faça logoque seja determinada a propriedade. Determina-o porém o regulamento nos citados artigos 87.° § unico e 152.° n.° 2.°; e depois de determinada a propriedade, não póde o adquirente transmitti-la, nem grava-las com hypotheca ou onus reaes, sem registar a transmissão, tudo nos termos do artigo 955.° do codigo.

A legislação hespanhola ordena que se faça constar no registo o cumprimento das condições suspensivas, resolutorias ou rescisorias dos actos ou contratos inscriptos, ou por meio de nota marginal, quando se consummar a acquisição do direito, ou por meio de nova inscripção a favor de quem competir, se a resolução ou rescisão chegar a verificar-se.

Determina igualmente que se faça constar por meio de nota marginal, sempre que os interessados o requeiram ou o juiz o ordene, o pagamento de qualquer quantia feito pelo adquirente, depois da inscripção, por conta ou saldo do preço da venda, ou do abono de qualquer differença de preço nas permutas e na adjudicação.

Eram bem dignas de serem aproveitadas estas prescripções para a nossa legislação sobre registo predial.

5.°, etc. (Vid. artigos 523.° e 524.°)

6.°, etc. (Vid. artigo 1554.° n.° 4.°) Já o decreto de 26 de outubro de 1836 obrigava a registo a penhora, disposição que a lei de 1 de julho de 1863, de certo por esquecimento, não conservou; mas o codigo civil restabeleceu n'esta parte a boa doutrina.

E o registo por penhora é indispensavel mesmo quando os predios já estiverem registados como hypotheca da divida pela qual se fez a

penhora? O citado decreto de 26 de outubro de 1836, artigo 2.º § 1.º n.º 1.º, dispensava expressamente o *registo* da penhora n'este caso; o codigo não toca similhante assumpto.

Cremos porém que, sem embargo do silencio do codigo, depois de estar já registada a inscripção hypothecaria, não é preciso registar a penhora pela mesma divida. O registo da penhora será em todo o caso feito pelo exequente, artigo 122.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

Quando for penhorado mais do que um predio para pagamento da mesma divida, descriptos todos os predios, será uma só a inscripção da penhora, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 117.º

As penhoras, emquanto não existisse nas conservatorias o livro F, deviam registar-se provisoriamente no livro C, regulamento de 14 de maio de 1868, artigos 285.º e 286.º, e resposta 65.ª do procurador geral da corôa.

Na venda dos bens penhorados, ou sejam mobiliarios ou immobiliarios, haja ou não registo de penhora ou de hypotheca, observam-se as formalidades especiaes, a que allude o artigo 1554.º e n.º 4.º

Regista-se a penhora mesmo quando são penhorados só os rendimentos, que, emquanto não são colhidos, se consideram direito immobiliario, artigo 375.º n.º 1.º, como accessorios do principal.

O codigo não sujeita a registo o arresto ou embargo, que devia ser registado quando tivesse por objecto bens immobiliarios.

Verdade seja que em regra o embargo ou arresto só se faz sobre bens mobiliarios, mas nada obsta a que o embargo, arresto, ou sequestro, abranjam tambem bens immobiliarios; e n'este caso devia estar sujeito a registo.

Quaes são os effeitos juridicos do registo da penhora?

O registo da penhora não dá direito de preferencia ao exequente. Só são causa de preferencia os privilegios, e as hypothecas registadas. O registo da penhora obsta apenas á alienação dos bens penhorados por parte do executado, porque estes bens não podem ser alienados senão nos termos das leis, artigo 1554.º n.º 4.º

Suppunhâmos porém que o executado, depois de registada a penhora, vae hypothecar o predio penhorado a terceiro, e que este, registada a sua hypotheca, se apresenta com a certidão do registo no concurso de preferencia, como ha de proceder o juizo das preferencias?

Dizem alguns que o credor hypothecario com a hypotheca registada posteriormente ao registo da penhora tem causa de preferencia, porque o registo produz os seus effeitos, emquanto não é cancellado, artigo 965.º, e que o exequente não tem outro meio de fazer valer o seu direito contra o credor hypothecario, senão pedindo o cancellamento do registo da hypotheca, como indevidamente feito, usando para isso da acção de nullidade de hypotheca, nos termos dos artigos 894.º e 1534.º n.º 4.º, e da acção de rescisão do contrato hypothecario, nos termos do artigo 1033.º; e acrescentam que, para proceder esta acção, se a nova hypotheca provém de contrato oneroso, é indispensavel que o devedor seja insolvente, nos termos dos artigos 1035.º e 1036.º

Nós porém não seguimos similhante opinião, que nos parece contraria a todos os principios que regulam o registo. A hypotheca e o registo da hypotheca, feitos depois de registada a penhora, são nullos, vistoque o executado não podia hypothecar o que não era seu. Conseguintemente o juiz deve desprezar *in limine*, como nullo *ipso jure*, o registo hypothecario feito depois do registo da penhora; ou julgar procedentes os embargos offerecidos contra a hypotheca com o fundamento de nullidade nos termos do artigo 211.º n.º 3.º do regulamento de 28 de abril de 1870.



De outra sorte tinha o executado, que se combinasse com terceiro, meio facil de illudir, ou pelo menos de difficultar a realisação do direito do exequente, que se veria a cada passo na necessidade de parar no processo rapido da execução para intercalar as acções ordinarias convenientes a fim de inutilisar os contratos feitos pelo executado com terceiros, posteriormente á penhora.

No jornal *O Direito* n.º 31, 3.º anno, vem publicado um accordão da relação do Porto, com data de 6 de junho de 1871, bem como a tenção principal, em que se consigna uma jurisprudencia cerebrina sobre os effeitos da penhora sem registo.

Declara-se ali que, em vista do artigo 1554.º n.º 4.º do codigo, não podem já ser vendidos a terceiro pelo executado os bens penhorados, ainda mesmo que não esteja registada a penhora; e, para fazer companhia a esta infeliz doutrina, julgou-se tambem que estava nulla a venda feita pelo executado, porque já estavam os bens anteriormente hypothecados, e a hypotheca registada; commettendo assim o crime de burla, previsto no artigo 450.º n.º 4.º do codigo penal, o executado que vendeu o que estava já hypothecado.

Esta ultima proposição é tão contraria á lei e a todos os principios, que nem de discussão carece.

Quanto á penhora nenhuns effeitos produz com relação a terceiros antes do registo. Emquanto não é registada póde o executado alienar a titulo gratuito ou oneroso, bem como arrendar os bens penhorados, sem que os terceiros adquirentes possam ser incommodados nas suas acquisições, salvas as acções de simulação e de fraude contra o alheador.

O mais é que não havia necessidade de compulsar a moderna legislação hypothecaria para se saber que nenhuns effeitos juridicos produzia a penhora com relação a terceiros antes de registada, porque o decreto de 26 de outubro de 1836 já determinava no artigo 4.º, que o encargo do litigio era inefficaz emquanto não fosse registado.

Este decreto veiu assim alterar o disposto nas ordenações, livro III, titulo 86.º, § 16.º, e livro IV, titulo 10.º, § 9.º, em virtude das quaes, alienada a cousa *litigiosa* pelo condemnado, se procedia na execução contra o adquirente, sem necessidade de outro processo, se elle sabia ou tinha rasão de saber que ella era litigiosa ao tempo do trespasse; e, se elle não era sabedor, nem tinha rasão de saber do facto do litigio, era citado para a execução, e ouvido com seu direito summariamente.

Portanto, antes de registada a penhora, bem podem terceiros comprar os bens ao executado.

Depois de registada porém prosegue a execução contra o possuidor do predio, sem que seja novamente ouvido senão com os embargos geralmente admittidos na execução, conforme o artigo 617.º da reforma judicial, artigo 9.º da lei de 16 de junho de 1855 e artigo 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

§ 1.º, etc. O projecto de codigo, apresentado pelo governo ás côrtes, em parte nenhuma obrigava ao registo do dominio, e nem sequer se referia a similhante registo.

O *dominio*, de que se falla n'este §, é a propriedade *perfeita* nos termos do artigo 2187.º, isto é, a propriedade que resume em si todos os direitos de que ella é susceptivel, sem desmembração alguma, ou pelo menos o *direito de dispor*, ainda que separado do usufructo ou de outros direitos reaes.

A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 sujeitava a registo o dominio, e com rasão, porque é o registo do dominio a base fundamental da certeza de todos os direitos; sem elle a instituição do registo fica incompleta, imperfeita e sem segurança.

Pouco importa ao credor hypothecario, por exemplo, que o registo não indique inscripção hypothecaria anterior á sua, se mais tarde apparece um terceiro, disputando, não a preferencia hypothecaria, mas o dominio do predio hypothecado, que não estava inscripto, porque o dono não tinha obrigação de o registar.

Como, porém o registo do dominio obrigava os proprietarios a enormes sacrificios, não só pelas despezas de inscripção propriamente ditas, mas porque a propriedade em Portugal em regra não se acha verdadeiramente titulada; veiu por isso a lei de 30 de junho de 1864 estabelecer o praso de cinco annos, a contar do estabelecimento definitivo das conservatorias, para se fazer aquelle registo.

Era n'estas circumstancias que o projecto de codigo civil se achava submettido á approvação parlamentar; e a commissão de legislação da camara dos deputados, como meio de conciliação entre a opinião dos que queriam obrigatorio o registo do dominio, e a dos que o queriam absolutamente dispensado, estabeleceu o registo do dominio *facultativo*.

Não empregâmos aqui a palavra «*facultativo*» no mesmo sentido em que é usada no artigo 968.º Como já dissemos, a palavra «*facultativo*» no artigo 968.º significa que o registo não é preciso para a celebração ou perfeição do acto juridico, sem por isso deixar de ser indispensavel para produzir effeitos com relação a terceiros, quando o registo facultativo, nos termos do § 1.º do artigo 949.º, não é indispensavel para produzir effeitos juridicos com relação a terceiros.

Por exemplo. As compras que eu fiz desde 1 de abril de 1867 têem registo facultativo nos termos do artigo 968.º; as compras que eu fiz até áquella data têem registo facultativo nos termos do § 1.º do artigo 949.º

No primeiro caso, se o vendedor vender de novo a outrem, a cousa por mim já comprada, e o novo comprador registar a sua transmissão primeiro do que eu registe a minha, pertence a elle a propriedade por mim primeiro comprada, mas por elle primeiro registada.

No segundo caso, se o vendedor fizer posteriormente venda a outrem, ainda que este registe a sua compra, e eu não tenha registado a minha, não me prefere, porque eu não era obrigado a registar as transmissões antes de 1 de abril de 1867.

Os effeitos unicos do registo das transmissões anteriores a 1 de abril de 1867, são constituir a presumpção juridica, de que o dominio pertence ao registador, porque o artigo 149.º do regulamento dispõe o seguinte: «O registo definitivo de qualquer direito predial a favor de uma pessoa constitue presumpção juridica de que o mesmo direito lhe pertence, emquanto não for cancellado o registo por virtude de sentença proferida em acção intentada para esse effeito, ou não houver legitima transmissão do direito registado.»

Conseguintemente se um terceiro vender, como sua, a minha propriedade, sobre a qual não registei o dominio, e o adquirente vier intentar contra mim a acção de reivindicação, não basta, para sustentar o meu direito, que eu me defenda com os meus titulos de dominio, é indispensavel que eu, por outra acção, ou em reconvenção, requeira a cancellação do seu registo.

Seguimos esta opinião, porque adoptar o parecer de que o terceiro póde, pelo simples facto do registo, vir desapossar-me da minha propriedade, collocando-me na posição de intentar contra elle a acção de cancellamento do registo, depois de expulso da posse da propriedade, absurdo, desde que não é declarado obrigatorio o registo do dominio.



É mesmo o que se dispõe no regulamento de 28 de abril de 1870 que, reproduzindo no artigo 87.º o preceito do artigo 951.º do codigo, tem o § unico redigido nos seguintes termos: «Exceptua-se a transmissão da propriedade immobiliaria emquanto não for determinada (codigo civil, artigo 951.º, § unico), e o dominio adquirido antes de 1 de abril de 1867 (citado codigo, artigo 949.º, § 1.º); disposição de novo repetida no mesmo regulamento no artigo 150.º, que exceptua de registo o dominio adquirido antes de 1 de abril de 1867 (codigo civil, artigo 949.º, § 1.º, e lei de 1 de julho de 1863).

Só o proprietario é parte legitima para requerer o registo do dominio. Nem o credor hypothecario, nem o senhor de qualquer onus real póde requerer aquelle registo.

Se a inscripção do dominio se firmar conjunctamente em mais de um titulo, como de testamento, formal de partilhas, transacção, auto de conciliação, sentença judicial, sendo assim formado um só predio, havido de differentes pessoas, ou em differentes occasiões, pelos mesmos ou por differentes titulos, não se fazem tantas inscripções quantos os titulos, mas uma só com referencia succinta a todos elles, regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 119.º § 2.º, e resposta 45.ª do procurador geral da corôa.

§ 2.º, etc. (Vid. artigos 875.º, 1622.º, 1646.º e 2375.º)

1.º, etc. É o registo da servidão o que tem dado logar a maiores duvidas no registo dos onus reaes.

O registo da servidão passiva faz-se, descrevendo-se, alem do predio serviente, o predio dominante, e, se algum estiver já descripto, addicionando-se-lhe por averbamento a servidão, e ligando-se ambos entre si, e com a inscripção pelas cotas de referencia, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 120.º

Sobre o registo d'estas servidões achavam-se declaradas no regulamento de 14 de maio de 1868, e nas respostas do procurador geral da corôa varias providencias, que vamos indicar.

A servidão dos regos ou levadas que correrem ao longo das estradas ou através de terrenos municipaes ou predios particulares, e que conduzirem aguas de nascentes ou correntes, que de tempos antigos se repartirem entre os diversos proprietarios de uma localidade para rega de suas propriedades ou para outros serviços agricolas e industriaes, poderá ser registada descrevendo-se o primeiro predio serviente e o predio dominante, indicando-se apenas summariamente os demais predios intermediarios, regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 121.º, § unico, devendo a indicação dos predios intermedios ser feita por fórma sufficiente para se verificar a sua identidade, bastando designar os nomes e as suas principaes confrontações, ou uma só d'estas cousas, quando isso seja sufficiente, e podendo admittir-se a indicação feita pelo apresentante com as formalidades requeridas para as declarações complementares, quando não haja titulos possessorios, resposta 70.ª do procurador geral da corôa.

Os predios intermediarios, de que se devia fazer apenas indicação summaria, eram os predios intermediarios *servientes*, resposta 69.ª do procurador geral da corôa.

Se a levada de agua regar differentes predios *separados*, pertencentes ao mesmo dono, *quid juris?*

Faz-se uma só descripção, quando todas estas differentes propriedades constituirem um só predio, ou tantas descripções, quantas as

propriedades, se cada uma for considerada como predio distincto, ainda que os diversos predios sejam objecto do mesmo titulo.

Se forem regados pela mesma levada todos ou muitos dos predios de uma povoação, deverão considerar-se como dominantes para terem uma só descripção?

Não póde fazer-se uma só descripção de muitos ou de todos os predios de uma povoação, como dominantes em relação á levada que os atravessa, se não forem todos do mesmo dono. Se porém a levada os não atravessa, mas corre por fóra dos predios, que têem apenas o direito de se abastecerem d'ella como limitrophes, basta descrever o predio dominante e a servidão, que lhe pertence, do uso das aguas da levada, a qual deverá ser designada.

São as respostas que deu o procurador geral da corôa na consulta 66.ª ás perguntas que ficam formuladas, e que em fórma de duvida lhe foram feitas.

O conservador deve registar as servidões, que se lhe apresentarem julgadas por sentença, ainda que não tenham sido citados os donos dos predios intermediarios, porque as formalidades da justificação são da competencia do juizo, resposta 67.ª do procurador geral da corôa.

É certo que, em vista dos artigos citados do regulamento de 14 de maio de 1868, o direito ás aguas de um predio para regar outro é um verdadeiro onus real, ou uma desmembração do direito de propriedade perfeita; é uma *servidão*.

O regulamento de 28 de abril de 1870 não contém uma só disposição sobre o registo d'estas servidões.

Deve porém notar-se que hoje, em virtude do disposto no decreto dictatorial de 30 de junho de 1870, o registo das servidões apparentes é facultativo, nos termos do § 1.º do artigo 949.º

Não podemos tornar mais palpaveis as rasões justificativas da providencia contida n'aquelle decreto, do que transcrevendo aqui as considerações a este respeito feitas pelo eximio jurisconsulto, Dias de Oliveira, n'um lucido e substancioso artigo, publicado a paginas 3, volume 1.º do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e legislação*, que diz assim:

«Que se mandem registar as servidões não apparentes para terem effeito contra terceiros, é justo, e todos o comprehendem; mas quanto ás servidões apparentes, ás que por sua natureza se acham registadas nos predios dominantes e servientes, por fórma que ninguem póde ignorar a sua existencia, porque estão patentes a todos, que ácerca de taes predios quizerem fazer transacções, aonde está a justificação d'esta restricção ao direito de propriedade? As portas, as janellas, os aqueductos subterraneos, são servidões por tal fórma inscriptas nos predios, a que respeitam, ou sejam publicos ou particulares, que não vemos justificação possivel do legislador, que as manda ainda assim inscrever n'um livro immenso, que de certo lhes não ha de dar maior publicidade do que a que tiram da sua propria natureza.

«Terão todos os proprietarios de predios com portas, ou janellas sobre a via publica, ou sobre predios particulares de soffrer o dispendioso encargo de um registo inutil só porque o legislador teve o capricho de o mandar fazer? Terá a camara de Lisboa de fazer o registo do magnifico aqueducto das aguas livres para conservar a servidão respectiva nos immensos predios por onde passa? Não se acham todas estas servidões bem authenticadamente registadas n'esses predios para que ninguem possa ignora-las, e ser enganado nas transacções que celebrar?



«Ha casos de alienações e subrogações da via publica, sobre a qual ha portas, janellas, e outras servidões apparentes, pertencentes aos predios adjacentes. Será necessario o registo para que os novos adquirentes não impugnem essas servidões?»

Estas rasões são tão peremptorias, que não admittem replica em contrario.

Em todo o caso as servidões são inseparaveis dos predios, a que activa ou passivamente pertençam, artigo 2268.º, devendo registar-se sempre, que houver logar ao registo, sobre as propriedades que oneram, resposta 51.ª do procurador geral da corôa.

O praso para o registo das servidões ainda foi prorogado até 22 de março de 1873, pelo preceito da lei de 15 de junho de 1871; mas para o registo do compascuo findou o praso em 22 de março de 1869, nos termos do artigo 1023.º do codigo, e lei de 1 de julho de 1867, porque nunca foi prorogado.

2.º a 4.º, etc. Para o registo dos onus reaes descriptos em os n.os 3.º e 4.º foi prorogado o praso até 22 de março de 1873, pela lei de 15 de junho de 1871; mas para o registo dos onus reaes, especificados em o n.º 2.º, findou o praso em 22 de março de 1869, nos termos do artigo 1023.º do codigo, porque nunca foi prorogado.

5.º, etc. Tem havido quem sustente, e ha recentes accordãos do supremo tribunal de justiça confirmando a jurisprudencia, de que pelo decreto de 26 de outubro de 1836 era tambem sujeito a registo o dote, sem o que não produzia effeitos juridicos; e fundam-se para isso na disposição do § unico do artigo 5.º e outros do citado decreto.

Confrontando-se, porém, este § com o disposto no § unico do artigo 3.º, e nos artigos 2.º e 4.º, conhece-se que o decreto sujeitava a registo não o *dote* da mulher, mas sim a *hypotheca* nos bens do marido pelo dote da mulher.

Dotou-se a mulher com o predio A, e *hypothecou* o marido o predio B, em garantia dos bens mobiliarios dotaes, ou mesmo dos prejuizos e deteriorações, de que seria susceptivel o predio A. O predio A, para conservar o privilegio dotal, não carecia de ser registado; o predio B para conservar o encargo hypothecario carecia de ser registado.

É assim que nós interpretâmos o artigo 5.º do decreto, entendendo-o pelo artigo 3.º, que é mais claro, e sobretudo pelas disposições dos artigos 2.º e 4.º, onde se *especificam ex-professo* os direitos e encargos sujeitos ao registo; e nenhum d'estes artigos sujeita a registo a doação, senão quando é feita com reserva de usufructo.

Se o dote fosse feito com reserva de usufructo, registava-se, não pelo caracter dotal, mas pela clausula da reserva do usufructo.

Por isso sustentámos sempre que até 21 de março de 1869 não careciam os dotes de ser registados, os dotes anteriores a 1 de abril de 1867, para serem oppostos a terceiros, e para gosarem de todos os privilegios que lhes são inherentes desde a data da sua constituição.

A pratica de julgar porém é em contrario da nossa opinião; e ha pouco tempo o supremo tribunal de justiça, em duas decisões successivas se conformou com esta pratica.

Ainda em accordão de 15 de janeiro de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 28, de 6 de fevereiro do mesmo anno, se exprimia este tribunal nos seguintes termos:

«Considerando que a escriptura (de dote), não se mostra registrada, nem o registro se presume, e portanto que, sejam quaes forem os effeitos que possam produzir em relação aos conjuges ou aos tios doadores, que n'ella intervieram, *é inteiramente inefficaz contra ter-*

*ceiras pessoas*, porque o decreto de 26 de outubro de 1836, nos artigos 3.º e 4.º, não lhe concede, quanto a estes, effeito algum sem o registo.»

Em accordão de 26 de julho de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 181, de 15 de agosto d'aquelle anno, e firmado pelos mesmos juizes, sustenta-se a mesma doutrina.

Diz este accordão:

«Considerando que os dotes não registados são inefficazes com relação a terceiros;

«Considerando que a escriptura dotal, de que se trata, não se mostra registada, nem o registo se presume;

«Considerando que sem registo a escriptura, fossem quaes fossem os seus effeitos quanto aos conjuges, ou aos doadores que n'ella intervieram, não podia prejudicar uma terceira pessoa estranha áquelle acto;

«Considerando que pela certidão do appenso n.º 1, passada pelo respectivo conservador, se mostra que effectivamente a escriptura dotal não estava registada ao tempo da celebração do contrato, que pretende annullar-se pelo motivo da inalienabilidade dos bens dotaes;

«Considerando que estas disposições consignadas terminantemente no decreto de 26 de outubro de 1836, e designadas especificadamente no artigo 9.º, § unico, eram a legislação applicavel á especie do feito, por serem o direito vigente ao tempo das escripturas, etc.»

Esta doutrina invocada pelo tribunal, que nos parece contraria á propria letra das disposições legaes, foi comtudo abraçada unanimemente pelos juizes signatarios do accordão, no numero dos quaes figuram alguns distinctos ornamentos da magistratura portugueza: mas foram de accordo com a pratica de julgar.

No entretanto esta jurisprudencia suscitou logo as observações da imprensa juridica, como da *Revista de jurisprudencia e de legislação*, de Coimbra, e do *Direito*, que ambos a combateram.

É digno de ler-se o que se escreveu a este respeito no referido jornal a *Revista de legislação* n.ºs 110, 119 e 180.

Em nosso entender tem-se confundido na pratica o registo do dote com o registo da hypotheca pelo dote.

O systema de registo, adoptado pelo decreto de 26 de outubro de 1836, era completamente diverso do reconhecido na nossa legislação actual.

Aquelle decreto occupava-se quasi unicamente do registo hypothecario. O artigo 2.º, descrevendo os direitos e encargos prediaes sujeitos a registo, mencionava: 1.º, os *hypothecados* por convenção, ultima vontade ou lei; 2.º, os *litigiosos* por acção sobre o dominio, ou penhora; 3.º, os *doados*, ou por qualquer fórma alienados com *reserva de usufructo*.

Repetindo ainda esta doutrina no artigo 4.º, o referido decreto só declara inefficazes, emquanto não são registados, os encargos de hypothecas, litigio, doação, ou alienação por qualquer outro contrato com reserva de usufructo.

Conseguintemente, nos termos d'aquelle decreto, e em virtude de duas das suas disposições repetidas, ambas claras, expressas e inequivocas, e consignadas nos logares em que se tratava de especificar os encargos sujeitos a registo, só eram inefficazes, emquanto não fossem registados, os encargos de hypotheca, litigio, e alienação com reserva de usufructo.

A inalienabilidade do dote, pois, nada tinha com o registo.



Verdade seja que o artigo 3.º do referido decreto, estabelecendo a regra geral da nulidade do registo, que não fosse feito no julgado da situação dos predios, dispunha no § unico o seguinte: «Exceptua-se o *registo de hypotheca nos bens do marido pelo dote da mulher*, que será feito no julgado, dentro do qual se celebrar o matrimonio.»

Mas este artigo, longe de auctorisar a opinião contraria, é a sua completa condemnação, porque se refere expressamente á *hypotheca* nos bens do marido pelo dote da mulher, sem, sequer, alludir ao registo do *dote*.

Estas disposições não são destruidas pelo preceito do § unico do artigo 9.º, que é redigido nos seguintes termos: «*os registos pelos dotes* poderão limitar-se, alem da sua data e hora, á declaração dos nomes dos contrahentes, data da escriptura, nome do tabellião que a lavrou, e onde, importancia do dote, e especie, em que é constituido.»

Este § não falla do registo *do dote*, mas sim do registo *pelo dote*. Mas, se alguma duvida houvesse a este respeito, dissipava-a o commentario de Correia Telles áquelle §, que diz assim: «A rasão d'esta disposição ácerca do registo dos dotes é porque *esta hypotheca é geral nos bens do marido*, e não constando da escriptura dotal os predios, não podiam confrontar-se no termo do registo. O mesmo se deverá fazer em todos os outros casos, em que a hypotheca é *legal e geral* sobre todos os bens do devedor.»

Ora, aqui está uma opinião auctorisadissima explicando o que significam as palavras «registo *pelo dote*». O mesmo dizemos de igual redacção empregada no § unico do artigo 5.º

Effectivamente o decreto de 26 de outubro de 1836, que aliás não reconhecia o registo do dote, reconhecia no entanto o registo da hypotheca pelo dote.

De entre as hypothecas legaes, especificadas no artigo 7.º do decreto, vem designada a dos credores mencionados no § 40.º da lei de 20 de junho de 1774, que trata do *dote, quando consistir em fazendas, e se der estimado ao marido*, preferindo a respeito d'elle a mulher a quaesquer outros credores anteriores ou posteriores do mesmo marido, postoque fossem geral ou especialmente hypothecarios.

Conseguintemente o dote era registavel, mas não como onus real, e sim como credito, e com hypotheca legal sobre os bens do marido, quando consistia em dinheiro, ou bens moveis, ou nos proprios bens dotaes dados em estimação que importasse venda.

Mas a explicação das palavras «*registo pelo dote*», que se léem nos §§ unicos dos artigos 3.º e 5.º, encontra-se ainda em Correia Telles, que, commentando a disposição final do artigo 7.º, = afóra estas hypothecas, por nenhuma outra, com o pretexto de legal, se tomará registo = diz o seguinte:

«Esta clausula final exclue do registo qualquer outra hypotheca sob pretexto de ser legal. Com esta disposição não se deve entender que ficam sem effeito quaesquer outras hypothecas legaes; do contrario resultaria um transtorno na jurisprudencia, e até contradicção com esta mesma lei, porque o dote da mulher póde ser dado em dinheiro, e os bens do marido ficam legalmente hypothecados á segurança d'aquelle dinheiro, lei final, § 1.º, cod. *Qui pot. in pign.* Não é este o dote de que falla o § 40.º da lei de 20 de junho de 1774, que, como já vimos, é o dote dado em fazendas em uma certa estimação; por conseguinte o dote em dinheiro é aquelle, de que se falla no artigo 3.º, § unico, e no artigo 5.º, § unico. Se n'estes artigos se manda registar o dote sem distincção alguma, seria contradictorio, se não

fosse admittido a registo, por não estar na tabuada das hypothecas registaveis do artigo 7.º, § unico. »

É pois só ao registo de hypothecas, que, no entender de Correia Telles, se refere o decreto sempre que falla de registo pelo dote.

Para nós é corrente que pelo decreto de 26 de outubro de 1836, e antes da execução da lei de 1 de julho de 1863, havia registo de hypotheca pelo dote, mas não registo de encargo dotal; que o registo de hypotheca pelo dote só tinha logar quando este era constituido em dinheiro ou bens moveis, ou dado ao marido em estimação, que importasse venda; que não tendo a mulher feito o registo de hypotheca pelo dote assim constituido, não podia tornar efficaz o seu direito hypothecario com relação a terceiras pessoas; que os bens dotaes immobiliarios inestimados, ou dados em estimação que não importasse venda, durante a vigencia do decreto de 26 de outubro de 1836, não eram sujeitos a registo, podendo a mulher casada oppor a terceiros, independentemente de registo, a qualidade de dotaes d'estes seus bens; e que independentemente de registo, podia este encargo, constituido antes da execução da lei de 1 de julho de 1863, ser opposto a terceiros, até 22 de março de 1869, nos termos do artigo 1023.º do codigo.

Todavia não é esta a pratica de julgar, como bem se mostra das decisões do supremo tribunal de justiça, acima referidas.

Sendo porém constituido depois de 1 de abril de 1867 não póde ser opposto em tempo algum a terceiros, sem precedencia de registo.

Convem igualmente notar que o dote constituido antes de 1 de abril de 1867, ainda registado depois de 22 de março de 1869, póde ser opposto a terceiros, que sobre os bens não adquirissem direito por alguma inscripção anterior.

Se marido e mulher, antes de registarem o dote, contrahiram uma obrigação pessoal, a cujo cumprimento não hypothecaram os bens dotaes, e vão registar o dote, antes do credor promover execução n'estes bens pela divida, fazendo penhora, e *registando-a*, é efficaz o encargo com relação ao exequente, e com relação a quaesquer terceiros, que não tenham a seu favor inscripção anterior.

Finalmente, a falta de registo do encargo dotal não tira ao dote nenhum dos privilegios, de que elle gosa entre as proprias partes e os dotadores, nos termos do artigo 1134.º e seguintes; e apenas obsta a que elle produza effeitos contra terceiros, que têem alguma inscripção registada sobre os bens.

Somos tambem de opinião que os dotes podem ser registados nos termos da lei nova, ainda que na escriptura ante-nupcial não estivessem especificadamente descriptos os bens, comtantoque se prove por documento authentico quaes eram os bens a que essa escriptura se referia.

6.º, etc. (Vid. artigos 1620.º a 1622.º) Pelo nosso direito velho só era obrigado a manter o arrendamento o que adquiria a propriedade por titulo universal, e não assim o que a adquiria por titulo singular.

Pela ordenação, livro IV, titulo IX, *pr.* o comprador de bens de raiz, arrendados *por menos tempo que o de dez annos*, não era obrigado *em regra* a manter o arrendamento, mas sómente nos casos em que o rendeiro podia invocar a seu favor alguma das excepções consignadas no citado *pr.* da ordenação.

D'esta ordenação deduzia-se *a contrario sensu* que, sendo o arrendamento *por dez annos, ou d'ahi para cima*, isto é, a longo praso, nos termos do alvará de 3 de novembro de 1757, era obrigação do comprador conservar o rendeiro; e isto porque em taes contratos havia transferencia do dominio util para o rendeiro, nos termos da ordenação, livro III, titulo XLVII, *pr.*, e livro IV, titulo XLVIII, § 8.º, revogados pelo citado alvará.



Sendo arrematados em praça os bens arrendados, era opinião corrente entre os praxistas que o arrematante não tinha obrigação de conservar o rendeiro.

Fundava-se esta doutrina juridica no principio de que o arrendamento é um contrato meramente pessoal, que não produz um direito real, por mais longo que seja, ou por mais valiosas que sejam as antecipações de renda.

Pela mesma rasão foi muito controvertida a conveniencia de sujeitar os arrendamentos a registo; e mesmo os que concordavam na affirmativa, discrepavam quanto á fixação dos limites do mesmo arrendamento, para ser sujeito a registo.

Todavia qualquer que seja o caracter das relações juridicas provenientes do arrendamento, é certo que quem arrenda abdica *a livre* disposição da cousa arrendada; e é, por isso, indispensavel que os que contratam com elle achem no registo os meios de conhecer a existencia e condições d'aquella limitação da propriedade, quando seja de tal natureza, que possa influir no animo do que pretende adquirir dominio no predio, ou emprestar dinheiro sobre elle.

Por isso o codigo só sujeita a registo o arrendamento quando elle excede um anno com antecipação de renda, ou quatro annos sem essa antecipação; partindo do principio de que só n'estes casos o arrendamento podia influir no animo de quem quizesse contratar sobre o immovel, ou sobre o direito predial arrendado.

Estas garantias concedidas ao arrendatario não prejudicam o liberrimo direito, que tem o proprietario de dispor da propriedade, porque lhe é licito estipular com o arrendatario o largar este a propriedade, logoque o proprietario queira fazer valer os seus direitos, e reivindicar a cousa.

Mas não tendo o senhorio feito similhante estipulação ha de ser privado o arrendatario da propriedade, que o dono transmittiu limitada, como a tinha, pelo arrendamento?

Pois o proprietario, que se obrigou a manter por certo tempo ao arrendatario o goso da cousa, ha de transmittir a propriedade livre d'este encargo, e o adquirente ha de ficar com a faculdade de expulsar o arrendatario, e de o privar talvez dos meios de subsistencia, faltando-se assim á fé dos contratos?

Era pois barbara a doutrina do direito velho; e são muito conformes á rasão e á justiça os preceitos do codigo civil, que deram ao arrendamento o caracter de onus real.

O registo do arrendamento, nos casos em que é obrigatorio, nos termos do n.º 6.º d'este §, e dos artigos 978.º § 7.º e 1622.º, póde ser requerido, tanto pelo locador, como pelo locatario, vistoque ambos podem ter interesse na conservação d'aquelle direito.

Nos termos da legislação hespanhola tambem é obrigatorio o registo do arrendamento, quando as partes assim o convencionam, disposição que não julgâmos reconhecida pelos principios geraes de direito consignados no nosso codigo, vista a disposição do artigo 978.º

Assim, nos termos da nossa legislação, só é sujeito a registo o arrendamento: 1.º, sendo de mais de um anno com adiantamento de renda; 2.º, sendo de mais de quatro annos, sem esse adiantamento: mas não o arrendamento fóra d'aquellas condições, ainda que o tenham assim ajustado as partes.

Supponhâmos porém que o arrendamento é feito por tempo indeterminado, estará sujeito a registo antes de decorrerem os quatro annos, sem antecipação de renda? Decidimo-nos pela affirmativa. Desde que o arrendamento é de mais de anno com antecipação de renda ou póde exceder quatro annos sem essa antecipação é sujeito a registo. Se pois não for registado o arrendamento por tempo indeterminado não póde o arrendatario manter-se em prejuizo de qualquer direito previamente inscripto, alem de quatro annos.

Em vista do artigo 1023.º é claro que o onus do arrendamento não acompanha o predio em poder de terceiro, não se achando inscripto previamente ao registo da transmissão ou de outro facto juridico, que determinasse a transmissão, salvo não sendo o arrendamento sujeito a registo e constando a sua data de titulo authentico ou authenticado, porque n'este caso conta-se a preferencia desde a data do contrato, como se fôra registado.

Tambem no artigo 1621.º se estabelece o mesmo principio com relação aos arrendamentos, determinando-se que os arrendamentos sujeitos a registo, achando-se registados, acompanham o predio em poder de terceiro, se foram registados anteriormente ao registo do acto ou facto, que deu logar á execução. Assim prevalece o arrendamento dos bens do tutor, registado antes do registo da hypotheca nos mesmos bens pelos encargos da tutela, aindaque elles tenham de ser vendidos para pagamento de obrigações contrahidas pelo tutor.

O codigo regula expressamente nos artigos 1620.º e 1621.º os direitos do arrendatario com relação a terceiro, e com relação ao senhorio, nas duas hypotheses de haver transmissão do predio, ou por meio de *expropriação*, ou por *execução judicial*.

O proprietario póde effectivamente ser privado da sua propriedade, ou por motivos de utilidade publica, como para dar logar á construcção de um edificio publico, á abertura de uma estrada, etc., ou em virtude de execução judicial para se desempenhar de obrigações contrahidas para com algum particular, ou para com o estado ou qualquer estabelecimento publico, artigo 2360.º

Se a transmissão resultar de expropriação por utilidade publica, ainda que o arrendatario tenha registado o seu arrendamento, não póde ser n'elle mantido, artigo 1620.º; primeiro que tudo está o interesse publico que, prevalecendo sobre o direito do proprietario, não póde ser posposto ao direito do arrendatario.

O contrato é rescindido n'este caso, ainda mesmo que a expropriação não abranja todo o predio, mas o arrendatario ha de ser indemnisado pelo estado, assim como o proprietario, ou este ha de indemnisar aquelle.

N'uma execução judicial porém o conflicto já não é entre direitos privados e interesse publico, mas entre direitos privados sómente, isto é, entre o direito do exequente e o do arrendatario. Por isso prevalece n'esta hypothese o direito mais antigo, ou o direito primeiramente registado. Se o arrendamento é sujeito a registo, e está inscripto primeiro do que o facto, d'onde nasceu a execução, vae á praça o predio, mas o comprador é obrigado a manter o arrendatario durante o praso do arrendamento, porque comprou já com este onus. Por exemplo a hypotheca registada em consequencia de um emprestimo, póde ser expropriada, e o predio vendido, ainda que haja registo anterior de arrendamento; mas com a condição de o comprador não poder expulsar o arrendatario, emquanto não findar o praso do arrendamento. Se porém a hypotheca já estava registada antes do registo do arrendamento, o arrendatario não tem direito a ser mantido no arrendamento, ainda que o arrendamento constasse de documento authentico, e estivesse registado.



A preferencia conta-se, não desde o começo da execução, mas desde o registo do facto ou contrato, que deu logar á execução.

Os arrendamentos não sujeitos a registo, subsistem igualmente apesar da execução, e em poder do comprador, se foram feitos *antes do registo* do facto que originou a execução, e têem data authentica ou authenticada.

Os arrendamentos sujeitos a registo, mas não registados, não oneram o predio em poder de terceiro, porque é dos principios fundamentaes do registo o não prejudicarem direitos de terceiro, salvo se, não estando registados ao tempo da execução o arrendatario os for registar, antes de se registar a penhora. O direito primeiro inscripto é o que prevalece. Os onus reaes não prejudicam terceiro não sendo registados. Estes são os principios juridicos. Portanto, ainda que o predio avaliado com o desconto do onus real do arrendamento obtivesse em praça o valor necessario para cobrir o credito hypothecario, não se tomava em conta o arrendamento, desde que o seu registo era posterior ao da hypotheca. Os onus reaes, registados posteriormente á hypotheca, por mais insignificante que seja o valor, que esta garanta, em caso nenhum passam com o predio para o terceiro. Se a transmissão não resultar nem de expropriação por utilidade publica, nem de execução judicial, rege o disposto nos artigos 949.º n.º 7.º e 1622.º, se o arrendamento está registado.

O codigo civil pois estabelece tres fórmas juridicas, todas differentes, para a constituição do arrendamento, dando a cada uma d'ellas effeitos diversos.

A primeira consiste no arrendamento, cuja data não consta de titulo authentico ou authenticado; a segunda consiste no arrendamento, cuja data é declarada em titulo d'esta natureza; e a terceira consiste no arrendamento registado, como onus real, nos termos do artigo 949.º § 2.º, n.º 6.º

Quanto á primeira. O codigo não exige prova especial para a constituição do arrendamento. Póde portanto ser verbal o contrato entre senhorio e arrendatario.

Não dura porém o arrendamento, feito por esta fórma, senão emquanto o senhorio conserva no seu dominio a propriedade arrendada. Se o senhorio voluntariamente a alienou, sem resalvar os direitos do arrendatario, não é obrigado o adquirente a manter o arrendamento, como bem se deduz do artigo 1619.º Fica porém o senhorio obrigado a indemnisar de perdas e damnos o arrendatario, nos termos do artigo 705.º do codigo, vistoque voluntariamente o privou das vantagens do contrato. Se porém a transmissão do predio resultou de expropriação por utilidade publica, ou de execução judicial, é rescindido o contrato, sem indemnisação alguma ao arrendatario, como se mostra do citado artigo 705.º, e claramente se infere dos artigos 1619.º e 1620.º

Igualmente por fallecimento do senhorio podem os seus herdeiros despedir o arrendatario sem indemnisação alguma; e, vice versa, por morte do arrendatario podem os seus herdeiros abandonar o arrendamento, sem obrigação de indemnisarem o senhorio.

Quanto á segunda. Os arrendamentos, cuja data é declarada em titulo authentico ou authenticado, obrigam sempre as proprias partes e seus herdeiros. Dão direito ao arrendatario á indemnisação, no caso de expropriação do predio por utilidade publica; e subsistem, apesar da execução, independentemente de registo, se não são considerados onus reaes, admissiveis a registo.

Por este modo a segunda fórma de arrendamento approxima-se muito da natureza dos onus reaes, que é a terceira fórma de arrendamento, da qual temos tratado com grande amplitude.

No projecto primitivo o artigo 1703.º, correspondente ao artigo 1621.º do codigo, era redigido nos seguintes termos:

«Se a transmissão tiver logar por execução observar-se-ha o seguinte:

«§ 1.º Se o predio arrendado for urbano e faltar para acabamento do arrendamento um anno, ficará reduzido esse tempo a um semestre, a contar da arrematação ou da adjudicação: em qualquer outro caso observar-se-ha o contrato.

«§ 2.º Mas se o predio for de cultura, nunca poderá ser despedido o arrendatario, sem que finde o anno de cultura pendente ao tempo da arrematação ou da adjudicação.

«§ 3.º A mesma disposição terá logar nos casos de successão de bens vinculados ou não vinculados, usufructo ou fideicomisso vitalicio ou de reivindicação, não havendo n'este caso má fé da parte do arrendatario.»

A commissão revisora porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, segundo consta da acta das suas sessões de 29 de março de 1862, e da nota ao artigo (1666.º), correspondente do projecto de 1863, alterou fundamentalmente aquella doutrina, tomando as seguintes resoluções, que foram a base do n.º 7.º § 2.º do artigo 949.º, n.º 7.º do artigo 978.º, e dos artigos 1621.º e 1622.º:

«1.ª Que para produzir effeitos para com terceiros, devem ser registados os arrendamentos, excedentes a quatro annos, não havendo antecipação de renda, e os excedentes a um anno, havendo antecipação de renda;

«2.ª Que os arrendamentos não sujeitos a registo subsistem até ao fim, apesar da execução;

«3.º Que dos sujeitos ao registo subsistem apesar da execução, sómente aquelles que estivessem registados em data anterior ao registo do facto em contrato de que a execução resultou;

«4.º Que por esta doutrina fique substituida a do artigo para todos os arrendamentos, tanto de predios rusticos como urbanos, nos casos da execução;

«5.º Que a doutrina d'estes §§ subsiste sómente para os casos de reivindicação de que se falla no § 3.º;

«6.ª Que todos os outros casos de que trata este § estão prejudicados, pelo que resolveu em harmonia com os artigos 1680.º e 1681.º (artigo 1645.º do projecto de 1863, e artigo 1601.º do codigo).

7.º, etc. (Vid. artigo 873.º) A consignação de rendimentos só é sujeita a registo quando respeita a determinado numero de annos, ou para pagamento de quantia determinada, comtantoque n'este caso se determine tambem a quantia que em cada anno deve ser levada em conta no pagamento, nos termos do artigo 876.º, porque fóra d'estas condições não admitte o codigo similhantes contratos.

Este onus devia ser sujeito a registo, porque póde absorver grande parte do capital, representando n'alguns casos mais valor no dominio, do que mesmo o usufructo.

Alem dos onus reaes aqui especificados, haverá outros ainda sujeitos a registo?

Entendemos que não. Para o effeito do registo não ha outros onus reaes, alem dos descriptos no § 2.º do artigo 949.º, nem podem ser admittidos a registo outros factos, alem dos mencionados n'este artigo.



Por isso a adjudicação judicial dos rendimentos não é sujeita a registo.

No entretanto ha sobre esta especie um accordão da relação de Lisboa, de 15 de novembro de 1871, confirmando a sentença do juiz da quinta vara sobre duvidas postas pelo conservador da segunda conservatoria, o qual accordão estabeleceu doutrina em nosso entender abertamente contraria ás disposições legaes.

A especie era a seguinte. Apresentando-se a registo uma sentença de adjudicação de rendimentos, o conservador tomou apenas o registo provisorio, recusando-se a fazer o registo definitivo, e com esse registo provisorio foi o adjudicatario tomar a posse judicial dos rendimentos.

Voltou o interessado ao conservador para lhe fazer o registo definitivo, e este recusou-se de novo, com o fundamento de «Que, pretendendo-se o registo da posse, elle só póde fazer-se nos termos do artigo 524.º do codigo civil, e artigos 126.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870.

«Que sendo a posse, que se pretende registar, effeito e resultado da adjudicação, e tendo esta sido registada apenas provisoriamente, tem primeiramente de converter-se em definitivo o registo para depois se poder registar a posse».

Sobre estas duvidas proferiu o juiz a seguinte decisão:

«A recusa do registo definitivo da adjudicação não teve rasão de ser; mas, actualmente não podia o conservador averba-lo de definitivo sem sentença que lh'o ordenasse.

«Feito o registo da penhora, deveria o conservador ter registado tambem a sentença de adjudicação, revestida de solemnidades legaes, a fim de poderem os recorrentes ir tomar posse dos rendimentos, nos termos do n.º 7.º do § 2.º do artigo 949.º do codigo civil.

«... O artigo 524.º citado trata da *mera* posse, como meio de adquirir, e para o seu registo exige a sentença, a que o conservador allude. N'esta especie de posse quiz o legislador supprir a falta de titulo com a justificação, annuncios, editos e audiencia do ministerio publico, mas na posse titulada não se exige senão o registo do titulo de acquisição, citado codigo, artigo 526.º, n.º 2.º; e de certo uma sentença de adjudicação, proferida por juiz competente, é documento sufficiente para o registo, em vista do n.º 1.º do artigo 978.º do mesmo codigo.

«Portanto dou provimento ao recurso, a fim de ser averbado de definitivo o registo provisorio feito em 7 de dezembro de 1870, registando-se em seguida a posse».

Interposto o competente recurso d'este despacho, a relação decidiu:

«Que aggravado não foi o aggravante ministerio publico com o despacho de que recorre, e por isso lhe denegam provimento, *por absoluta falta de fundamento legal* para se prover».

Por estas decisões mandou-se fazer o registo da adjudicação judicial dos rendimentos e o registo da posse. Não é facil comprehender a explicação e a ligação d'estes dois registos. O certo é que nem uma, nem outra cousa podia ser admittida a registo.

A *adjudicação judicial de rendimentos* não podia ser admittida a registo, porque não está comprehendida no numero dos factos sujeitos a registo, nos termos do artigo 949.º

A *posse* dos rendimentos tambem não podia ser admittida a registo, porque o codigo só sujeita a registo a posse, nos termos do artigo 524.º, em contrario do que dispunha a lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, que no artigo 33.º n.º 6.º sujeitava a registo «*a posse devidamente comprovada*».

N'outros termos. O codigo só admitte a registo a *posse* como direito distincto, e por si existente, depois de julgada nos termos do artigo 524.º, mas não a posse consequencia de outro direito, como na presente especie, em que a posse é o resultado da adjudicação judicial dos rendimentos.

Portanto n'este caso nem havia logar ao registo da posse, que não existia por si, mas em virtude da adjudicação judicial dos rendimentos, nem ao registo d'este acto juridico, porque não o permitte o codigo no artigo 949.º

Se em vez da adjudicação dos rendimentos tivesse sido adjudicada a propriedade, então era sujeita a registo como transmissão, nos termos do n.º 4.º do artigo 949.º

O codigo proscreveu as hypothecas judiciaes. Porém o registo da penhora no processo da execução de adjudicação de rendimentos adverte terceiro de que pesa encargo judicial sobre o predio ou direito predial.

Pelas mesmas rasões o patrimonio ecclesiastico, que é sujeito a registo, como transmissão, não adquire pelo registo a qualidade de inalienavel. Ainda assim tem sido objecto de grande polemica na imprensa juridica, se o patrimonio dos clerigos, depois da nova legislação hypothecaria, é ou não alienavel. Não ha duvida que pelo concilio de Trento, admittido no reino em 1564, e ratificada a sua aceitação em 1569, é essencial a constituição de um patrimonio, que assegure ao ordinando uma subsistencia honesta, a fim de ser admittido a ordens sacras, pela rasão dada no referido concilio: *Non deceat eos qui divino ministerio adscripti sunt, cum ordinis dedecore mendicare, aut sordidum aliquem quaestum exercere?* Por direito canonico não podia ser alienado o patrimonio ecclesiastico sem licença do bispo.

Mas ficaria revogada a lei canonica pelo codigo civil? É a questão.

Os que seguem a negativa fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Que a lei de 1 de julho de 1867 revogou toda a legislação anterior, tanto geral, como especial, que recáe nas materias que o codigo abrange; mas que a legislação revogada é só a *puramente civil*, e que por consequencia ficára em vigor a legislação *civil ecclesiastica*, que regula o patrimonio dos clerigos; porque, se se entendesse que nas palavras «*legislação especial*» se comprehendia toda a legislação, que diz respeito a cidadãos portuguezes, estaria revogada grande parte da legislação commercial, administrativa e de fazenda, o que não entrou de certo na mente do legislador;

2.º Que o encargo póde subsistir facilmente, independentemente de registo, e sem prejuizo de terceiro, porque quem quizer contratar com o clerigo deve exigir-lhe os titulos de acquisição dos bens; e, para maior segurança, poderá exigir o titulo da constituição do patrimonio.

Nós porém seguimos a opinião contraria. Desde que o codigo não comprehendeu em o numero dos onus reaes o dote para ordenação, como comprehendeu o dote para casamento, sujeitando-o a registo, na qualidade de onus real, de certo não quiz declarar inalienavel o patrimonio ecclesiastico.

Regular o modo de ser da propriedade immobiliaria, os seus onus e as condições da sua alienabilidade, entra na esphera pura do direito civil, e é inteiramente estranho aos dominios da legislação canonica. Se o concilio de Trento se metteu a regular o ser temporal do patrimonio dos clerigos, como muitas outras cousas estranhas á jurisdicção ecclesiastica, foi no tempo em que a igreja procurava assenhorear-se dos direitos magestaticos em tudo quanto tivesse a sombra de ecclesiastico.



Porém as innovações feitas no direito civil e em materias profanas pela legislação canonica, e nomeadamente pelo concilio de Trento, têem caido successivamente diante do progresso da nossa civilisação.

Tambem o concilio de Trento dispunha que o raptor fosse obrigado a dotar a raptada, quer casasse com ella, quer não; e essa disposição ha de ser hoje entendida nos termos do codigo penal, artigo 400.º, § unico, e do codigo civil, artigo 2391.º, que dispõe que a indemnisação por violação de honra e virgindade consistirá no dote que o aggressor deverá dar á offendida, conforme a condição e estado da mesma, se com ella não casar.

Tambem o mesmo concilio estabelecia o fôro privilegiado para os clerigos, e o decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, veiu acabar com similhante privilegio.

Os titulos de acquisição dos bens, quando o clerigo tivesse feito a si mesmo o patrimonio, de pouco serviam, e mesmo com a apresentação do titulo constitutivo do patrimonio não podiam evitar-se todas as fraudes, que o clerigo poderia empregar, para illudir o outro pactuante.

Porém a rasão principal do nosso parecer é que o codigo não estabeleceu outro meio para a averiguação dos encargos da propriedade, senão a publicidade no registo da conservatoria.

Alem dos registos sobre bens de raiz, de que se trata n'este artigo e nos seguintes, reconhece o codigo alguns registos por motivo de incapacidade pessoal.

Assim ha um livro em cada juizo orphanologico para o registo de incapacidade por menoridade ou interdicção, artigo 300.º

Desde que o incapaz por menoridade adquire os seus direitos, podendo entrar na administração de seus bens, é indispensavel que esta *mudança* de situação, para que produza effeitos com relação a terceiros, conste do registo, § unico dos artigos 308.º e 309.º

A sentença, que profere a interdicção, carece de ser registada no referido livro das tutelas, artigos 319.º, 334.º, 339.º e 344.º, sendo desde então nullos todos os actos praticados pelo interdicto, artigos 334.º e 349.º A igual registo é sujeita a sentença que levanta a interdicção, artigo 336.º

Nos casos de julgamento de ausencia, e annullação da separação judicial de bens, não ha o registo d'estes actos juridicos, mas simplesmente a sua publicação nos jornaes, artigos 65.º e 1229.º; assim como o requerimento para a simples separação judicial de bens, e a sentença que a julgar, são apenas publicados nos jornaes, artigo 1225.º A sentença de separação de pessoas e bens nem é registada nem publicada.

A legislação hespanhola sujeita a registo as sentenças que decretam incapacidade legal para administrar, ou a presumpção de morte de pessoas ausentes, ou seja imposta a pena de interdicção ou qualquer outra, que modifique a capacidade civil das pessoas quanto á livre disposição de seus bens.

Art. 950.º O registo deve ser feito na conservatoria, em cujo districto está situado o predio a que elle tem de se referir, e não em outra, sob pena de nullidade.

§ unico. Se o predio for situado em territorio de mais de uma conservatoria, o registo será feito em cada uma d'ellas.

(Vid. artigos 964.º, 979.º e 995.º a 997.º) Como o registo é o instrumento da publicidade, é preciso fazer apparecer essa publicidade no

proprio logar da situação do predio, devendo por isso, sempre que os predios forem sitos em territorio de mais de uma conservatoria, fazer-se em cada uma o registo da parte respectiva; e, se a inscripção se não fizer em todas as conservatorias ao mesmo tempo, em cada uma começam os effeitos juridicos desde a data do registo.

É em virtude d'este principio que foi elaborado o artigo 964.º, cuja disposição devia julgar-se comprehendida implicitamente no preceito do artigo 950.º

Com a disposição do artigo 964.º presta o codigo homenagem ao direito internacional privado, que o legislador não póde desattender em presença das relações sempre crescentes entre as nações civilisadas.

Rasões de interesse publico têem feito com que em todos os paizes se respeitem em certos pontos as leis estrangeiras. Esta disposição é tão conveniente aos nacionaes, como aos estrangeiros.

O registo das hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro, sobre bens sitos no reino, não póde fazer-se sem o respectivo titulo se achar devidamente legalisado, artigo 979.º

A fórma de legalisar os titulos, celebrados em paiz estrangeiro para produzirem o seu effeito no reino, acha-se marcada na lei geral, tendo-se por isso com rasão eliminado no regulamento de 28 de abril de 1870 as provisões a este respeito prescriptas no artigo 133.º do anterior regulamento de 14 de maio de 1868.

Na resposta á duvida 75.ª declarou o procurador geral da corôa, que podia ser admittida a registo a escriptura de hypotheca sobre bens existentes em Portugal feita n'um dos consulados portuguezes no imperio do Brazil, se estivesse nos termos designados nos artigos 11.º e 12.º da convenção consular celebrada com aquelle imperio em 11 de julho de 1863, e anteriormente nos termos do artigo 36.º da convenção de 26 de novembro de 1851, e modelo respectivo.

Nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 2.º, haverá em cada comarca do continente do reino e ilhas adjacentes uma conservatoria privativa com a séde na cabeça da mesma comarca. Assim facilita-se quanto é possivel o registo a quem pretende registar os seus titulos.

O juizo da conservatoria fica sendo tambem o juizo competente para conhecer das acções tendentes a cancellar o registo, artigos 995.º e 996.º

N'este caso, se porventura os bens registados, cujo cancellamento se pretende, forem sitos em differentes conservatorias, ha de ser intentada a acção á escolha do auctor, ou na conservatoria onde estiver a maior parte dos bens, regulando-se o valor dos bens pela importancia da contribuição directa, ou no domicilio do registante, se ahi houver alguns dos mencionados bens, artigo 997.º

O artigo 997.º nas palavras «*contribuição directa*» refere-se de certo só á contribuição para o estado, e não á lançada para os encargos do municipio ou da parochia, aliás podia ser desviada a acção do districto da conservatoria, onde houvesse mais bens registados, mas em que não se pagasse contribuição directa nem para o municipio nem para a parochia, para o districto de outra conservatoria, em que houvesse menos bens registados, mas em que a contribuição paga para o municipio e para a parochia, sommada com a contribuição para o estado, attingisse uma importancia maior.

Quando a acção de cancellamento for accumulada com a acção de nullidade do acto juridico, que foi registado, ha de ser proposta no juizo d'esta, nos termos do artigo 191.º da novissima reforma judicial.



A acção de cancellamento propõe-se no juizo da conservatoria unicamente, quando o cancellamento é o fim principal e a essencia da acção.

É certo que o conservador, depois de fazer o registo, ainda que reconheça que o fez em presença de documentos falsos, ou sem o dever fazer, isto é, que procedeu contra o disposto na lei ou no regulamento, não póde por auctoridade propria altera-lo ou cancella-lo, devendo a este respeito aguardar a decisão judiciaria; salvos os casos em que póde fazer-se a rectificação por accordo dos interessados.

Art. 951.º A falta de registo dos titulos, e direitos a elle sujeitos, não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes, ou seus herdeiros ou representantes; mas, para com terceiros, os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registo.

§ unico. Exceptua-se do que fica disposto na ultima parte d'este artigo a transmissão de propriedade immovel, quando esta for indeterminada.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

Art. 952.º A posse não póde ser invocada em juizo para prova da propriedade, emquanto se não mostrar que está registada; mas, depois de registada, o seu começo, para todos os effeitos legaes, deve ser contado em conformidade das disposições d'este codigo.

§ unico. Para as acções meramente possessorias, não é necessaria certidão do registo da posse.

(Vid. notas aos artigos 528.º e 949.º)

Art. 953.º A inscripção no registo de um titulo, translativo de propriedade sem condição suspensiva, envolve, independentemente de alguma outra formalidade, a transmissão da posse para a pessoa a favor de quem essa inscripção foi feita.

O pensamento do artigo 953.º foi dar á *inscripção* no registo de qualquer titulo translativo de propriedade os mesmos effeitos que dava a antiga lei á *posse* judicial ou extrajudicial. Nos termos d'este artigo, o *registo* dispensa a *posse* effectiva; e realmente a publicidade resultante da inscripção é maior e mais solemne do que a proveniente dos actos isolados e parciaes, que constituiam a investidura na posse, nos termos das antigas leis, e que ás vezes não eram presenceados senão pelo numero de pessoas estrictamente necessario para testemunhar o facto da posse.

Sendo porém este o verdadeiro pensamento do artigo, tem dado todavia a sua redacção logar a illações que não podiam ter entrado no espirito do legislador, e que são incompativeis com os principios fundamentaes estabelecidos pelo codigo sobre o registo.

Tem-se dito que, desde que o comprador registou o titulo da compra, ainda que houvesse o predio *a non domino*, não póde defender a sua posse pelos meios possessorios o verdadeiro proprietario, que não registou, porque o registante adquiriu desde logo a posse em virtude do registo.

O verdadeiro proprietario e effectivo possuidor, diz-se, não póde defender-se com o meio *summario* de embargos. Perde a posse, e ha de rehave-la por meio da acção *ordinaria* de dominio, registando primeiro o seu titulo, e cancellando o registo feito pelo outro.

Similhante interpretação porém equivaleria a declarar *obrigatorio* o registo do dominio, que o codigo estabeleceu *facultativo*, e que o projecto de codigo, onde se introduziu o § 1.º do artigo 949.º, nem sequer conhecia.

Por aquella opinião, se dois individuos se conluiassem, vendendo um ao outro o que era de terceiro, e se o comprador registasse logo a transmissão, passava para elle immediatamente a posse pelo facto do registo, e via-se o proprietario na dura necessidade, para a rehaver, de intentar a acção ordinaria.

Acrescentam ainda que nem outra intelligencia póde dar-se ao artigo, em face do regulamento de 28 de abril de 1870, que no artigo 215.º dispõe, como no artigo 241.º dispunha o regulamento de 14 de maio de 1868, que á penhora nos bens hypothecados não serão admittidos embargos de terceiro que tenham por fundamento contrato ou acto juridico que não esteja *registado* em data anterior á do registo da hypotheca; d'onde se deprehende que, se for hypothecada propriedade alheia, e registada a hypotheca, não tem o dono remedio algum para se manter na posse da propriedade, se não estava previamente registado o seu direito.

N'este sentido decidio o juiz de direito de Oliveira de Azemeis, por despacho de 24 de agosto de 1871, que passou em julgado, e que vem publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 184.

Diz o despacho: «Sendo disposição expressa do artigo 215.º do regulamento de registo predial em vigor, que á penhora feita em bens hypothecados, não se admittam embargos de terceiro, que tenham por fundamento contrato ou acto juridico, que não esteja registado em data anterior ao registo da hypotheca, mostram os autos que o registo do dominio a favor do embargante, derivado da escriptura de compra *a retro* por certidão, é posterior ao da hypotheca do crédor exequente.

«Não póde aquella disposição entender-se subordinada ao n.º 1.º do artigo 150.º do citado regulamento, para o effeito de se haver por dispensado, na hypothese de que se trata, o registo do dominio, como adquirido antes do 1.º de abril de 1867; pois onde a lei é clara e terminante não se acceitam distincções e limitações, que contrariem o seu espirito, e em tal caso está o preceito especial do alludido artigo 215.º, regulando para as execuções hypothecarias, a que a nova legislação deu uma fórma de processo mais explicita e isenta de embaraços, tendo por fim melhor garantir a solvabilidade do devedor, e fortalecer o credito da propriedade.

« Não recebo portanto os embargos ».

Em abono d'esta opinião poderá ainda dizer-se, que talvez na redacção do artigo 241.º do regulamento de 14 de maio de 1868, que passou para o artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870, houvesse a idéa de ir conseguindo sem violencia e só com o andar do tempo o registo do dominio dos bens immobiliarios; assim como os redactores do codigo, reconhecendo as difficuldades de tornar obrigatorio desde logo o registo do dominio, tinham sujeito a elle unicamente as transmissões operadas sob o dominio da lei nova.

Ainda assim seguimos a opinião contraria, e entendemos que o possuidor effectivo de bens immobiliarios, embora não haja registado a sua posse, póde oppor embargos á posse do que a registou, ou do que a requer judicialmente, porque os embargos de terceiro contêem por sua natureza *remedio meramente possessorio*, na phrase da lei de 22 de dezembro de 1761, titulo III, § 12.º, e para as acções meramente possessorias não é necessario o registo da posse.



Esta é a pratica constantemente seguida. O proprietario continua a oppor embargos de terceiro hoje, como antes da execução da lei de 1 de julho de 1863, ainda que não tenha registada a sua acquisição, se esta é anterior a 1 de abril de 1867.

Demais, os regulamentos de 14 de maio de 1868 e de 28 de abril de 1870, omittindo as disposições do artigo 138.º do regulamento de 4 de agosto de 1864, que permittiam, n'esta hypothese, ao possuidor effectivo o embargar a entrega judicial, nos termos ordinarios de direito, impugnando o dominio positivo ou presumptivo do transmittente, mas que mandavam que os embargos fossem desprezados *in limine* se o possuidor não tivesse feito conservar e *registar* a sua posse, mostram a desnecessidade do registo para se offerecerem embargos de terceiro.

Nem admiram estas differenças nos regulamentos, porque a lei de 1 de julho de 1863 estabelecia o registo do dominio como *obrigatorio*, e o codigo reconhece-o como *facultativo*.

A posse no caso do artigo 953.º não é um direito independente do dominio, mas sim a consequencia do dominio adquirido pela transmissão. O proprio artigo declara que a transmissão da posse resulta da simples inscripção no registo de um titulo *que transferiu a propriedade*; e portanto se o titulo, por ser proveniente *a non domino*, não transmittiu a propriedade ao registante, não podia tambem transferir-lhe a posse; e já o regulamento de 4 de agosto de 1864, artigo 138.º, permittia ao possuidor effectivo, como acabâmos de ver, o embargar a entrega judicial, nos termos ordinarios de direito, impugnando o dominio positivo ou presumptivo do transmittente.

A posse não póde, é verdade, ser invocada em juizo para prova da propriedade sem se achar registada, mas na especie sujeita o possuidor effectivo não invoca a posse para prova da propriedade: invoca a sua posse como *melhor* do que a d'aquelle que registou.

O artigo 215.º do regulamento, não admittindo embargos de terceiro á penhora, que tenham por fundamento acto juridico, que não esteja registado em data anterior ao da hypotheca, refere-se necessariamente a actos juridicos *sujeitos a registo*, e a prova é que, nos termos do artigo 1023.º do codigo, ampliado por disposições posteriores mencionadas em a nota ao artigo 949.º, alguns onus reaes podem ser oppostos até 22 de março de 1873, independentemente de registo, á hypotheca registada, e por consequencia á penhora.

Seguindo-se opinião contraria parece que a lei, ao passo que por um lado declarava facultativo o registo do dominio, por outro o suppunha obrigatorio.

Deve pois entender-se, que o artigo 215.º do regulamento se refere unicamente aos acto juridicos posteriores a 1 de abril de 1867. Mesmo depois d'esta epocha se o embargante invocar apenas a posse, são admissiveis os embargos sem registo, vista a disposição do § unico do artigo 952.º, que nada tem de incompativel com o artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

As palavras « *que não esteja registado em data anterior ao registo da hypotheca* » referem-se aos contratos ou actos juridicos, que nos termos da lei estão sujeitos a registo; e portanto não comprehendem os actos celebrados antes de 1 de abril de 1867, cujo registo o codigo declarou facultativo.

E tanto mais que o proprio regulamento no artigo 150.º n.º 1.º excepтua do registo, para produzir effeito contra terceiros, *o dominio adquirido antes de 1 de abril de 1867.*

E, quando fosse impossivel a conciliação do artigo 215.º do regulamento com o artigo 949.º § 1.º do codigo, devia preferir este, porque o regulamento não podia derrogar a lei.

O artigo 149.º do regulamento declara, é verdade, que o registo definitivo de qualquer direito predial a favor de uma pessoa, *constitue presumpção juridica* de que o mesmo direito lhe pertence, emquanto não for cancellado o registo por virtude de sentença, ou não houver legitima transmissão do direito registado.

Sem discutirmos, porém, a legalidade d'aquelle preceito, que o governo estabeleceu por um decreto, é certo que nos embargos se disputa apenas a posse, que póde estar de um lado, e a propriedade ou presumpção de propriedade do outro.

Se porém o embargante, para provar a posse que allega, invocar titulo de acquisição, posterior a 1 de abril de 1871, são inadmissiveis os embargos, não estando registado o titulo antes da hypotheca, vistos os artigos 953.º e 954.º do codigo, e o artigo 215.º do regulamento.

Nos embargos de terceiro, que tem por fundamento contrato ou acto juridico, posterior a 1 de abril de 1867, e devidamente registado, não é indispensavel a allegação e a prova da *posse effectiva* dos bens penhorados, porque a inscripção transferiu a posse para a pessoa, a favor de quem foi feita; e por isso, provado o registo, provada está a posse effectiva do embargante nos bens penhorados. Julgâmos assim modificado o artigo 635.º da novissima reforma judicial pelo disposto no artigo 953.º do codigo.

E a relação de Lisboa julgou em accordão de 15 de janeiro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 14, que o adquirente póde usar dos embargos de terceiro, mesmo antes de effectuado o registo, ajuntando documento de o ter requerido opportunamente.

Diz o accordão: «Attendendo a que mostrou tambem ter requerido opportunamente a inscripção das ditas propriedades no competente registo, caso este em que, ainda mesmo não estando ella effectuada por motivo de affluencia de serviço, segundo se declara na certidão de folhas, se não póde deixar de considerar como verificada para todos os effeitos judiciaes, e é applicavel ao appellado embargante o artigo 953.º do codigo civil, que determina que a inscripção no registo de um titulo translativo de propriedade sem condição suspensiva, envolve, independentemente de alguma outra formalidade, a transmissão da posse, para a pessoa a favor de quem essa inscripção foi feita: por isso confirmam a sentença appellada, que julgou procedentes e provados os embargos de terceiro, e mandam relaxar as penhoras nas ditas propriedades arrematadas.»

Se porém o acto juridico, em que se funda o embargante, é anterior a 1 de abril de 1867, e não está registado, é preciso allegar e provar a *posse effectiva* nos bens penhorados nos termos do citado artigo 635.º da novissima reforma judicial, devendo seguir-se o processo prescripto nos artigos 636.º e 639.º da mesma reforma, em harmonia com o disposto no regulamento de 28 de abril de 1870.

Do despacho que recebe os embargos cabe aggravo no auto do processo, e do que os rejeita cabe appellação, no effeito devolutivo, ou embargos se a causa não excede a alçada do juiz.

Portanto, a disposição do artigo 953.º tem só por fim dispensar a tradição da cousa que, por direito romano e pelo nosso direito antigo expresso na ordenação, livro IV, titulo VII *pr.*, era necessaria para a acquisição do dominio, sem que d'aquelle preceito se siga que a posse, pelo facto de ser registada, prevalece sobre outra qualquer posse publica nos termos do artigo 523.º, e que não póde ser destruida senão pela acção de dominio.



A dispensa da tradição, que o registo do titulo translativo do dominio importa, não impede que se possa apurar quem é o verdadeiro possuidor, o que se consegue por o meio possessorio, pois de outro modo seria inutil a disposição dos artigos 489.º e 952.º § unico.

Que o possuidor effectivo de bens immobiliarios, que não haja registado a sua posse, póde offerecer embargos contra a posse judicial, requerida por outrem sobre os mesmos bens, decidiu a relação do Porto em accordão de 30 de novembro de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 34, que aqui vamos transcrever com a tenção a que se refere:

«Accordão em relação: Não foi bem julgado no despacho appellado, que rejeitou *in limine* os embargos oppostos á posse dada á appellada; revogam-no em vista dos autos e direito exposto na primeira tenção, que as seguintes seguiram; e mandam que o juiz, recebendo os embargos, dê logar á sua discussão nos termos regulares, decidindo-se depois como for de direito».

«1.ª tenção.—Vem esta appellação do despacho supra, que rejeitou *in limine* os embargos, em que o appellante se oppoz á posse requerida e tomada pela appellada de metade da tapada designada na petição inicial, da qual a appellante estava de posse anteriormente.

«A decisão do juiz de primeira instancia, fundada no artigo 38.º da lei de 1 de julho de 1863, e no artigo 138.º § 2.º do regulamento de 4 de agosto de 1864, parece-me insustentavel em vista da disposição do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que precede a publicação do codigo civil, e das disposições d'este nos artigos 489.º e 952.º § unico. A propria lei citada no despacho appellado, no § unico do artigo 38.º, não exigia o registo para as acções meramente possessorias, como não póde deixar de considerar-se esta; alem de que os embargos contendo defeza natural, e sendo o meio legitimo de impedir, não devem deixar de receber-se senão quando o direito expressamente os repelle, o que se não verifica no caso presente. Revogaria portanto o despacho appellado, para mandar receber os embargos, e baixar os autos á primeira instancia, para ahi serem disputados e decididos como for de direito»; etc.

No mesmo sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 31 de agosto de 1869, publicado no *Jornal de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 10, 5.º anno.

Em accordão de 23 de maio de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 34, 3.º anno, aceitou a relação do Porto a mesma doutrina, consignada n'uma das respectivas tenções:

«Os embargos são ainda hoje o meio competente ao possuidor effectivo dos bens immobiliarios, contra a posse judicial requerida por outrem sobre os mesmos bens, pelo principio consignado no alvará de 7 de julho de 1767, que ninguem póde ser tirado da sua posse sem ser ouvido e convencido previamente, principio a que se não oppoz o artigo 953.º do codigo civil, como o appellante inculca, porque o que o codigo tem em vista n'este artigo é dispensar a tradição da cousa, que pelo nosso direito antigo, ordenação, livro IV, titulo VII, *pr.*, e alvará de 4 de setembro de 1810, era necessario para se adquirir o dominio, sem que se siga que o effectivo possuidor fica privado de deduzir embargos contra a posse requerida judicialmente por outrem sobre a mesma cousa».

O registo de outro qualquer acto juridico, como de arrendamento, não transfere o direito possessorio ao adquirente. Só o adquirente do dominio é que pelo facto do registo tem, conjuntamente com a propriedade, a posse.

Art. 954.º A entrega e posse judicial de bens immobiliarios não exceptuados no § unico do artigo 951.º em caso nenhum póde dar-se, sob pena de nullidade, sem que se tenha feito o registo do acto juridico em que o requerimento se funda.

(Vid. nota ao artigo 483.º) Em conformidade com esta doutrina julgou a relação do Porto em accordão de 16 de agosto de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 3.º, 4.º anno, que a posse judicial e entrega de bens immobiliarios determinados não póde conferir-se em caso algum sem que preceda o registo do acto juridico, em que o requerimento se funda nos termos do artigo 954.º do mesmo codigo.

O preceito do artigo porém deve julgar-se limitado aos actos, admissiveis e sujeitos a registo nos termos do artigo 949.º

Seria absurdo o exigir-se o registo, por exemplo, do acto da adjudicação judicial de rendimentos, que não é admissivel a registo em vista das disposições do artigo 949.º, para se conferir ao adjudicatario a *posse judicial* dos rendimentos adjudicados para seu pagamento.

Art. 955.º Os actos, de que resulta modificação ou transmissão de propriedade, praticados por qualquer pessoa a favor de quem a transmissão d'ella tenha sido feita, na fórma indicada no § unico do artigo 951.º, ou por seus herdeiros ou representantes, são nullos, com relação a terceiros, se, achando-se determinados os bens, a transmissão não foi registada.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

Art. 956.º A prioridade das inscripções é determinada pela data do dia em que são feitas, e consideram-se, como feitas na mesma data, todas as que são requeridas no mesmo dia.

§ 1.º Concorrendo diversas inscripções da mesma especie, e da mesma data, a prioridade d'ellas será regulada pela ordem do numero que tiverem; sendo as inscripções da mesma data, mas de differentes especies, a prioridade d'ellas será regulada pela ordem da sua apresentação a registo, conforme o que constar do «diario».

§ 2.º Exceptuam-se das disposições do § antecedente as inscripções hypothecarias concorrendo entre si, ás quaes, sendo registadas na mesma data, é applicavel a disposição do artigo 1017.º

Este artigo encerra uma das bases fundamentaes da instituiçao do registo, que é: «A prioridade da inscripção regula a preferencia do direito». É verdade que o codigo não sancciona expressamente n'este nem em nenhum outro artigo o principio geral de que a prioridade



da inscripção regula a preferencia do direito, salvo com relação ás hypothecas não registadas no mesmo dia, artigo 1017.º, e com relação aos onus reaes em collisão com as hypothecas ou com as transmissões, artigos 1022.º e 1023.º Mas o principio generico de que a prioridade da inscripção determina a preferencia do direito havemos de deduzi-lo d'aquellas hypotheses especiaes, e ir procura-lo, como consequencia necessaria do systema geral do registo predial.

Marca o artigo a prioridade das inscripções pela data do dia em que são feitas, e considera-as feitas na mesma data pelo simples facto de serem requeridas no mesmo dia.

Para as inscripções feitas no mesmo dia determina o codigo que, se ellas forem da mesma especie, como dois censos ou duas emphyteuses, regula o numero de ordem, e que se forem de differentes especies, como uma transmissão e um censo, regula a ordem da apresentação a registo. É porém de advertir que, em vista dos regulamentos de 14 de maio de 1868 e de 28 de abril de 1870, não varia o meio regulador da prioridade por as inscripções serem da mesma ou de differente especie, vistoque o numero de ordem é determinado pela ordem da apresentação a registo. Cada inscripção tem um numero de ordem, que é escripto pela ordem da apresentação dos documentos, e que regula depois a precedencia no registo, regulamento de 14 de maio de 1868, artigos 79.º, 90.º e 93.º, e de 28 de abril de 1870, artigos 56.º, 63.º e 85.º Se for apresentado simultaneamente mais de um titulo a registo por diversos requerentes, terá primeiramente numero de ordem o que for mais antigo em data.

Conseguintemente, o meio de determinar a preferencia para os registos feitos no mesmo dia é o mesmo, ou os direitos inscriptos sejam da mesma ou de differente especie, porque tanto vale regular a prioridade pelo numero de ordem, como pela ordem da apresentação a registo.

As regras de prioridade, que regulam as inscripções prediaes feitas no mesmo dia, não abrangem as inscripções hypothecarias. Os registos de hypothecas requeridos no mesmo dia são todos feitos debaixo de um só numero de ordem *commum* designado para esse dia, comquanto tenham outro numero privativo, seguido e continuado de uns para outros. Porém este numero privativo é uma questão de methodo, e não causa de preferencia.

Por esta fórma, as hypothecas registadas no mesmo dia, como são consideradas debaixo de um mesmo numero de ordem generico, não téem entre si preferencia, e dão logar a rateio no caso de não poderem ser satisfeitos integralmente todos os credores.

Não achâmos rasão plausivel que justifique esta excepção relativamente ás inscripções hypothecarias.

O credor hypothecario porém tem meio facil e seguro de evitar este prejuizo, filho do rateio, recorrendo ao registo provisorio, vistoque, depois de convertido em definitivo, conserva o mesmo numero de ordem, e portanto a mesma prioridade; e pela certidão do registo provisorio logo vê se ha outro registo de hypotheca, anterior, ou do mesmo dia.

Art. 957.º Para se lavrar o registo deve haver em cada conservatoria:

1.º Diario;
2.º Registo de descripções;
3.º Registo de inscripções;

4.º Registo de hypothecas;

5.º Registo de transmissões.

§ 1.º O registo indicado no n.º 1.º é destinado á nota dos registos que em cada dia forem requeridos, a qual será feita summariamente na ordem em que se apresentarem.

§ 2.º O registo indicado no n.º 2.º é destinado á descripção de predios pela primeira vez submettidos a registo, e á indicação dos addicionamentos, divisões ou outras modificações dos mesmos predios, que posteriormente occorrerem.

§ 3.º O registo indicado no n.º 3.º é destinado á inscripção de todos os factos mencionados no artigo 955.º, á excepção das hypothecas e transmissões.

§ 4.º O registo indicado no n.º 4.º é destinado só á inscripção das hypothecas.

§ 5.º O registo indicado no n.º 5.º é destinado ao registo das transmissões do todo ou de parte de cada um dos predios, descriptos no competente registo, seja qual for o modo, admittido em direito, por que ellas se operem.

§ 6.º A ligação das descripções, feitas no registo indicado no n.º 2.º, com as inscripções hypothecarias ou com outras, e com as transmissões, e vice-versa, far-se-ha por meio de cotas summarias, lançadas ao lado de cada um d'estes registos, pela fórma que for declarada nos respectivos regulamentos.

Os artigos 28.º a 41.º do regulamento de 28 de abril de 1870 são o melhor commentario para a intelligencia d'este artigo.

O certo é que nas conservatorias devem existir os livros necessarios para o bom desempenho do serviço do registo predial. O regulamento de 14 de maio de 1868 creou mais dois livros, alem dos prescriptos n'este artigo, para o serviço do registo, que são o indice real e o indice pessoal, que foram conservados pelo regulamento de 28 de abril de 1870, artigos supracitados, sendo destinado o primeiro á indicação, por freguezias, dos predios descriptos, e o segundo á indicação, pelas letras do alphabeto, dos nomes dos possuidores dos predios e das pessoas inscriptas passivamente nos registos.

O diario tem por fim certificar quantos titulos foram levados ao registo, e quantos requerimentos para certidões foram apresentados, e a ordem chronologica da sua apresentação, bem como a nota dos livros e folhas, onde o registo se fez.

A nota da apresentação dos titulos no livro «diario» determina a preferencia do serviço e a certeza da prioridade. O serviço das conservatorias não se acha em dia, e algumas ha em que se acha atrazado seis mezes e mais. Mas, ainda que estivesse em dia, era impossivel fazer todos os registos no mesmo dia em que são requeridos. Para obviar a este inconveniente, e para se garantir ás partes a prioridade desde a data da apresentação, é que se estabeleceu o livro «diario», em que se toma nota da apresentação dos documentos; e o numero, que lhes pertencer no diario, regulará a precedencia no registo.

Respeitaveis auctoridades sustentam que os effeitos da nota da apresentação dos titulos no diario não se limitam a determinar a ordem



da preferencia no serviço das conservatorias, mas que muitas vezes supprem a falta do registo effectivo; porque a parte, que ajunta certidão de ter apresentado os titulos a registo, fica relevada temporariamente da responsabilidade de não apresentar o respectivo certificado do registo feito.

É porém de notar que os effeitos da apresentação dos titulos a registo não vão tão longe, como os effeitos do registo effectivo. Os titulos, depois de apresentados a registo, não significam, sequer, que o registo se faça. O conservador não examina a validade dos documentos para tomar a nota da apresentação. Se depois, ao examina-los para effectuar o registo, os acha nullos ou illegaes, e recusa o registo nos termos do artigo 981.º, fica assim sem effeito algum a nota de apresentação, se não houver recurso da decisão do conservador, ou as duvidas por elle postas forem julgadas procedentes.

Ainda mesmo que o conservador certifique que os documentos apresentados estão no caso de serem admittidos a registo, e que o registo não está feito pela complicação do serviço, nem assim fica seguro o direito que do registo carece, porque a parte, emquanto não está feita a inscripção, e se acha apenas apresentado o requerimento, póde desistir do registo, e annullar assim os effeitos da apresentação.

Os effeitos pois da apresentação no diario não podem ir alem de marcar a precedencia no serviço das conservatorias e a prioridade no registo. No entretanto, por equidade contentam-se os tribunaes muitas vezes com a certidão da nota de apresentação em certos casos, em que é aliás necessario o registo nos termos da lei, como mostrámos em a nota ao artigo 483.º Todavia já depois de impressa a materia das notas áquelle artigo, proferiu a relação de Lisboa, em data de 13 de agosto de 1871, o seguinte accordão: «Que não attendeu a petição, porque o constante do documento a ella junto não equivale ao registo, que a lei (artigo 968.º do codigo, e artigos 97.º e 151.º, n.º 1.º do decreto de 28 de abril de 1870), exije effectivo, para que possam findos os articulados proseguir as acções reaes.»

É legal a jurisprudencia d'este accordão; devendo apenas ampliar-se ás acções possessorias a doutrina estabelecida com respeito ás acções reaes; mas tão contraria á equidade, mormente na especie, a que se refere, que é para desejar que o tribunal assente na jurisprudencia, que deixámos consignada em a nota ao artigo 483.º

O accordão indeferiu uma petição, em que se pedia a continuação do processo, que tinha por objecto uma acção real, em vista simplesmente da certidão de apresentação a registo de acção.

O registo das descripções, inscripções, hypothecas e transmissões devia ser feito n'um livro só, em logar de se espalhar por quatro. Um livro unico, em que a primeira pagina fosse destinada á descripção *predial*, e a segunda á inscripção *juridica*, dispensava as *referencias* ás inscripções comprehendidas nos outros livros, e era mais accommodado ao fim do registo e ás condições fundamentaes da sua organisação.

Para os effeitos do registo a principal differença entre hypothecas, transmissões ou qualquer outro direito inscripto, é a que resulta da *prioridade* da inscripção. O que se averigua no registo é a *precedencia* da inscripção. Ou a inscripção seja de hypotheca, ou de onus real, etc., não prejudica terceiro senão desde a data do registo.

Com um livro só viam-se immediatamente na mesma pagina todos os direitos e encargos inscriptos sobre o predio, isto é, via-se a descripção *juridica* da propriedade ao lado da sua descripção *physica*. Abria-se um só livro e n'um só sitio: e ahi se encontrava sobre a des-

cripção do predio, e sobre a inscripção do direito, tudo quanto se desejasse.

Pelo systema do codigo, para o conservador passar uma certidão, póde ver-se na necessidade de percorrer todos os quatro livros do registo para extrahir de cada um os dizeres indicados pelas cotas de referencia, que se acham ao lado das descripções; quando pelo nosso systema, aberto o livro do registo no logar competente, ahi encontrava tudo aquillo de que carecesse para passar uma certidão completa.

Por isso estamos ainda longe da perfeição n'este serviço do registo, comquanto adiantassemos muito sobre as disposições do decreto de 26 de outubro de 1836.

Ainda assim ha argumentos ponderosos contra a nossa opinião, deduzidos sobretudo das necessidades praticas do serviço.

Dizem alguns que com um livro só para as descripções, e inscripções de qualquer natureza, especialmente sendo como são obrigatorios os certificados, estaria o livro sempre preso, tornando-se assim impossivel o expediente da conservatoria; e entendem que o melhor systema seria haver um livro para as descripções, outro para as inscripções hypothecarias, que são as mais frequentes, e outro para quaesquer inscripções, que não fossem hypothecarias.

No § 3.º do artigo ha um erro, devido, de certo, a descuido da commissão revisora e do corpo legislativo. Em vez de «artigo 955.º» deve ler-se «artigo 949.º».

O artigo 957.º é a copia fiel do artigo 962.º do projecto da commissão revisora de 1864, no qual o artigo 953.º correspondia ao artigo 949.º do codigo. Por isso desde que a commissão revisora deu o n.º 957.º ao artigo, que n'aquelle projecto tinha o n.º 962.º, devia dar o n.º 949.º ao artigo, que n'aquelle projecto tinha o n.º 955.º O erro é tão saliente, que facilmente se descobre. Explicámos apenas os motivos da existencia d'elle.

Art. 958.º Os registos serão lavrados, por extracto, no livro competente, ao passo que forem requeridos, em conformidade do artigo antecedente.

Art. 959.º O extracto, quanto á descripção predial, deve conter:

1.º Um numero de ordem;

2.º A data em que foi feito, por anno, mez e dia;

3.º O nome, qualidade e situação, e a confrontação e medição, havendo-as, do predio, a que o registo se refere;

4.º A avaliação do predio, tendo sido feita, e na falta d'ella, o valor venal, renda annual ou producção, que o registante attribuir ao dito predio, declarando-o por escripto, ou o que se deprehender do titulo ou documento que apresentar;

5.º O numero do masso do respectivo anno, em que fica o titulo ou declaração pelo qual a inscripção foi feita, ou a designação do cartorio ou archivo publico onde o titulo existe.

Art. 960.º O extracto, quanto á inscripção predial, alem de um numero de ordem e da data por anno, mez e dia, assim do titulo, como da sua apresentação no registo, deve conter:



§ 1.º O nome, estado, profissão e domicilio:

1.º Do possuidor, nas hypothecas, onus reaes e posses;

2.º Do transmittente, nos titulos de transmissão;

3.º Do réu, nas acções e sentenças;

4.º Do executado, nas penhoras.

§ 2.º O nome, estado, profissão e domicilio:

1.º Das pessoas a favor de quem são constituidas as hypothecas e os onus reaes, ou a designação dos predios dominantes, nas servidões;

2.º Da pessoa a favor de quem a transmissão é feita, nas transmissões de bens immobiliarios;

3.º Do auctor, nas acções e sentenças;

4.º Do exequente, nas penhoras.

§ 3.º A quantia assegurada pela hypotheca, pela qual foi feita a transmissão, ou para cujo pagamento a penhora foi feita.

§ 4.º As condições, que acompanham a hypotheca, a transmissão ou o onus real.

§ 5.º O numero do masso do respectivo anno, em que fica o titulo ou declaração, pelo qual a inscripção foi feita, ou a designação do cartorio ou archivo publico, onde o titulo existe.

As legislações modernas não estão todas de accordo sobre o systema da organisação do registo. Umas adoptam a *transcripção*, isto é, a copia litteral dos titulos e documentos; mas a maior parte adopta o systema da *inscripção*, isto é, o registo por extrato dos titulos.

Entre nós faz-se por *extracto*, e não por *transcripção* o registo. A copia textual dos documentos, nos livros da conservatoria, tinha a vantagem de representar com toda a exactidão a materia do titulo, de constituir dois archivos, que mutuamente se fiscalisavam, de evitar erros a que póde dar logar um extracto mau, e de dispensar uma competencia technica e especial nos officiaes do registo.

Mas por outro lado tinha graves inconvenientes. Em primeiro logar, produzindo logo a escriptura de muitos livros, seria uma indicação confusa e obscura dos direitos, porque poucas pessoas estariam habilitadas para, na reunião e complicação de varios documentos, fazerem idéa exacta do estado da propriedade; e nas transmissões e constituições de direitos reaes de pequena importancia, poucas vezes o valor do direito inscripto compensaria as despezas da inscripção.

Pelo contrario, o registo por extracto, consubstanciando a descripção do predio com as suas confrontações, e as condições do titulo juridico, que revelam o estado de direito da propriedade, com a indicação dos titulos levados ao registo, e do cartorio ou do processo d'onde foram extrahidos, se não são meramente particulares, e das pessoas que activa e passivamente n'elles figuram, manifesta o estado da propriedade com clareza accessivel mesmo áquelles que não são versados ou conhecedores de objectos juridicos.

O extracto do documento é o serviço mais delicado do registo, e por isso o regulamento o commette exclusivamente aos conservadores e aos seus ajudantes; e para mais clareza e exactidão permitte ás partes o apresentarem as minutas dos respectivos extractos, pelas quaes

o conservador é obrigado a guiar-se, se as não achar em opposição com o que for expresso nos titulos, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 57.º Não podem porém as partes fazer registar actos juridicos que não constem dos titulos. Assim, na descripção de um predio para o effeito de uma hypotheca, não deve o conservador mencionar a existencia de um censo ou de um fôro, se dos titulos apresentados a registo não constar a existencia do encargo, salvo para maior clareza e distincção, mas sem effeito algum proveniente do facto do registo.

São commentario ás disposições dos artigos 959.º e 960.º do codigo os artigos 84.º, 103.º a 123.º e 125.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

A descripção predial tem unicamente por fim verificar a identidade do predio sobre que ha de recair a inscripção; e faz-se á vista dos titulos e das declarações supplementares dos registantes.

A descripção predial encerra a descripção physica do predio; e a inscripção predial faz a descripção juridica do mesmo predio. Pela descripção predial sabem todos o que o predio é, a sua natureza e confrontações, producção e valor; pela inscripção predial todos sabem os direitos e encargos juridicos inherentes ao predio.

O fim da lei é manifestar o *estado juridico* da propriedade; mas, como similhante estado não póde averiguar-se sem se conhecer a situação physica do predio, d'ahi vem a necessidade da descripção predial.

Os direitos são pela sua natureza absoluta *formaes* e *subjectivos;* mas, quando *hypotheticos* e *positivos,* andam inherentes a certos objectos *materiaes,* que é indispensavel precisar. O direito é a fórma, e o predio o fundo, se assim nos podemos exprimir; e, como a fórma depende do fundo para se apreciar, do mesmo modo os direitos dependem da designação dos objectos para se realisarem. Por isso não póde haver inscripção predial sem descripção predial, que a preceda.

Sem embargo dos requisitos exigidos no artigo 959.º para a descripção predial algumas vezes acontece não ficar bem determinada a identidade do predio, e apparecer depois mais de um registo sobre a a mesma propriedade, quando o segundo registante, ao tempo de fazer o seu registo, julgava que ninguem lhe preferia na inscripção. Feita porém mais de uma inscripção sobre a mesma propriedade por erro ácerca da identidade do predio, só por decisão judicial póde ser determinado o cancellamento da inscripção, indevidamente feita; salvo accordo dos interessados e do conservador.

Cremos que sem a medição obrigatoria das propriedades para o registo não será facil determinar devidamente a identidade dos predios descriptos.

Em o n.º 5.º do artigo 959.º emprega-se a palavra *inscripção,* de certo, em vez de *descripção,* porque é do extracto da descripção predial, que se trata em todo aquelle artigo. Todavia o erro, se o ha, estava já nos projectos da commissão revisora de 1864 e 1865, em que ella se occupou d'este assumpto, e vinha da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, artigo 45.º

O codigo, especificando as circumstancias que devem mencionar-se na inscripção das hypothecas, onus reaes, posse, transmissões, acções, sentenças e penhoras, nem uma palavra diz com relação ao dominio, porque o dominio pelo projecto de codigo não era *sujeito* a registo como ainda hoje o não é. O § 1.º do artigo 949.º, que aliás não *sujeue,* e apenas *admitte* a registo o dominio, foi introduzido no codigo pela commissão de legislação da camara dos deputados; e por esta occasião houve descuido em regular as condições do registo do dominio, quanto ao extracto para a descripção e inscripção predial. Porém o regulamento de 14 de maio de 1868 regulou o serviço do registo do dominio.



Está tão confusa a redacção do § 3.º do artigo 960.º, que convem notar, que as palavras «*pela qual*» empregadas n'aquelle artigo, se referem a «*quantia*» e não a «*hypotheca*» de que se usa no mesmo §.

Para se corrigirem os erros *materiaes* do registo que o não alterassem substancialmente, como engano nos nomes ou nas confrontações do predio, etc., dispunha o artigo 86.º do regulamento de 14 de maio de 1868 o seguinte:

Que esses erros podiam ser rectificados por iniciativa do conservador, e *ex-officio,* ou a instancia de qualquer das partes interessadas; que para se poder fazer em um e outro caso a rectificação, devia o conservador officiar ao respectivo administrador do concelho ou bairro, para que elle mandasse intimar todos os interessados activa e passivamente no registo, para que em dia e hora certa comparecessem na conservatoria, sob pena de revelia, declarando-se-lhes o fim da convocação;

Que reunidos os interessados no dia e hora designados, concordando todos entre si e com o conservador em fazer-se a rectificação, effectuar-se-ia esta, reduzindo-se o accordo a termo, que seria assignado pelo conservador e interessados;

Que no caso de que todos ou algum dos interessados deixasse de comparecer no dia e hora designados para se tratar da rectificação, não seria essa falta motivo sufficiente para se não fazer; mas que, se os interessados não concordassem entre si e com o conservador a respeito d'ella, este, fazendo uma breve exposição ácerca do erro material que, ou elle ou algum dos interessados, entendessem dever rectificar-se, e das rasões oppostas á rectificação, enviaria tudo *ex-officio,* ou a requerimento de parte, ao juiz de direito da comarca, para este decidir como entendesse de justiça.

Erros *materiaes,* segundo os definiu na sua exposição de motivos a commissão encarregada de elaborar o projecto de lei hypothecaria de Hespanha, de 8 de fevereiro de 1861, são os que consistem em escrever involuntariamente umas palavras por outras, em omittir algumas circumstancias cuja falta não seja substancial, em trocar os nomes ou as quantidades ao transcreve-los do titulo, sem todavia mudar o sentido geral da inscripção ou de alguma das suas partes; e os erros de *pensamento,* segundo os definia a mesma commissão, consistem em se alterar o sentido do titulo no extracto da inscripção n'algum ponto em que a alteração importasse nullidade, porque n'este caso não podia rectificar-se a inscripção, ficando salvo aos interessados o direito de reclamar.

Com relação aos erros materiaes ainda a commissão distinguia entre os que podiam ser rectificados em presença dos titulos que se achavam nos registos, e aquelles para cuja rectificação não havia meios de exame e comparação na conservatoria; deixando no primeiro caso aos officiaes do registo a faculdade de fazer as rectificações, e exigindo no segundo caso o accordo do interessado, que tivesse em seu poder o titulo inscripto, e, na falta d'este accordo, uma decisão judicial.

Nos erros de *pensamento,* quando elles não appareciam claramente nos assentos das inscripções ou dos cancellamentos, exigia sempre o accordo unanime dos interessados e do conservador, e na falta d'este uma decisão judicial. Se porém o erro estava apenas nos assentos de

apresentação, nas notas marginaes, nas cotas de referencia, e nos assentos do registo de hypotheca por ordem alphabetica, e se podiam conhecer simplesmente pela inscripção, tinha faculdade o conservador de por si os rectificar.

O nosso regulamento de 28 de abril de 1870 adoptou no artigo 140.º para a rectificação de todos e quaesquer erros do registo, o processo marcado no artigo 86.º do regulamento de 14 de maio de 1868, para a rectificação dos erros materiaes do mesmo registo.

Preferimos a doutrina do regulamento de 28 de abril de 1870, visto o preceito do artigo 141.º, que determina que as rectificações feitas nos termos do artigo antecedente nunca poderão prejudicar as pessoas inscriptas em outros registos que affectem o mesmo predio, salvo se voluntariamente comparecerem e n'elles concordarem.

Effectivamente a rectificação, qualquer que seja a natureza do erro, nunca póde retrotrahir-se ao tempo da inscripção rectificada. Reclamassem os interessados opportunamente a rectificação. Os que o ignoravam, e que contrataram na idéa de que não havia inscripção, que podesse prejudicar a acquisição do seu direito, não hão de ser victimas de uma falta, que não póde ser-lhes imputada.

Os conservadores serão inhibidos de fazerem os registos dos seus direitos, e dos direitos de seus descendentes ou ascendentes?

Não ha disposição legal que estabeleça similhante incompatibilidade, e não ha incompatibilidade que não seja declarada por lei.

As funcções dos conservadores são de natureza estranha ás suspeições. Ha tambem recurso das suas duvidas, e gravissimas penas contra os abusos que praticam.

Art. 961.º O conservador, que omittir qualquer das declarações de que trata o artigo 959.º, será suspenso por tempo de um anno, alem de incorrer na responsabilidade pelas perdas e damnos, que resultarem da omissão.

Art. 962.º Das declarações, de que trata o artigo 960.º, o conservador só é obrigado a fazer as que constarem do titulo registado. Quando alguma for omittida, o procedimento, que houver de adoptar-se contra o conservador, graduar-se-ha pela gravidade da omissão, e pelo grau de culpa ou de dolo que n'ella tiver havido.

O codigo com rasão prescreve a responsabilidade civil e penal dos conservadores, que omittirem alguma das declarações exigidas no extracto da descripção ou da inscripção predial, estabelecendo para a omissão no extracto da descripção predial pena criminal determinada, e deixando a pena, pela omissão no extracto da inscripção predial, dependente da importancia do facto e da gravidade da intenção.

Quanto ás declarações prescriptas na lei para a descripção predial não deve ser relevado de responsabilidade o conservador se omittir alguma, porque as faltas dos titulos são suppridas com as declarações complementares dos interessados.

O conservador pois não tem desculpa se omittir no registo alguma das condições prescriptas no artigo 959.º, vistoque nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 199.º n.º 15.º, elle póde exigir dos requerentes, escriptas e assignadas, as declarações complementares indispensaveis para as descripções prediaes.



Porém declarações relativas á inscripção predial não póde elle inserir senão as que constarem de documentos, porque só têem valor as declarações relativas ao estado *juridico* da propriedade, que estiverem tituladas.

Não é indispensavel que as minutas apresentadas para registo sejam *escriptas* pelas proprias partes ou seus procuradores, e com duas testemunhas, e com o reconhecimento de todas as assignaturas.

As minutas e declarações complementares para registo basta que sejam assignadas pelos registantes ou seus procuradores, artigo 57.º § unico do regulamento. Exceptuam-se apenas as declarações para registo provisorio de fóros, censos e quinhões, hypothecas voluntarias e legaes, onus reaes, e transmissão por effeito de contrato, artigos 969.º do codigo, e 138.º do regulamento, e tambem as declarações para registo definitivo de hypotheca legal, nos termos dos artigos 77.º § 2.º e 93.º § unico do regulamento.

Não deve porém entender-se em tal rigor o preceito do artigo 969.º do codigo, de modo que não possam ser escriptas pelo procurador as declarações, quando o registante requerer o registo por intermedio do procurador, ou que não baste a assignatura do registante, ou mesmo a de terceiro, quando elle não souber ou estiver impossibilitado de escrever, sendo authenticadas pelo tabellião estas circumstancias.

O registante póde tambem comprehender em uma só minuta todas as declarações complementares relativas a diversos titulos apresentados no mesmo dia. Esta é a pratica geralmente seguida nas conservatorias, a qual não é todavia expressamente auctorisada por disposição vigente; mas que se funda em boa rasão.

Art. 963.º O conservador entregará á pessoa que lhe tiver requerido o registo um certificado d'este, conferido com o original e assignado, o qual será admittido em juizo como prova de ter sido feito o registo.

§ unico. No caso de destruição fortuita, ou de extravio do certificado, o credor póde requerer uma certidão, que lhe será passada pelo conservador, e terá a mesma força do certificado destruido ou extraviado.

A entrega do certificado é o ultimo acto do serviço com relação á pessoa que tiver requerido o registo. Nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigos 62.º e 180.º, o certicado do registo é obrigatorio, não só para o conservador, mas tambem para a parte.

Assim como o conservador não póde recusar-se a entregar o certificado á parte, não póde esta tambem recusar-se a recebe-lo, ou pelo menos, a pagar os emolumentos devidos por elle.

O codigo, como se mostra do artigo, não obriga de um modo positivo e terminante a parte a receber o certificado, que é o documento de que ella ha de valer-se para sustentar o seu direito em juizo, mas de que póde prescindir até que lhe seja necessario, limitando-se apenas a fazer as despezas do registo; assim como os interessados n'uma escriptura publica podem prescindir de receber o traslado, que o tabellião aliás é obrigado a entregar-lhes, se os outorgantes assim o quizerem; e n'esta conformidade se achava determinado no regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 200.º

Demais o certificado podia dispensar-se perfeitamente, logoque no titulo registado, e restituido á parte, se lançasse a nota do dia, em

que se fez o registo, do respectivo numero de ordem, e do livro e folhas, onde o registo ficava.

O regulamento de 28 de abril de 1870 porém alterou esta doutrina, talvez no intuito de favorecer a sorte dos conservadores, mas aggravando a dos contribuintes, e obrigando o interessado a possuir a prova do seu direito inscripto, ainda que elle queira prescindir d'ella, tornando assim obrigatorio um direito por sua natureza facultativo.

Alguns dos membros da commissão encarregada de elaborar o regulamento, que tem a data de 28 de abril de 1870, votaram pelo certificado obrigatorio, sem attenção pelos interesses dos conservadores, e unicamente pela convicção, que tinham, de que nos termos do artigo 963.º do codigo é obrigatorio o certificado do registo.

O certo é que o interessado, ainda que se recuse a aceitar o certificado, não póde negar-se a pagar os emolumentos devidos por este documento, porque o conservador tem contra elles o meio executivo estabelecido no artigo 195.º do regulamento, podendo cobra-los executivamente, se não forem pagos dentro de trinta dias depois de feito o serviço, e servindo de base e prova no processo os respectivos conhecimentos ou recibos.

É dura e, em nosso entender, injuridica esta disposição, mas ha de ser respeitada como lei.

Os certificados hão de ser passados em fórma de certidão, e devem conter a copia textual dos registos ou dos actos a elles relativos; havendo para cada registo um só certificado, em que se copie primeiro a inscripção, e depois a descripção ou descripções prediaes respectivas; e devendo os certificados dos averbamentos conter, alem d'isso, narrativamente quaesquer esclarecimentos tendentes a fazer conhecer o seu objecto e o seu fim, salvo requerendo as partes outra cousa, citado regulamento, artigo 180.º

Tanto os certificados como as certidões poderão ser extrahidos pelos empregados subalternos das conservatorias, mas hão de ser, em todo o caso, assignados pelos conservadores ou por seus ajudantes, depois de revistas e de concertadas as certidões, e de conferidos com o original os certificados, fazendo-se d'isso expressa menção, artigos 62.º e 183.º do citado regulamento.

Dos documentos archivados podem passar-se certidões, como dos livros do registo, não podendo os conservadores demora-las por mais de tres dias, citado regulamento, artigos 172.º, 176.º, 177.º e 199.º n.º 11.º; e, para se verificar se o conservador passou as certidões dentro do praso legal, ordena o regulamento que dos requerimentos para certidões se tome nota de apresentação no diario, e permitte ás partes fazer esses requerimentos em duplicado, para que se lhes entregue um exemplar com a declaração de *apresentado*, citado regulamento, artigo 174.º

A inscripção dos direitos, sujeitos a registo nos termos do codigo e do regulamento, não póde ser provada em juizo senão por meio d'estes certificados ou certidões; e os conservadores e seus ajudantes, tanto nas certidões e certificados que passarem, como nas declarações escriptas que assignarem, relativas a objectos da sua competencia, são considerados como officiaes, que, segundo a lei, têem fé publica em juizo, citado regulamento, artigo 171.º

Nos termos do mesmo regulamento, citado artigo 172.º, podem ser requeridas as certidões por toda e qualquer pessoa; disposição que achâmos sobremaneira preferivel á das legislações que não permittem requerer estas certidões senão áquelles que, no entender do conservador, tenham interesse evidente em averiguar o estado do immovel ou do direito immobiliario de que se trata, ou em virtude de ordem judicial.



O nosso regulamento nem podia deixar de dar amplissima liberdade a toda e qualquer pessoa de requerer certidões do registo, não só porque não póde ser o conservador, mas sim e unicamente o proprio requerente, juiz do interesse que tem em conhecer a inscripção, mas ainda porque o regulamento, e bem assim e o codigo, artigo 985.º, impõem, como outras legislações, ao conservador o dever de mostrar gratuitamente os livros da conservatoria a quem queira ve-los, ou pelo menos a quem, no entender do conservador, tenha interesse evidente em averiguar o estado dos bens immoveis, ou dos direitos immobiliarios inscriptos.

Quando os certificados ou certidões estiverem em desharmonia com o original, é o teor d'este que prevalece, como bem se infere do artigo 948.º do codigo, ficando porém salva aos interessados a acção de indemnisação contra o conservador ou seu ajudante, nos termos dos artigos 199.º n.º 11.º e 200.º do regulamento.

O codigo só permitte ás partes requerer certidão do registo nos casos de *destruição fortuita* ou *extravio* do certificado. Mas que prova ha de dar o interessado de que não inutilisou elle de proposito o certificado, mas sim que foi destruido ou extraviado sem culpa sua, para obter a certidão?

Em nosso entender nem preciso é jurar a perda do documento, bastando a declaração do interessado, de que já não possue o certificado, para requerer nova certidão. O regulamento mesmo, reproduzindo no artigo 182.º o § unico d'este artigo, supprimiu no entanto a palavra «*fortuita*», mostrando assim que, logoque seja destruido ou extraviado o certificado, qualquer que seja o motivo da destruição ou extravio, póde ser requerida certidão do registo.

Art. 964.º As hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro, sobre bens existentes no reino, só produzem os seus effeitos, desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatorias nacionaes.

(Vid. notas aos artigos 24.º e 950.º)

Art. 965.º Os effeitos do registo subsistem emquanto este não é cancellado.

(Vid. artigo 974.º) A intelligencia do artigo é que o registo, ainda que fundado em documento nullo ou falso, desde que está feito, produz todos os effeitos de registo legal emquanto não for cancellado em presença de sentença sobre acção intentada para o fim da cancellação.

As nullidades do registo ou do seu cancellamento sómente desde a data do registo da competente acção de nullidade prejudicam a terceiros, que ao tempo d'este registo não se achavam ainda inscriptos, como determina o regulamento no artigo 154.º

Porém esta disposição do regulamento deve julgar-se modificada pelas observações que fazemos em a nota aos artigos 998.º e 999.º

Nos termos do decreto de 26 de outubro de 1836, artigo 5.º, os registos, salvas duas excepções, não conservavam os seus effeitos alem de dez annos, sem serem renovados dentro do ultimo anno de cada decennio. Este systema, com a unica differença de ampliar o praso a vinte annos, se conservava na proposta que foi convertida na lei de 1 de julho de 1863, devendo-se á camara dos dignos pares a elimina-

ção de similhante doutrina, e a substituição pela que se acha hoje consignada n'este artigo.

Parece-nos que o fim principal do artigo foi estabelecer a desnecessidade da renovação do registo, que era exigida pelo artigo 5.º do decreto de 26 de outubro de 1836. O governo dando ao registo de qualquer direito os effeitos de constituir *presumpção juridica* de pertencer esse direito á pessoa, a favor de quem estiver inscripto, como se mostra do artigo 149.º do regulamento de 28 de abril de 1870, exorbitou.

O registo não dá nem tira direitos; não augmenta nem diminue o valor dos documentos, em que se funda. Os seus effeitos são manifestar a terceiros o estado dos direitos e encargos das propriedades inscriptas na conservatoria para que elles não sejam illudidos em quaesquer contratos pelo possuidor dos predios.

Os artigos 88.º e 152.º do regulamento de 28 de abril de 1870, reproduzindo o disposto n'este artigo, declaram que os effeitos do registo definitivo subsistem emquanto não for cancellado, e os do registo provisorio emquanto não for cancellado, ou não caducar pelo lapso de tempo sem renovação, codigo civil, artigos 965.º e 974.º

É esta de certo a mais importante differença entre o registo provisorio e o definitivo. Com relação ás hypothecas o registo definitivo dá, alem d'isso, direito á expropriação hypothecaria pelo processo marcado no artigo 206.º do regulamento. O registo definitivo produz os seus effeitos, e subsiste emquanto não é cancellado; o registo provisorio é sujeito não só ao cancellamento, mas á renovação, e á caducidade pelo lapso do tempo, ou pela decisão judicial exclusiva da conversão. O registo provisorio é uma especie de previsão e antecipação do registo definitivo, mas depois da conversão conserva, como definitivo, o mesmo numero de ordem, que tinha como provisorio, e desde este se contam todos os seus effeitos.

O praso para a renovação ou averbamento é de um anno, salvas as hypotheses previstas no artigo 976.º, em que o praso, por que tem validade o registo provisorio, é o *estipulado* no contrato, ou seja de dias, mezes, ou de annos, e mais um mez, citado artigo, e regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 99.º Segundo o disposto no artigo 100.º do regulamento os registos provisorios sobre os factos especificados nos artigos 970.º a 976.º não carecem de ser repetidos, bastando apenas a renovação do primitivo registo provisorio, renovação que se faz como se pratica para o converter em definitivo, isto é, por averbamento feito á margem do mesmo registo em vista do documento competente, resposta do procurador geral da corôa á duvida 30.ª

O praso do anno para o averbamento ou conversão em definitivo do registo provisorio, conta-se não desde a apresentação do documento para o registo, mas desde a effectividade do mesmo registo, ou desde a sua conclusão; porque tanto o codigo, artigo 974.º, como o regulamento, artigo 99.º, mandam contar este praso de um anno *desde a sua data*.

Se o interessado deixar caducar o registo de acção sem o renovar dentro de um anno, não fica por isso inhibido de requerer novo registo, provando por nova certidão que o processo está em andamento. A acção porém fica suspensa pela falta de renovação do registo, visto que findos os articulados deve ser registada; e o registo, que não é renovado no praso legal, fica extincto para todos os effeitos.

Ás descripções prediaes não é tambem applicavel o artigo, porque estas não podem ser cancelladas, mas só declaradas, rectificadas, ampliadas ou restringidas, nos termos do regulamento, artigo 112.º



## DIVISÃO II

### DO REGISTO PROVISORIO

Art. 966.º Haverá um registo provisorio, que será lavrado no mesmo livro em que forem lançados os registos definitivos.

Art. 967.º Podem ter registo provisorio:

1.º Tôdas as hypothecas voluntarias, e as legaes mencionadas nos n.os 3.º e 6.º do artigo 906.º;

2.º Os onus reaes;

3.º As transmissões por effeito de contrato;

4.º As acções;

5.º Em geral, todos os factos, mencionados no artigo 949.º, a que o conservador recusar o registo definitivo, nos termos do artigo 981.º

(Vid. nota ao artigo 949.º)

Art. 968.º O registo provisorio é obrigatorio para os dotes, hypothecas dotaes e alfinetes, no caso do artigo 929.º, e para as acções. Em todos os outros casos é facultativo.

(Vid. notas aos artigos 906.º e 949.º)

Art. 969.º O registo provisorio, mencionado nos n.os 1.º, 2.º e 3.º do artigo 967.º, á excepção do da hypotheca, de que trata o n.º 3.º do artigo 906.º, poderá ser feito em presença de simples declarações escriptas e assignadas pelo possuidor do predio a que respeita, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por tabellião. Se aquelle não souber ou não poder escrever, será a declaração escripta por terceira pessoa, a rogo do declarante, e pela mesma assignada, e por duas testemunhas na presença do mesmo declarante e de um tabellião, que assim o certifique e que reconheça as assignaturas no proprio documento. As ditas declarações devem ser feitas com a individuação necessaria, para que possa lavrar-se o registo da inscripção, e tambem o da descripção, se ainda não o houver.

§ 1.º O registo provisorio, mencionado no n.º 4.º, será feito em presença de certidão que prove, que a respectiva acção se acha proposta em juizo contencioso, devendo o apresentante dar, ao mesmo tempo, por escripto, quaesquer declarações necessarias para o registo, ou far-se-ha em presença de certidão que prove a annullação do processo.

§ 2.º O registo provisorio, de que trata o n.º 5.º, será feito em presença da declaração de recusa do registo definitivo, se a pessoa que tiver requerido este assim o exigir.

(Vid. artigos 974.º a 976.º) Dos documentos admissiveis a registo definitivo trata o codigo no artigo 978.º Os documentos admissiveis a registo provisorio são os marcados n'este artigo, e nos artigos 971.º e 976.º

Os registos provisorios serão averbados de definitivos á vista dos documentos referidos nos artigos 970.º, 971.º e 976.º do codigo, e nos artigos 138.º § 5.º, 159.º e 167.º do regulamento de 28 de abril de 1870; e podem ser renovados, como provisorios, nos termos dos artigos 975.º e 977.º do codigo.

No registo provisorio de hypotheca por despezas de construcção ou de cultura, a que se refere o artigo 976.º, se não se declarar o praso por que fica vigorando o registo sem ser convertido em definitivo, vigora com a relação a esta especie a regra geral estabelecida no artigo 974.º, e não a excepção, n'este mesmo artigo marcada.

Se dos titulos apresentados para a conversão do registo em definitivo, constar qualquer restricção ou ampliação da substancia do registo provisorio, deve mencionar-se aquella sómente, e d'esta, sendo assim requerido, se fará nova inscripção abreviada com referencia á outra, citado regulamento, artigo 102.º

É claro que sendo a ampliação do direito inscripto objecto de nova inscripção, os seus effeitos se contam unicamente desde a data da apresentação; contando-se os effeitos, em relação ao direito já inscripto, desde a data do registo provisorio.

No registo provisorio de hypothecas, onus reaes e transmissões, como não ha ainda titulo constituido, contenta-se a lei com simples declarações, que todavia só podem ser feitas pelo proprietario, porque só elle póde onerar ou alienar o predio.

Com relação porém a dotes, hypothecas dotaes e de alfinetes, não póde ser feito o registo provisorio senão em vista das escripturas dos respectivos contratos antenupciaes, artigo 971.º

Para o registo das acções é indispensavel que a certidão, de que a acção está em juizo, comprehenda o libello ou a petição, para se ver se a acção é das sujeitas e admissiveis a registo, nos termos do artigo 949.º n.º 3.º

No caso de se fazer registo em presença de certidão, que prove annullação do processo, é necessario intentar de novo a acção no praso de sessenta dias, aliás caduca o registo provisorio, artigo 975.º

E qual é o praso para o registo da acção proposta em juizo? O codigo não marca similhante praso, e nem o marcava o regulamento de 14 de maio de 1868. Determina porém o regulamento de 28 de abril de 1870 no artigo 151.º n.º 1.º, que depois de findos os articulados não póde proseguir o processo nos seus termos ulteriores sem o registo de acção.

Supponhamos porém que se não faz o registo, e que o processo continua sem protesto da parte, nos termos do artigo 841.º da novissima reforma judicial; deverá ser annullado todo o processado, depois dos articulados, pela falta do registo provisorio?

A associação dos advogados de Lisboa, em conferencia de 9 de novembro de 1870, como se lê a pag. 120 do tomo II do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, parece ter decidido unanimemente no sentido da nullidade, reputando esta omissão formalidade substancial do processo.

Nós porém seguimos outra opinião.

Em nosso entender o juiz, em vista da ordenação, livro III, titulo LXIII, § 1.º e artigo 510.º da novissima reforma judicial, qualquer que seja o estado da causa em que se argua a falta do registo, deve mandar proceder a elle, sem outro effeito que não seja o de sustar o andamento da acção até se effectuar o registo, sem por isso annullar o processado, visto que a lei não fulmina expressamente a pena de nullidade pela falta de registo no tempo legal. E nós temos visto julgar assim constantemente nos tribunaes; mesmo depois de a parte ter protestado pela nullidade resultante d'esta falta.



Art. 970.º O registo provisorio dos factos juridicos, a que se referem os n.os 1.º, 2.º, 3.º e 5.º do artigo 967.º, converte-se em definitivo pela apresentação e averbamento de titulo legal para ser registado, relativo ao facto sobre que versa o registo, e o das acções converte-se do mesmo modo, em definitivo, pelo averbamento da respectiva sentença passada em julgado.

O registo provisorio converte-se em definitivo, e renova-se como provisorio, por meio de averbamento á respectiva inscripção, e sob um numero de ordem correlativo a elle, regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 100.º

Desde que os factos juridicos, sobre que recaiu o registo provisorio, constam de titulo admissivel a registo definitivo, nos termos do artigo 978.º, isto é, desde que se apresenta o titulo do contrato ou facto, que dá logar ao registo, converte-se o registo provisorio em definitivo, com excepção do registo provisorio do dote, que só se converte em definitivo pelo averbamento da certidão de casamento, artigo 971.º

Os registos provisorios que resultarem de hypothecas, cujos titulos forem duvidados pelo conservador, convertem-se em definitivos pela apresentação da sentença passada em julgado, declarando a improcedencia das duvidas; e o registo provisorio da hypotheca para avaliação dos bens, nos termos do artigo 937.º, converte-se em definitivo pela apresentação do titulo, que mostre ter sido feita judicialmente a avaliação.

Art. 971.º O registo provisorio dos dotes, hypothecas dotaes e alfinetes, só póde ser feito á vista dos traslados ou certidões das escripturas dos respectivos contratos antenupciaes, e converte-se em definitivo pelo averbamento da certidão do casamento.

(Vid. notas aos artigos 906.º, 949.º e 969.º a 970.º)

Art. 972.º O registo provisorio rege-se pelas disposições estabelecidas na divisão precedente, quanto ao modo como deve ser feito o registo definitivo.

Art. 973.º O registo provisorio, quando é convertido em definitivo, conserva a ordem de prioridade que tinha como provisorio.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

Art. 974.º O registo provisorio, que no praso de um anno, contado desde a sua data, não for averbado de definitivo, ou não for renovado como provisorio, fica extincto.

§ unico. Exceptua-se o registo provisorio mencionado no artigo 976.º

Art. 975.º O registo provisorio das acções póde ser renovado, provando-se por certidão, que o processo está em andamento.

§ unico. Tambem se póde renovar este registo á vista de certidão que prove a annullação do processo; mas n'este caso caducará, não sendo intentada novamente a acção no praso de sessenta dias.

(Vid. nota ao artigo 969.º)

Art. 976.º É tambem permittido o registo provisorio de hypothecas, estipuladas para pagamento de despezas de construcção, reparo ou melhoramento de edificios, de arroteamento, plantação, enxugo ou esgotamento de predios rusticos, comtantoque se especifiquem os immoveis a que taes despezas hão de ser applicadas, a importancia d'ellas, e o praso estabelecido para o cumprimento do contrato.

§ unico. Este registo será feito á vista do titulo do respectivo contrato, e poderá ser convertido em definitivo até o fim do praso estipulado, e ainda um mez depois pelo averbamento de documento que prove, que o contrato se acha cumprido por parte do emprezario, e que ainda lhe é devido todo o proço convencionado ou parte d'elle. N'este ultimo caso, será declarada a quantia em divida, e só emquanto a ella surtirá effeito o registo.

(Vid. notas aos artigos 887.º e 969.º)

Art. 977.º O registo provisorio, de que trata o artigo 971.º, póde ser renovado, sem numero limitado de vezes, emquanto não for averbado de definitivo.

(Vid. nota ao artigo 971.º)

## DIVISÃO III

### DOS TITULOS QUE PODEM SER ADMITTIDOS AO REGISTO

Art. 978.º Só são admittidos ao registo definitivo:

1.º Cartas de sentença;

2.º Autos de conciliação;

3.º Certidões de deliberações do conselho de familia, ou de despachos do juiz, nos casos de sua competencia;

4.º Escripturas, testamentos ou quaesquer outros documentos authenticos;

5.º Titulos de estabelecimentos de credito predial devidamente auctorisados;



6.º Escriptos particulares de contratos, cujo valor não exceda a cincoenta mil réis, nos casos em que o codigo os permitte, e tendo os requisitos que n'elle são exigidos;

7.º Contratos de arrendamento de bens immoveis por mais de quatro annos, ou por mais de um, se tiver havido adiantamento de renda.

(Vid. artigo 1025.º) Deve notar-se que a diversidade de natureza dos titulos nada influe nas vantagens do registo, artigo 1025.º Qualquer que seja o titulo em que se funde o direito, comtantoque seja dos admissiveis a registo, nos termos d'este artigo ou dos artigos 90.º e 135.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870, a unica medida reguladora da preferencia dos direitos é a graduação dos privilegios, ou a prioridade da inscripção.

Todavia o determinado no artigo 1025.º só é uma verdade real, e sem excepção depois da publicação do regulamento de 28 de abril de 1870.

A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, comquanto no artigo 171.º contivesse disposição igual á que se lê no artigo 1025.º do codigo, e no artigo 64.º, n.º 6.º, admittisse a registo definitivo os escriptos particulares de contratos, cujo valor não excedesse 50$000 réis, sendo as firmas reconhecidas por tabellião, prohibia no § unico do artigo 172.º que fossem exigidos pelo processo executivo hypothecario os creditos hypothecarios que constassem de escriptos particulares, embora admissiveis a registo definitivo, e effectivamente registados.

Igual contradicção continuou a manter-se com o regulamento de 14 de maio de 1868, que no § unico do artigo 231.º reproduzia o preceito do § unico do artigo 172.º da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, sem embargo de o codigo admittir a registo definitivo escriptos particulares de contratos cujo valor não excedesse 50$000 réis, de permittir a constituição de hypotheca até á referida quantia de 50$000 réis por meio de escripto particular, artigo 912.º, não dando preferencia ás hypothecas sem registo, artigo 1006.º, e de determinar no artigo 1025.º que não ha differença no concurso entre os creditos que são representados por qualquer dos titulos que podem ser admittidos a registo.

Porém o regulamento de 28 de abril de 1870 acabou com esta desharmonia, dando força de sentença e execução apparelhada aos titulos constitutivos de hypotheca, acompanhados do competente certificado do registo, sem exceptuar d'esta regra geral os escriptos particulares, como tudo se mostra do artigo 206.º § 1.º do referido regulamento.

E os creditos hypothecarios constantes de escriptos particulares, nos termos do artigo 912.º do codigo, e registados antes do regulamento de 28 de abril de 1870, poderão servir hoje de base ao processo especial da expropriação hypothecaria, marcado n'este regulamento?

Sustentam alguns a negativa, com o fundamento de que, tendo as partes contratado á sombra de uma lei, cujo processo para a exigencia do cumprimento da obrigação hypothecaria não era tão violento como o actual, e offerecia mais garantias ao devedor, sujeita-los ao novo processo seria alterar os contratos, que se regulam na sua execução pelas leis em vigor ao tempo em que foram celebrados.

Julgâmos porém mais rasoavel a opinião contraria. As leis do processo, tendo por fundamento o interesse e a ordem publica, não constituem direitos adquiridos, sendo applicaveis a todas as acções propostas em juizo depois da sua execução para tornar effectivos direitos

provenientes de actos juridicos, celebrados ainda antes da promulgação d'estas leis.

Por outro lado o artigo 206.º § 1.º, na sua ampla generalidade abrange todos os escriptos particulares admissiveis a registo, ou sejam anteriores ou posteriores á sua publicação.

No sentido d'esta nossa opinião julgou a relação do Porto, sobre especies identicas, em accordãos de 13 e de 17 de agosto de 1869, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 100 e 105.

O primeiro d'estes dois accordãos diz assim:

«Considerando que a fórma de processo é de direito publico, e não póde ser alterada a aprasimento das partes, principio universalmente abraçado, que exclue a possibilidade de substituir uma fórma de processo para contratos anteriores e outra para contratos posteriores á lei que marcou o modo da proposição e seguimento das acções;

«Considerando que em tal caso não se dá a retroactividade da lei, como pretendem os aggravados, em relação aos contratos anteriores, ferindo-se direitos adquiridos, porque para se dar offensa d'estes direitos não basta que elles estejam em suspensão, mas é necessario que estejam consummados, e consummados só podem ser pelo facto da exigencia do cumprimento do contrato, de que dimanam os mesmos direitos, cumprimento que só se verifica pela proposição judicial da acção, quando negados;

«Considerando que, aindaque o contrato em questão seja anterior á doutrina do codigo civil e regulamento hypothecario de 14 de maio de 1868, as suas disposições devem forçosamente ser applicadas quando se tornar effectivo o cumprimento d'esse contrato, vistoque com ellas não se modifica a essencia do mesmo contrato, mas só o modo do seu cumprimento;

«Considerando que o codigo civil, no artigo 903.º, só concede ao credor a apropriação do predio hypothecado pela arrematação em praça, ou pela adjudicação, seja qualquer que for o valor do predio e o da divida assegurada pela hypotheca, e que o regulamento de 14 de maio de 1868, nos artigos 231.º e 248.º, estabelecendo como base do processo para a expropriação da hypotheca os creditos hypothecarios effectivamente registados, manda que tenha sempre logar a arrematação pela raiz, seja qual for o valor do mesmo e a quantia pela qual corre a execução;

«Considerando que a adjudicação dos rendimentos, pretendida pelos aggravados, no estado actual da legislação nunca póde ter logar, salvo sendo requerida pelo credor, como é expresso no artigo 248.º do citado regulamento:

«Portanto provendo mandam que o juiz emende o seu despacho, deferindo á arrematação do predio hypothecado pela raiz, em conformidade da lei».

O segundo accordão diz assim:

«Mostrando-se pela mesma escriptura que a divida se achava ha muito tempo vencida, o que, nos termos do artigo 231.º do regulamento de 14 de maio de 1868, constitue a base do processo para a expropriação da respectiva hypotheca; torna-se por isso evidente que o predio penhorado terá de ir á praça para ser arrematado pela raiz, nos termos do artigo 248.º do mesmo regulamento, e não como ordenava a lei de 20 de junho de 1874, sem que a isso obste ter sido contrahida a divida e constituida a hypotheca quando esta lei vigorava, por ser principio estabelecido e geralmente seguido que os actos que não estiverem consummados e não tiverem produzido effeito no imperio da lei antiga, se devem cumprir segundo as disposições da nova lei, que n'esta parte revogou a lei antiga:



«Provendo portanto no aggravo emende o juiz *a quo* o seu despacho por outro em que mande que a propriedade vá á praça pela raiz, etc.»

As acções, conforme se mostra das decisões transcriptas, e se acha desenvolvido em a nota ao artigo 8.º, são em tudo sujeitas ás prescripções da lei vigente ao tempo da sua installação em juizo. Se porém já se achavam instauradas ao tempo da promulgação da nova lei continuam a ser processadas em conformidade da legislação vigente ao tempo da sua installação, como tambem decidiu a relação do Porto em accordão de 21 de junho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 134.

Especifica o codigo n'este artigo os titulos admissiveis a registo definitivo. Porém alem dos documentos mencionados n'este artigo, são admissiveis a registo definitivo, segundo o disposto no artigo 90.º § unico do regulamento de 28 de abril de 1870, a copia authentica dos autos de arrematação dos bens da fazenda nacional, nos termos do artigo 17.º das instrucções de 25 de novembro de 1869, e artigo 71.º do regulamento de 12 de dezembro de 1863.

Para o registo das servidões, fóros, censos ou quinhões, constituidos antes de 1 de abril de 1867, tambem os conservadores devem contentar-se com os documentos mencionados nos artigos 136.º a 138.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Estes documentos são: 1.º, as *declarações complementares* dos interessados para supprir a deficiencia dos titulos legaes, ou corrigir qualquer inexactidão com relação á identidade do predio; 2.º, na falta de titulos legaes, *certidão authentica da matriz predial*, provando a existencia dos onus reaes registandos, ou *instrumento de justificação de posse*, nos termos do artigo 126.º e seguintes do regulamento; 3.º, na falta de todos aquelles documentos *declarações* para o registo provisorio, procedendo depois a *annuncios* que os registantes devem fazer, chamando todos os interessados, nos termos do artigo 138.º e §§, para deduzirem o seu direito, e ás mais diligencias marcadas no mesmo artigo e seus §§.

1.º e 2.º, etc. Não ha documento mais authentico do que as cartas de sentença, e os autos de conciliação que têem inclusivamente a força de execução apparelhada.

Se o registante não quizer apresentar a carta de sentença de arrematação, entendem alguns que lhe basta apresentar a certidão do auto de arrematação, do conhecimento da contribuição de registo, e da entrada em deposito com o preço da arrematação para o conservador ser obrigado a fazer o registo da transmissão, vistoque, segundo o disposto no artigo 2498.º, as certidões extrahidas na devida fórma, dos documentos authenticos originaes, têem a mesma força probatoria dos proprios originaes.

Nós porém não reputâmos documento authentico a transcripção simplesmente d'aquellas differentes peças da carta de sentença, prescindindo-se dos restantes termos da mesma carta.

Para provar o facto da arrematação só é competente a carta de arrematação, revestida de todas as solemnidades legaes, e expedida pela auctoridade competente.

Verdade seja que o assento de 25 de junho de 1826 já dizia que, depois de consignado em deposito pelo arrematante o preço e siza de sua arrematação, se devia reputar não só perfeita a compra, mas o *mesmo arrematante senhor do predio*, aindaque d'elle não fosse entre-

gue, para lhe correr o perigo, e haver até, como indemnisação d'este risco e da privação do seu dinheiro, os respectivos rendimentos desde o tempo que arrematou.

No entretanto uma cousa é a acquisição do direito, outra é a posse de documento authentico para justificar legalmente aquella acquisição.

O arrematante, emquanto não tem em seu poder a carta de arrematação, não póde requerer nem a posse, nem o registo.

Como excepção admitte o regulamento de 28 de abril de 1870, no artigo 90.º, a registo a copia authentica dos autos de arrematação *dos bens da fazenda nacional*.

Mas esta mesma excepção serve de firmar a regra geral em contrario.

Todavia força é confessar que jurisconsultos de grande merito sustentam opinião contraria.

O auto de conciliação, que não póde servir de documento para o registo definitivo da compra e venda de propriedade immobiliaria no valor, excedente a 50$000 réis, a qual só póde ser feita por escriptura publica, nos termos do artigo 1590.º § 2.º do codigo, é todavia documento valido e authentico para o registo, se os bens immobiliarios tiverem sido adquiridos por meio de transacção extrajudicial, artigo 1712.º

3.º, etc. O codigo admitte a registo definitivo os autos de deliberação do conselho de familia, e os despachos do juiz para evitar aos menores e interdictos mais avultadas despezas com outros titulos para o registo dos seus direitos; e de mais tanto uns como os outros d'aquelles titulos são documentos authenticos.

4.º, etc. O individuo contemplado em testamento com o legado de um predio, que os herdeiros lhe não entregaram, póde com o testamento fazer registar o dominio, visto o artigo 1857.º; e, intentada a acção, póde e deve registar tambem a acção, não só em vista da resposta do procurador geral da corôa á duvida 47.ª, mas em conformidade do que é expresso no artigo 949.º n.º 3.º do codigo, e no regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 151.º n.º 1.º

Mostra-se tambem d'este n.º 4.º do artigo 978.º, que os documentos, indicados como admissiveis a registo definitivo, não são taxativos, mas sim exemplificativos. Nos termos do regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 92.º, os titulos expedidos por auctoridades estrangeiras só são admissiveis a registo definitivo ou provisorio, depois de traduzidos em lingua portugueza, visados pelo agente diplomatico ou consular portuguez na respectiva localidade, e reconhecidos no ministerio dos negocios estrangeiros; e, sendo precatorias, requisitorias ou sentenças, só depois de revestidas das formalidades legaes.

Em accordão de 22 de abril de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 18, 3.º anno, julgou a relação de Lisboa, que os titulos passados por auctoridades estrangeiras em contrario das nossas leis, não devem ser admittidos a registo, sem que se prove que, segundo as leis do paiz d'essas auctoridades, são documentos validos e legaes.

5.º, etc. (Vid. nota ao artigo 906.º, n.º 6.º)

6.º, etc. Para ser admittida a registo definitivo, por exemplo, uma servidão basta o contrato por escripto particular, d'onde conste um valor não excedente a 50$000 réis. Não é indispensavel que o escripto particular se ache revestido dos requisitos marcados no codigo para ser authentico.

O conservador póde admittir a registo os escriptos particulares, ainda que as assignaturas não se achem reconhecidas, se elle as conhecer, e o codigo não exigir o requisito do reconhecimento, como não exige nos casos dos artigos 1459.º e 1590.º



O codigo, no artigo 981.º, permitte ao conservador o recusar o registo definitivo de qualquer titulo, quando achar duvidosas as assignaturas, mas não exige sempre, como indispensavel, o reconhecimento d'ellas. A mesma doutrina se infere do artigo 157.º do regulamento.

Supponhamos porém que o titulo apresentado a registo tem as formalidades requeridas pela lei vigente ao tempo em que foi feito, se a sua data é anterior á promulgação do codigo; mas não as formalidades requeridas pelo codigo e pelo regulamento, como póde acontecer com o titulo constitutivo de uma emphyteuse sobre bens profanos, que pelo direito anterior podia ser feita por escripto particular, mas que pelo codigo, artigo 1655.º, só póde ser celebrada por escriptura publica: será admissivel a registo este titulo particular da constituição do aforamento? Não. Nos termos do artigo 978.º do codigo, e do artigo 155.º n.º 2.º do regulamento, só são admissiveis a registo definitivo ou provisorio os titulos apresentados, quando forem do numero dos admissiveis a registo nos termos do mesmo codigo e regulamento.

7.º, etc. Os *contratos* de arrendamento, a que se refere o n.º 7.º, serão tambem titulos *especiaes?*

Está em pratica o fazerem-se arrendamentos de quantia excedente a 50$000 réis por titulo particular. Serão porém validos e admissiveis a registo estes titulos?

A questão toda cifra-se em saber se a disposição estabelecida em o n.º 7.º do artigo 978.º é limitada pela do n.º 6.º, ou excepção d'ella.

Dizem alguns que não podem ser admittidos a registo os arrendamentos de quantia excedente a 50$000 réis, sem serem celebrados em instrumento authentico, pelas rasões seguintes:

1.ª Porque o arrendamento é um contrato, e o n.º 6.º não admitte a registo contratos de valor, excedente a 50$000 réis, celebrados por escripto particular;

2.ª Porque o n.º 6.º falla em escriptos particulares, que são os instrumentos do contrato, e o n.º 7.º falla em contratos de arrendamento, e que por contratos se entendem geralmente os actos juridicos, e não os titulos respectivos;

3.ª Que o n.º 6.º teve em vista precisar os titulos particulares admissiveis a registo, e que o n.º 7.º apenas quiz declarar quando é registavel o contrato de arrendamento;

4.ª Finalmente, que exigindo o codigo, como regra geral para o registo, documentos publicos e authenticos, não deve admittir-se excepção, que não esteja clara, expressa e definida na lei.

Outra é porém a nossa opinião.

Os arrendamentos, ainda de valor excedente a 50$000 réis, não carecem de ser celebrados por escriptura publica. Nenhum artigo do codigo o exige; e o artigo 686.º determina muito positivamente que a validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa, salvo das que são prescriptas na lei para prova, ou que a lei por disposição especial declara substanciaes. Póde portanto *provar-se* o arrendamento por qualquer meio de prova.

Para se *registar* mesmo não é preciso que conste de documento *authentico*, comquanto a data authentica seja indispensavel para elle produzir effeito com relação a terceiros, artigo 1619.º, porque o registo lhe confere essa authenticidade. Mas basta qualquer titulo authentico.

Se outra fosse a mente do legislador, escusado era o n.º 7.º d'este artigo, porque a obrigação de registar o arrendamento estava já determinada no artigo 949.º n.º 7.º No artigo 978.º trata-se apenas de especificar os titulos admissiveis a registo; e, se o codigo exigisse escriptura publica ou particular para o registo, segundo o valor dos arrendamentos, estava a especie do n.º 7.º do artigo 978.º já comprehendida em os numeros anteriores do mesmo artigo. Nem o contrario se infere das disposições da tabella annexa á lei do sêllo, como alguns pretendem.

Finalmente o artigo está collocado debaixo da epigraphe: «*Dos titulos que podem ser admittidos ao registo*», de modo que as palavras «*contratos de arrendamento*» empregadas no n.º 7.º, valem o mesmo que *titulos* de arrendamento.

Que os contratos de arrendamento estão sujeitos a registo nas condições do referido n.º 7.º, estava já dito no artigo 949.º n.º 6.º, e é repetido no artigo 1622.º

Nem o objecto do artigo é designar os *direitos* sujeitos a registo, mas sim os *titulos* admissiveis a registo.

Parece pois que o codigo se refere a titulos *especiaes* de arrendamento.

Porém emquanto não estiverem tambem fixadas em regulamento do governo as formalidades d'estes titulos de arrendamento, ha de seguir-se a regra geral dos titulos designados no artigo.

Seria porém conveniente admittir no fôro estes documentos, como base do processo executivo para o effeito da penhora nos bens moveis do arrendatario, e dar-lhes a suffeiencia para o registo.

N'outros actos juridicos de mais elevada importancia, como nas transmissões em que o registo conduz á prescripção passados dez annos nos termos do artigo 526.º, comprehende-se a necessidade dos documentos publicos para instrumentos do contrato de valor excedente a 50$000 réis.

Mas nos arrendamentos não tem a inscripção outro effeito, senão fazer constar a terceiros a existencia de um onus real, que os interessados podem sempre impugnar em juizo, e que não tem consequencias de outro alcance.

Nas conservatorias de Lisboa porém, segundo nos consta, é uniforme a pratica de não admittir a registo os contratos de arrendamento de quantia excedente a 50$000 réis, sem escriptura publica, ou documento authentico.

Art. 979.º O registo das hypothecas, contrahidas em paiz estrangeiro, só póde ser feito no reino, achando-se o respectivo titulo devidamente legalisado.

(Vid. notas aos artigos 24.º, 950.º e 978.º)

Art. 980.º Os titulos, de que trata o artigo 978.º, não serão admittidos a registo, sem que se mostre, que estão pagos, ou assegurados os direitos que pelo respectivo acto se devem á fazenda nacional; e sendo divida hypothecaria com estipulação de juros, sem que se tenha feito o competente manifesto.

§ unico. O conservador, que os admittir, será suspenso por um anno, e, se algum dos interessados alcançar sentença que julgue nullo o registo, responderá por perdas e damnos.



A mesma disposição se acha repetida no artigo 94.º do regulamento. Este preceito tem um fim meramente fiscal. O conservador não deve registar o dominio em face de um formal de partilhas, por exemplo, se não se mostrar paga a contribuição de registo devida pela transmissão, que der logar ao pagamento d'este imposto.

O codigo repete ainda a disposição do artigo 65.º da lei de 1 de julho de 1863, de que a divida hypothecaria com estipulação de juros não póde ser admittida a registo sem o competente manifesto.

Da leitura d'estes artigos tanto do codigo, como da lei hypothecaria deprehende-se que os respectivos legisladores estavam persuadidos, de que todas as dividas com juros, e só as dividas com estipulação de juros, eram sujeitas á decima de juros.

Ora é de notar que as dividas gratuitas estão tambem sujeitas ao pagamento da decima de juros, como as que vencem juros, com a unica differença de que a obrigação de pagar a decima pesa no primeiro caso sobre o devedor, e no segundo sobre o credor.

Pelo contrario, ha dividas com estipulação de juros não sujeitas a decima, como são as dividas ás irmandades do Santissimo Sacramento, etc.

Pela letra do codigo estão sujeitas a manifesto, para serem admittidas a registo, as dividas com estipulação de juros, pertencentes ás irmandades do Santissimo Sacramento, e isentas de manifesto as dividas gratuitas, que são todavia sujeitas á decima de juros.

Parece no entretanto que, para satisfazer á *letra* do codigo, deverão ser acompanhadas de previo manifesto, para serem admittidas a registo, todas as dividas hypothecarias com estipulação de juros, ainda que d'ellas, pela qualidade do credor, não se deva decima; e que para satisfazer ao *espirito* do codigo deverá igualmente exigir-se previo manifesto para o registo de dividas hypothecarias gratuitas.

Mesmo a primeira parte do artigo não admittindo a registo os titulos sem que se mostrem *assegurados* os direitos, que pelo respectivo acto se devam á fazenda, auctorisa a exigencia do manifesto para o registo da divida hypothecaria gratuita.

Effectivamente, foi isto o que desde logo começou a praticar-se. Assim que teve logar a installação definitiva das conservatorias, entrou immediatamente em duvida se os titulos hypothecarios dos hospitaes, asylos de beneficencia e misericordias (que são isentos de decima de juros pelo artigo 8.º da lei de 18 de maio de 1839), estavam ou não sujeitos a previo manifesto, para poderem ser registados.

A portaria de 16 de abril de 1867 resolveu no sentido affirmativo.

O regulamento de 14 de maio de 1868 conservou a mesma duvida, reproduzindo no artigo 259.º, tal qual, o preceito do artigo 980.º do codigo.

Resolveu porém esta duvida o regulamento de 28 de abril de 1870, que nos artigos 94.º 155.º n.º 7.º, e 201.º, prohibe o registo definitivo de qualquer acto submettido a registo e sujeito a direitos, devidos á fazenda nacional, *ou a* manifesto fiscal, sem se mostrarem pagos ou devidamente assegurados os referidos direitos, e feito o competente manifesto.

Ora como são sujeitas a manifesto as dividas de dinheiro ou sejam gratuitas ou a juro, nos termos das disposições dos alvarás de 26 de setembro de 1762 e de 11 de maio de 1770, providencia 2.ª, das resoluções de 12 de junho d'este mesmo anno, providencia 7.ª, da lei de 7 de abril de 1838, artigo 9.º § 13.º, e das instrucções regulamentares de 22 de abril de 1851, segue-se que, nos termos dos artigos acima

citados do regulamento de 28 de abril de 1870, não são admittidos a registo, sem manifesto, titulos de divida com ou sem estipulação de juros, de que se deva decima de juros.

Tambem não devem ser admittidas a registo escripturas com hypotheca para segurança de dividas constituidas por letras de terra, sem o previo manifesto das mesmas dividas, vistoque todo o contrato commercial, feito a credito, envolve em si o contrato de mutuo, e porque de outro modo acabaria a decima de juros no mutuo, porque os tomadores de emprestimo fariam d'ahi por diante as suas transacções sempre por letras de terra, assegurando depois o seu pagamento com hypothecas especiaes.

As dividas não excedentes a 10$000 réis, como não estão sujeitas a decima de juros, vista a resolução de 12 de junho de 1770, não carecem por isso de ser manifestadas, para serem admittidas a registo, e mesmo porque raro será o caso de se estipular garantia hypothecaria para uma divida da insignificante quantia de 10$000 réis.

O certo é que em presença da declaração 5.ª do alvará de 26 de setembro de 1762, e dos §§ 2.º e 17.º das resoluções regias de 12 de junho de 1770, devidamente combinados, não estão sujeitos a manifesto as dividas, senão em dois casos: 1.º, sendo provenientes de mutuo, ou gratuito, ou a juros; 2.º, sendo provenientes de qualquer outro contrato, mas com estipulação de juros.

O manifesto deve ser feito no domicilio do devedor, vistoque em regra sobre este se lança, e d'este se cobra a respectiva contribuição, codigo administrativo annotado, edição de 1865, nota ao n.º 3.º do artigo 247.º

O alvará de 11 de maio de 1770 marcava tres dias para se fazer o manifesto.

O manifesto porém é admissivel, não se provando dolo, emquanto não houver denuncia, visto o n.º 4.º do alvará de 14 de dezembro de 1775; e assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordãos de 28 de janeiro de 1862 e de 5 de maio de 1863. É digno de ler-se o que sobre este assumpto se escreveu na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 174, e no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 1.

Se se requerer o registo de hypotheca em segurança do dote constituido em dinheiro, e depois convertido n'uma letra, ou mesmo originariamente constituido n'uma letra, não póde o conservador recusar o registo com o fundamento de não estar manifestada a letra. N'este caso o dote, ou a sua conversão, são factos estranhos ao acto que se pretende registar. Trata-se unicamente de assegurar o credito da mulher, e a restituição dos valores mobiliarios dotaes, que o marido póde extraviar.

Ha aqui em verdade uma obrigação do marido, garantida por hypotheca, mas não é uma divida hypothecaria com *estipulação de juros*, vistoque o marido não estipulou, nem deve juros á mulher dos valores mobiliarios do seu dote.

O dote em dinheiro, entregue ao marido, não póde ser considerado como quantia mutuada a este, nem como divida sujeita a manifesto pelas leis fiscaes.

É destinado á sustentação dos encargos do matrimonio, o dote que o marido recebe, com a obrigação de o restituir, nos termos da lei e do contrato, ou em especie, ou em estimação.

Se porém se tratar de outros actos relativos ao dinheiro d'esse dote, celebrados com terceiro, será obrigatorio o manifesto, e dever-se-hão impostos á fazenda pelo respectivo acto juridico, segundo os principios geraes de direito.



A regra é que os manifestos só são obrigatorios nos contratos de mutuo, de seguro, nas tornas de partilhas, e em geral nos contratos em que alguem lucrar com o desembolso do capital.

Por isso o dotador, que dotou com certa quantia, e se obrigou a pagar dote em certo praso, o comprador que se obrigou a pagar o preço da propriedade em certo tempo, não são obrigados por estes actos ao pagamento de decima de juros, salvo se se comprometteram a pagar juros pela demora, porque n'este caso revestem aquelles contratos o caracter de usura.

Já se questionou tambem se o conservador, a quem era apresentada uma escriptura de emprazamento de bens, outr'ora foreiros a um convento, e hoje á fazenda nacional, para registar o dominio util, poderia recusar-se a fazer o registo, emquanto o foreiro não apresentasse recibos de ter pago os fóros; e houve quem julgasse applicavel a esta especie o disposto no artigo 980.º do codigo.

Nós porém decidimo-nos pela negativa. O conservador não deve admittir a registo os titulos, sem que se mostre que estão pagos ou assegurados *os direitos*, mas só os direitos, *que pelo respectivo acto se devem á fazenda nacional*. Da redacção da lei e do regulamento bem ss mostra que a palavra «*direitos*» se refere aos *impostos*, que nos termos das leis fiscaes devem pagar-se á fazenda pelo *acto constante do titulo, que se pretende registar*, e não aos fóros que a fazenda tenha direito a receber dos prasos, de que é senhoria directa.

Os fóros não são *direitos* na accepção fiscal, e que se devam só *pelo facto* de emprazamento, que se pretende registar.

Art. 981.º Os conservadores podem recusar admittir a registo definitivo titulos manifestamente nullos ou illegaes, e, sendo escriptos particulares, tambem aquelles a que faltar o reconhecimento das assignaturas, quando as acharem duvidosas. N'esse caso, feita a declaração do motivo da recusa, o conservador fará o registo, mas provisorio.

§ 1.º Se a recusa provier da falta de reconhecimento de assignaturas, o registo converter-se-ha em definitivo pela apresentação de documento devidamente reconhecido, ou acompanhado de prova da authenticidade das assignaturas.

§ 2.º Se a recusa se fundar em nullidade ou illegalidade do titulo, será a questão resolvida pelo poder judicial, ouvido o ministerio publico, e o registo se tornará definitivo, quando a decisão, que assim o determinar, tiver passado em julgado, e for apresentada ao conservador.

Art. 982.º O conservador não incorre em responsabilidade pela recusa, aindaque o motivo d'ella se não julgue procedente, excepto se se provar, que houvè dolo no seu procedimento.

Este artigo especifica os casos de recusa do registo, que são peculiares do registo definitivo, e que pelo regulamento de 28 de abril de 1870 foram ampliados com o de suspeita de falsidade dos documentos, como já dispunha o regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 180.º O registo definitivo podia ainda ser recusado por outros motivos, que são igualmente procedentes para a recusa do registo provisorio.

Mas com o fundamento de serem nullos, illegaes ou falsos os documentos, e de falta de reconhecimento das assignaturas nos escriptos particulares, quando o conservador as achasse duvidosas, só podia ser recusado o registo definitivo, segundo é expresso n'este artigo, e no regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 180.º

Assim não é admissivel a registo definitivo uma escriptura publica, ou testamento, a que falta o numero legal de testemunhas.

A inscripção não tem logar em vista de documentos nullos, porque o seu valor é o dos documentos.

N'este caso o conservador lavra o registo provisorio, e a parte fica com o seu recurso aberto para o poder judicial.

Assim o conservador póde e deve recusar o registo definitivo de uma transmissão de bens immobiliarios, de valor não excedente a 50$000 réis, documentada com escriptos particulares, mas de que se não pagou contribuição de registo antes do acto juridico, que ella tendia a legalisar; vista a disposição do artigo 11.º § 1.º do regulamento de 30 de junho de 1870, que declara nullos os contratos, de que se não pagou *previamente* a contribuição de registo, quando era devida; assim como devem recusar o registo definitivo aos contratos, em que não se mostrar satisfeito o sêllo devido pela quitação, nos termos do regulamento de 2 de dezembro de 1869.

Mas, alem dos casos particulares ao registo definitivo, havia outros, communs tanto ao registo provisorio, como ao definitivo, nos quaes tanto um como o outro podiam ser recusados nos termos do artigo 179.º do regulamento de 14 de maio de 1868, e vinham a ser:

1.º Quando os titulos apresentados não fossem do numero dos admissiveis, nem a registo provisorio, nem a registo definitivo; 2.º, quando não fossem legitimas as pessoas que o solicitassem; 3.º, quando os procuradores não apresentassem procuração ou não a tivessem archivada na conservatoria nos termos do regulamento; 4.º, quando os conservadores duvidassem da identidade da pessoa, que solicitava o registo, ou da do procurador; 5.º, nos casos especificados no artigo 980.º; 6.º, quando, sendo o titulo insufficiente para a descripção, as partes se recusassem a dar as declarações complementares indispensaveis.

O novo regulamento de registo predial de 28 de abril de 1870, conservando no artigo 155.º todos estes casos, em que ha logar á recusa, tanto do registo provisorio, como do registo definitivo, accrescenta mais dois: o de não se identificar ou distinguir bem de qualquer outro já descripto o predio sobre que recáe o registo, e o de não estar comprehendido nas disposições do artigo 949.º do codigo o facto, cujo registo se requer.

Alem d'isso o moderno regulamento de 28 de abril de 1870 fez alterações fundamentaes, e algumas pouco legaes, nas disposições do regulamento anterior.

Em presença do artigo 967.º e n.º 5.º do codigo, onde se estabelece que podem ter registo provisorio todos os factos mencionados no artigo 949.º, a que o conservador recusar o registo definitivo, duvidava-se, se o conservador era ou não *obrigado* a abrir registo provisorio *sempre* que recusasse o definitivo, visto ser generica aquella disposição. O artigo 981.º porém tirava a este respeito as duvidas, declarando que nos casos n'elle previstos, o conservador *fará* registo provisorio, abandonando, n'esta hypothese, a phrase *podem ter registo provisorio.*

Em vista pois dos dois artigos 967.º e 981.º do codigo combinados ha logar ao registo provisorio em todos os casos de recusa do registo definitivo, com a differença unica de que nos casos, mencionados no artigo 981.º, o conservador, recusando o registo definitivo, ha de abrir infallivelmente o provisorio, e que nos outros, não comprehendidos n'aquelle artigo, póde o conservador recusar o registo provisorio pelos mesmos motivos por que recusa o definitivo.



O regulamento de 14 de maio de 1868 já alterou consideravelmente estas prescripções do codigo, especificando no artigo 179.º seis hypotheses, que acima deixâmos expostas, em que o conservador deveria recusar-se a tomar o registo, tanto provisorio, como definitivo, porque nos termos do codigo não ha hypothese alguma, em que o conservador, recusando o registo definitivo, *deva* recusar tambem o provisorio, embora tenha a *faculdade* de o não tomar.

Felizmente esta modificação, que o regulamento de 14 de maio de 1868 fazia ao codigo, eliminou-a o regulamento de 28 de abril de 1870, dispondo no artigo 156.º, que, em qualquer dos casos em que pelo regulamento anterior o conservador não podia tomar registo, nem provisorio nem definitivo, o *podesse* fazer provisorio, quando duvidasse se os actos e respectivos titulos, submettidos a registo, estavam ou não comprehendidos nas disposições do artigo 155.º do mesmo regulamento.

Portanto n'este ponto restabeleceu o moderno regulamento a verdadeira doutrina, a doutrina legal.

Porém o regulamento de 28 de abril de 1870, ao passo que restaurou a doutrina do artigo 967.º do codigo, que o regulamento de 14 de maio de 1868 atacára, veiu offender o preceito do artigo 981.º, que este regulamento respeitára.

Pelo codigo recusando o conservador o registo definitivo nos tres casos especificados no artigo 981.º, aos quaes devia acrescentar-se, nos termos do regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 180.º, n.º 1.º, o caso de o conservador suspeitar que os titulos apresentados eram falsos, ou estavam falsificados, é *obrigado* a fazer o registo provisorio.

O regulamento de 28 de abril de 1870 veiu modificar a doutrina d'aquelle artigo, determinando no artigo 157.º, não que o conservador *faça* registo provisorio, mas sim que *póde* fazer registo provisorio em logar do definitivo, quando duvidar da veracidade, authenticidade, sufficiencia ou legalidade dos documentos apresentados. Pela doutrina do regulamento pois em caso algum é o conservador *obrigado* a abrir registo provisorio. *Póde* recusa-lo em todos os casos, em que recusar o registo definitivo.

Esta prescripção do regulamento póde e deve ser observada para o caso de versar a duvida sobre a veracidade, authenticidade ou sufficiencia dos documentos, vistoque não sendo estas hypotheses prevenidas expressamente no codigo, não ha com que enfraquecer a força obrigatoria do regulamento. Se porém a duvida versar sobre a *legalidade* ou *validade* dos documentos, ou sobre a verdade das assignaturas nos escriptos particulares ha de observar-se a provisão do artigo 981.º do codigo, porque em collisão ha de prevalecer a doutrina do codigo sobre a do regulamento.

Convem notar, que logo em seguida á promulgação do codigo nasceu tambem a duvida, se a doutrina do artigo comprehenderia igualmente o caso de o conservador, julgando validos e legaes os documentos, os achar todavia *insufficientes*, como se o conservador negasse o registo definitivo a um accordão da relação por estar pendente o recurso de revista, a um formal de partilhas por estar appellada a sentença de primeira instancia que as julgou, a uma doação generica

acompanhada da certidão do processo de liquidação da contribuição de registo que especifica os bens, por achar insufficientes estes documentos, e se tambem n'este caso havia recurso para o poder judicial, nos termos do artigo 981.º Porém desde logo se declarou que a *insufficiencia* induzia illegalidade para o acto de que se tratava, podendo applicar-se o artigo 981.º do codigo ao caso de insufficiencia, como já tinha resolvido a portaria de 16 de abril de 1867 com relação ao artigo correspondente (67.º) da lei hypothecaria.

Em 28 de dezembro de 1868 julgou o juiz de direito de Angra do Heroismo em recurso das duvidas do respectivo conservador, que este devia admittir a registo definitivo um accordão da relação, sem que fizesse duvida o estar pendente o recurso de revista, que não suspendia a execução da sentença, vista a disposição do artigo 682.º, § 3.º da novissima reforma judicial.

Porém o regulamento de 28 de abril de 1870 fez bom serviço á jurisprudencia, determinando expressamente a hypothese da insufficiencia de titulo.

Tambem já vimos sustentar na imprensa juridica, que nos termos do artigo 981.º só era *obrigado* o conservador a abrir registo provisorio no caso *unico* de negar o definitivo, por achar duvidosas as assignaturas, não reconhecidas, de documentos particulares. Não póde porém admittir-se similhante doutrina, que é opposta á disposição do artigo.

As palavras «*n'esse caso*» têem significação muito differente das palavras «*n'este caso*»; não se referem só á ultima hypothese prevista no artigo; referem-se tanto a esta, como ás outras duas de serem nullos ou illegaes os titulos submettidos a registo.

A lei de Hespanha de 8 de fevereiro de 1861 determina que, se os vicios em que labora o documento são sanaveis, isto é se affectam a validade do titulo, mas sem produzirem a nullidade da obrigação, como a omissão de alguma declaração exigida por lei, etc., deve o official do registo abrir o registo provisorio; mas que se as faltas forem insanaveis, produzindo a nullidade da obrigação, como por outorgar uma mulher casada sem auctorisação do marido ou supprimento judicial, etc., deve o conservador negar o registo provisorio.

A nossa legislação não desce a estas especialidades. Entre nós em virtude dos principios expostos, é sempre licito ao conservador, que nega o registo definitivo, abrir ou não o registo provisorio, salvo nos casos especificados n'este artigo 981.º, em todos os quaes o conservador, logoque recuse o registo definitivo, ha de abrir o registo provisorio.

Tem sido igualmente objecto de duvida o alcance da significação das palavras «*titulos manifestamente nullos ou illegaes*», dizendo alguns, que a nullidade e a illegalidade prescriptas no artigo se referem unicamente á fórma e solemnidade externa, e não aos actos a que esses titulos respeitam, e que assim, apresentada a registo uma escriptura, a unica cousa que o conservador tem a verificar, é se ella está devidamente assignada, com o preciso numero de testemunhas, e com as outras formalidades externas requeridas nas leis.

Com estas rasões negou a relação do Porto, em accordão de 23 de janeiro de 1870, publicado na *Revista de legislação e jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 98, provimento a um aggravo interposto do despacho, de 1 de dezembro de 1869, do juiz de direito de Arganil, que por estes fundamentos mandou renovar o registo de uma hypotheca sem outorga da mulher do devedor, feito em 5 de novembro de 1866.



A referida lei de Hespanha dispõe no artigo 18.º, que «*os registradores calificáran, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrinsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripcion, y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras.*»

Em presença da nossa lei, porém, é muito mais ampla a jurisdicção do conservador.

Desde que o codigo declara que o conservador póde recusar o registo definitivo, não só aos titulos illegaes, mas tambem aos *nullos*, não póde ser limitada a sua competencia a avaliar os titulos só pelas suas formalidades externas. Tão nulla é a escriptura publica, que não foi assignada por duas testemunhas, como aquella em que outorgou um demente, ou em que se estipulou uma hypotheca para segurança da compra do direito á herança de pessoa viva, ou para a venda de alimentos futuros devidos por direito de familia.

Deverá porém resultar a nullidade do proprio documento sujeito a registo, sem o auxilio de documentos estranhos, como alguns jurisconsultos entendem, e a lei de Hespanha no artigo acima citado positivamente determina.

O conservador pois póde recusar o registo definitivo aos documentos nullos, ou por falta de solemnidade externa, ou pela incapacidade dos contrahentes, ou pela illegalidade do acto, que faz objecto do contrato, sem outra restricção que o serem *manifestamente* nullos, apreciação esta que fica tambem ao seu prudente arbitrio.

Verdade seja que dar competencia ao conservador para decidir sobre a legalidade do titulo, sobre a capacidade das partes, e sobre a validade da obrigação, é commetter-lhe uma funcção da mais alta responsabilidade. Não ha porém n'isso inconveniente desde que o poder judicial é chamado a decidir sobre todas as duvidas do conservador, como não podia deixar de ser, vistoque as questões do registo são relativas a direitos civis. Os interesses do estado não soffrem por não serem commettidas estas funcções á administração, vistoque nos termos do artigo antecedente não podem registar-se titulos de actos juridicos, pelos quaes se devam impostos á fazenda, sem estarem pagos, ou assegurado o seu pagamento.

Nos casos de recusas de registo, tanto particulares ao registo definitivo, como communs tanto a um como a outro registo, resolve o poder judicial nos termos dos artigos 160.º a 168.º e 170.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Se a duvida provier da falta de authenticidade das assignaturas, termina pela prova da authenticidade d'ellas nos termos do § 1.º do artigo 981.º do codigo e do artigo 169.º do citado regulamento.

O regulamento de 14 de maio de 1868 prevenia a hypothese de versar a duvida do conservador sobre a identidade da pessoa, e fazia terminar a duvida logoque a pessoa se apresentasse acompanhada de duas testemunhas abonatorias, nos termos do artigo 190.º § 1.º do mesmo regulamento, que julgâmos em vigor n'esta parte.

Porém ainda n'estes dois casos, se forem improcedentes as duvidas do conservador, póde haver recurso ao poder judicial; assim como em todos os demais casos de recusa de registo póde o interessado, em vez de recorrer desde logo ao poder judicial, apresentar novos documentos ao conservador, para este, removidas as suas duvidas, fazer o registo recusado, ou averbar de definitivo o registo duvidado, como tudo é expresso no artigo 159.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

No caso de recurso judicial os interessados, ou seus procuradores,

dirigem-se ao juiz de direito da comarca, por meio de simples petição, a que vão juntos os titulos recusados ou duvidados e a declaração do conservador, allegando logo os fundamentos que houver para demonstrar a improcedencia da recusa ou da duvida, citado regulamento, artigo 160.º

Serão tratados por fóra da audiencia estes processos, e julgados com preferencia a qualquer outro negocio, depois de distribuida a petição pelo mesmo modo por que é feita a distribuição orphanologica, citado regulamento, artigo 161.º

O juiz mandará a petição com vista ao ministerio publico por tres dias improrogaveis, findos os quaes serão cobrados os autos com resposta ou sem ella, e logo conclusos ao juiz para este decidir como for de justiça, regulamento, artigos 162.º e 163.º

Da decisão poderá a parte ou o ministerio publico interpor o recurso de aggravo, que será sempre de petição, ainda que a séde da comarca não seja a da relação.

Da decisão da relação sobre o aggravo não ha recurso, mas ha recurso da decisão do juiz, que reparar o aggravo.

O aggravo por parte do ministerio publico será dispensado de termo, e constará apenas de uma nota ou declaração por elle feita nos autos na occasião em que lhe for intimada a sentença, devendo serlhe continuados posteriormente os mesmos autos com vista para minutar, citado regulamento, artigo 164.º

N'estes aggravos, qualquer que seja a distancia a que fique da relação a respectiva comarca, sobem sempre os proprios autos sem ficar traslado, e não ha compulsorio.

Tanto da sentença do juiz, como do accordão da relação no caso de recurso, se tanto aquelle como este confirmarem as duvidas, por virtude das quaes o conservador fez o registo provisorio, dará o respectivo escrivão, logoque passe em julgado a decisão, conhecimento ao conservador que, *ex-officio*, cancellará o registo provisorio, e guardará a participação annotada com a competente referencia. Não é necessaria similhante participação, se a confirmação for da recusa do registo, citado regulamento, artigo 165.º

No caso de provimento transitado em julgado, se fará o registo recusado, ou se averbará de definitivo o provisorio, com referencia á sentença, que ficará archivada.

Para ser convertido em definitivo o registo provisorio, se extrahirá sómente certidão com o teor da sentença, excepto requerendo a parte que a certidão comprehenda outras peças do processo; mas para se fazer o registo recusado, alem da certidão de sentença, devem ser apresentados de novo todos os titulos, que o foram anteriormente, citado regulamento, artigos 166.º e 167.º

Os titulos duvidados ou recusados pelo conservador, e que as partes tiverem juntado ao processo, haja ou não provimento, ser-lhes-hão sempre restituidos, independentemente de traslado, se os reclamarem, citado regulamento, artigo 168.º

O conservador porém, podendo recusar o registo definitivo e o provisorio, em caso nenhum póde recusar-se a tomar no diario a competente nota de apresentação dos documentos, e a lança-la no titulo, nem antes d'isto fará exame ou reparo algum sobre os documentos, citado regulamento, artigos 53.º § 1.º e 155.º, para no caso de recusa de registo, e de não serem julgadas procedentes por sentença as duvidas do conservador, se contar a preferencia, não desde a data ou transito em julgado da decisão judicial, mas sim desde a nota de apresentação do titulo no diario.



Art. 983.º O titulo, que houver de ser registado, será apresentado em duplicado ao conservador, que verificará a sua perfeita igualdade; excepto se o original, ou copia authentica d'este titulo, existir com permanencia em algum archivo ou cartorio publico.

O disposto n'este artigo acha-se mais desenvolvido no artigo 53.º do regulamento. É fundamento d'esta disposição a necessidade de conservar sempre o titulo, que serviu de base ao registo, para a todo o tempo poderem comparar-se o titulo e o registo, se se levantarem duvidas sobre a validade do registo, ou mesmo do documento. Se porém o documento está em cartorio publico escusado é o duplicado, porque não ha necessidade de ficar com o documento na conservatoria. Por isso, e para evitar despeza ás partes, deixam-se-lhes os documentos, cujos originaes estão em archivos publicos, para não as obrigar a encargos com novos traslados, quando lhes sejam precisos os documentos para qualquer outro fim.

O regulamento no citado artigo figura ainda outra hypothese, em que não é necessario apresentar os documentos em duplicado ao conservador, e vem a ser quando o registante não requerer a restituição d'elles.

O certo é que o conservador, verificada que seja a identidade do apresentante, sem fazer exame nem reparo algum sobre os documentos, tomará logo no diario nota da apresentação, a qual reproduzirá nos titulos, incluindo os duplicados; reservando-se o verificar em seguida, ou quando tiver que fazer o registo, a perfeita igualdade dos titulos apresentados em duplicado.

A nota de apresentação no diario será rubricada apenas pelo conservador ou pelo seu ajudante; mas a reproducção d'essa nota nos titulos deve ser assignada, não só por qualquer d'aquelles dois funccionarios, mas tambem pelo apresentante, salvo se este não souber ou não podér assignar, do que se fará a competente declaração.

Se durante o registo sobrevier qualquer requerente, não se suspende nem interrompe o serviço, mas deve ser logo annotada no diario e no titulo com o competente numero de ordem, a nova apresentação por um dos empregados da conservatoria, auctorisado pelo conservador, ao qual ou ao seu ajudante exclusivamente pertence rubrica-la, §§ 1.º a 3.º do citado artigo 53.º

Se os conservadores se recusarem a annotar promptamente no diario os documentos apresentados a registo, assim como se não expedirem no praso de tres dias as certidões que lhes forem requeridas, poderão os interessados fazer immediatamente verificar, por declaração de duas testemunhas, o facto da recusa em auto exarado por qualquer tabellião ou escrivão do juizo, para lhes servir de prova no processo competente, citado regulamento, artigo 54.º

Art. 984.º Quem fizer registar qualquer dos factos mencionados no artigo 949.º, sem que elle exista juridicamente, será responsavel por perdas e damnos, e, quando o fizer dolosamente, incorrerá nas penas comminadas ao crime de falsidade.

(Vid. artigo 2458.º) As penas, a que o artigo 984.º se refere, são contra os registantes. Era preciso impor responsabilidade civil e criminal

a quem fizesse inscrever uma transmissão ou hypotheca, por exemplo, sem que ella juridicamente existisse, servindo-se de titulos falsos, ou quanto ao objecto, ou quanto ás pessoas, disposição que independentemente do artigo se achava já reconhecida nas nossas leis penaes.

A lei geral applicavel a estes factos é o codigo penal, artigos 219.º e 222.º A gravidade das penas comminadas n'estes artigos do codigo penal hão de obstar á falsidade nos actos do registo, que de mais não ficam occultos aos interessados, que os podem arguir a todo o tempo.

A disposição do artigo 984.º acha-se desnecessariamente reproduzida nos artigos 69.º e 184.º do regulamento.

No artigo 2458.º remette o codigo tambem para a legislação penal quanto ás penas que devem ser impostas pela transgressão das regras estabelecidas para o registo civil, ou essa transgressão provenha dos funccionarios publicos, ou dos particulares.

## DIVISÃO IV

### DA PUBLICIDADE DO REGISTO E DA RESPONSABILIDADE DOS CONSERVADORES

Art. 985.º Os conservadores são obrigados a deixar ver os registos a qualquer pessoa que o pretenda, e a passar as certidões positivas ou negativas, que lhes sejam pedidas, tanto das descripções, como das inscripções e das notas existentes relativas a quaesquer predios, situados na area das respectivas conservatorias.

Art. 986.º Os conservadores são responsaveis, sem prejuizo das penas criminaes em que possam incorrer, pelas perdas e damnos a que dêem causa:

1.º Se recusarem ou retardarem a recepção dos documentos que lhes forem apresentados para serem registados;

2.º Se não fizerem as descripções e as inscripções requeridas na fórma da lei;

3.º Se recusarem expedir promptamente as certidões que lhes forem requeridas;

4.º Pelas omissões que commetterem nas referidas certidões.

§ unico. Nos casos dos n.os 1.º e 3.º os interessados farão immediatamente verificar, por declaração de duas testemunhas, o facto da recusa, em auto exarado por qualquer tabellião ou escrivão do julgado, para lhes servir de prova no processo competente.

A obrigação, que o codigo impõe aos conservadores, de deixarem ver os registos a qualquer pessoa, que pretenda examina-los, não se acha prescripta em todas as legislações sobre registo predial. Em alguns paizes julgou-se que esta faculdade de ver os registos, concedida sem distincção a todos, interessados ou não interessados no exame dos registos, podia dar logar a grandes abusos, e prejudicar o regular andamento do serviço na conservatoria.



Dois são os systemas dominantes n'esta materia quanto á publicidade dos registos: o *francez*, que permitte a qualquer interessado ou não interessado o examinar o registo; e o *allemão*, seguido tambem pela lei de Hespanha de 8 de fevereiro de 1861, que só faculta o exame dos registos aos interessados.

O nosso codigo seguiu o systema *francez*. Qualquer dos dois systemas, porém, levado á exageração e ao rigor, póde trazer inconvenientes.

Em todo o caso nós preferimos o systema da publicidade *absoluta*.

Difficultar o exame dos registos prejudica o credito em geral, e póde ser obstaculo á realisação de muitos contratos.

Muitas pessoas reputam injurioso o perguntar-se-lhes o estado da sua fortuna, quando se contrata com ellas, assim como julgam offensivo o exigir-se-lhes hypotheca. Ora com a faculdade ampla de ir examinar os registos evita-se a um dos pactuantes o desgosto de ser interrogado ácerca do seu credito pessoal, e proporciona-se ao outro, que com elle contrata, meios proprios e independentes de saber, se aquelle tem ou não recursos com que satisfazer á obrigação futura.

Por outro lado os inconvenientes do systema allemão são muito maiores. Em primeiro logar quaes são as pessoas que a lei considera *interessadas* em examinar os registos? Se se estabelecer que só são interessados o proprietario do immovel inscripto, ou o de qualquer outro direito real, difficultam-se muito as transacções; porque se impede o exame das notas do registo a pessoas, que sem a faculdade de proceder a esse exame, não se arriscarão de certo a entrar em certos negocios.

Em segundo logar não se designando taxativamente os interessados, e declarando-se interessados os que o registador assim considerar, deixa-se ao arbitrio d'este o decidir sobre a importantissima questão de quem tem direito a examinar os registos.

Por isso julgâmos preferivel o systema *francez*, adoptado pela nossa lei.

Os que assim virem os registos podem tirar as notas que julgarem convenientes; e mesmo copiar os registos, porque esta faculdade é complemento indispensavel do direito de examinarem os registos.

No entretanto, apesar da latitude do preceito legal, o conservador deve conciliar, quanto possivel, o cumprimento da disposição da lei a este respeito com as necessidades do serviço publico; para evitar que alguem por mera curiosidade, e só para perturbar o serviço da conservatoria queira aproveitar-se da faculdade de examinar os registos, notas e documentos a elles relativos.

O regulamento mesmo não deu maior importancia a esta provisão, porque não a menciona *especialmente* no artigo 199.º, onde álias expecifica alguns preceitos de muito menor importancia.

Quanto ás certidões póde qualquer individuo pedi-las, tanto positivas, ácerca das descripções, inscripções e notas existentes, relativamente a quaesquer predios, que o requerente deve aliás indicar na sua petição, como negativas de narrativa, de que não ha encargo ou transmissão registada sobre certos e determinados predios, regulamento artigo 1720.º

Em virtude do disposto no artigo 204.º do regulamento, os conservadores, alem da responsabilidade por perdas e damnos, e das penas criminaes a que ficam sujeitos por não cumprirem os deveres prescriptos nos artigos 199.º e 201.º, podem ser administrativamente suspensos ou demittidos, segundo as circumstancias.

Os deveres e responsabilidade dos conservadores acham-se mais amplamente desenvolvidos nos artigos 199.º a 205.º do regulamento.

Art. 987.º A organisação das conservatorias, os direitos, e as demais obrigações dos conservadores serão determinados em regulamento especial.

(Vid. artigo 2457.º) O regulamento a que este artigo se refere é de 28 de abril de 1870, que teve por base o regulamento de 14 de maio de 1868, como este teve por base o regulamento de 4 de agosto de 1864, e a lei hypothecaria de 1 de julho de 1863. Tambem o codigo, artigo 2457.º, deixou para os regulamentos a parte organica das repartições do registo civil, a fórma d'este, e as obrigações dos respectivos funccionarios. Mas esses regulamentos ainda não appareceram.

## DIVISÃO V

### DO CANCELLAMENTO DO REGISTO PROVISORIO E DO REGISTO DEFINITIVO

Art. 988.º Os registos de inscripções podem ser cancellados por consentimento das pessoas a quem elles interessam, ou por disposição da lei.

Art. 989.º O cancellamento consiste na declaração feita pelo conservador, á margem do respectivo registo, de como este fica extincto, em todo ou em parte.

(Vid. art. 991.º) O registo das inscripções carece de ser cancellado para a sua extincção produzir effeitos com relação a terceiros, porque as inscripções não se extinguem, senão pela cancellação ou pela inscripção de transferencia do dominio ou direito real inscripto a favor de outra pessoa.

As inscripções, mesmo quando caducam por mera disposição da lei, como succede com os registos provisorios, que se extinguem decorrido um anno sem serem renovados, ou averbados de definitivos, carecem de ser cancellados; porque, se se extinguem de facto e de direito com relação áquelle, a favor de quem se fizeram, continuam a apparecer contra o dono, podendo qualquer terceiro objectar-lhe com o encargo ou obrigação não cancellada.

As disposições relativas ao cancellamento de quaesquer registos, tanto provisorios como definitivos, são as consignadas nos artigos 988.º a 999.º do codigo.

O cancellamento é nullo nos casos prescriptos nos artigos 998.º e 999.º, como dispõe tambem o regulamento no artigo 146.º

O cancellamento póde ser total ou parcial, como se mostra do artigo 989.º, e é expresso no artigo 142.º do regulamento; e é exemplo d'este cancellamento parcial a hypothese prevista no artigo 924.º do codigo. Um e outro são feitos com as mesmas formalidades. O cancellamento faz-se por averbamento ao lado da respectiva inscripção.

Só por mera disposição da lei nunca é cancellado o registo definitivo, mas simples e unicamente o registo provisorio.

O registo provisorio é cancellado por disposição da lei, independentemente de qualquer declaração do conservador, quando expira o praso para a sua renovação, sem se apresentar requerimento para esta se operar, artigo 991.º, segundo o disposto nos artigos 970.º a 977.º

Quando por sentença for julgada procedente a nullidade do cancellamento, averbará o conservador de definitivo o registo da acção no logar competente, e lançará, com referencia áquelle e por averbamento ao registo cancellado, a nota de que foi annullada a cancellação, citado regulamento, artigo 146.º § unico.

Se o conservador se recusa a fazer o cancellamento ou o averbamento da nullidade do mesmo cancellamento, deve entregar á parte por escripto, se ella o exigir, as rasões da sua recusa, para ella poder interpor os competentes recursos nos termos do artigo 144.º do regulamento.



Art. 990.º Se o registo for provisorio poderá ser cancellado á vista de declaração authentica ou authenticada dos interessados, sendo:

1.º De hypotheca;

2.º De onus real;

3.º De transmissão por effeito de contrato.

§ 1.º O registo provisorio de acção póde ser cancellado á vista de documento, que prove absolvição ou desistencia da mesma acção, ou absolvição de instancia, salvo no caso do § unico do artigo 975.º

§ 2.º O registo provisorio, por effeito de recusa do definitivo, póde ser cancellado á vista de definitiva decisão do poder judicial, que julgue procedentes as rasões que o conservador teve para a dita recusa.

A declaração dos interessados é verdadeiro titulo de cancellamento, porque elles, como senhores dos seus direitos, podem livremente renuncia-los e dispor d'elles. Nos casos dos §§ 1.º e 2.º ha documentos authenticos, que supprem perfeitamente a declaração dos interessados. Póde tambem servir para o cancellamento de qualquer inscripção o titulo, em presença do qual a mesma se haja feito, sempre que d'elle, ou só ou acompanhado de outro documento complementar, resulte a extincção ou a caducidade da obrigação.

O cancellamento dos registos hypothecarios póde ser feito á vista de certidão da sentença que tiver julgado livres e desonerados os predios, artigo 148.º do regulamento.

Art. 991.º O registo provisorio será cancellado por disposição da lei, quando tenha decorrido o praso que esta concede para elle ser renovado ou convertido em definitivo, sem que tal renovação ou conversão haja sido devidamente requerida.

(Vid. nota ao artigo 988.º)

Art. 992.º O cancellamento do registo definitivo póde ser requerido pela pessoa, em favor de quem foi constituido, ou ainda pela pessoa contra quem foi feito, ou por aquella que n'isso tiver interesse, provando ellas, por documento authentico ou authenticado, a extincção completa da obrigação ou do encargo, ou a cessação do facto que deu occasião ao registo.

Os cancellamentos podem ser requeridos por todas as pessoas interessadas em que a inscripção não subsista, ou por seus legitimos

representantes, provando a extincção da obrigação, artigo 147.º do regulamento.

Desde que a inscripção deixou de ter rasão de ser, devia dar-se aos interessados o meio de a fazerem desapparecer juridicamente. A pessoa, a favor de quem a inscripção for feita, póde requerer o cancellamento, sem necessidade de outro documento, que não seja a sua simples declaração, porque cada um é senhor do seu direito, podendo dispor d'elle, como lhe aprouver.

Assim póde o credor requerer, sem necessidade de documento, o cancellamento do registo hypothecario, porque nos termos do artigo 1027.º n.º 3.º póde o credor hypothecario renunciar á hypotheca.

O devedor porém só póde requerer o cancellamento da inscripção no todo ou em parte, segundo a extincção da obrigação é total ou parcial, com o documento authentico ou authenticado da cessação do encargo; porque este não trata de renunciar a um direito, mas sim de desonerar-se de uma obrigação.

Assim o devedor que contrahiu uma divida, e que offereceu, como garantia, a hypotheca de um predio, não póde requerer a cancellação da hypotheca sem apresentar documento authentico ou authenticado do pagamento integral da divida.

De igual documento, que prove a liquidação da sua responsabilidade pelas contas da tutela, e a cessação do facto, que deu occasião ao registo, carece o tutor para requerer a cancellação da hypotheca, que prestára em garantia da boa administração dos bens dos menores.

A lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 tambem prescrevia que só o devedor, e não o credor, carecia de apresentar documento authentico da extincção da obrigação para requerer o cancellamento do registo.

Dizia a referida lei no artigo 72.º: «O cancellamento do registo definitivo póde ser requerido pelo credor ou pelo devedor, provando este por documento authentico o pagamento ou extincção completa da divida ou obrigação».

Pela mesma rasão qualquer outro interessado no cancellamento, como são os credores posteriormente inscriptos, ou o terceiro adquirente, carecem de apresentar o documento comprovativo da extincção da obrigação para poderem obter o cancellamento.

Assim como o registo póde ser requerido por aquelle a quem não aproveita, e antes prejudica, mas que é interessado no acto juridico que dá origem ao registo, tambem o cancellamento póde ser requerido por aquelle a quem a extincção do registo nem aproveita, nem prejudica, mas que é interessado no acto, que serve de base ao cancellamento. Por isso o devedor hypothecario póde requerer elle mesmo o registo da hypotheca, assim como o credor o cancellamento do registo.

Note-se que o conservador, quanto á identidade e legitimidade da pessoa, e idoneidade dos titulos, e a quaesquer outras formalidades do registo, tem que cumprir as mesmas obrigações no cancellamento, que na inscripção; com a unica differença de que para os cancellamentos por procurador é *sempre* necessaria procuração especial, artigos 68.º § 2.º e 147.º § unico do regulamento.

Art. 993.º Os paes, como administradores dos bens de seus filhos, ou tutores de menores e interdictos, e quaesquer outros administradores, ainda que habilitados para receber e dar quitação, só podem consentir no cancellamento da inscripção



relativa a qualquer hypotheca de seus tutelados ou administrados, no caso de effectivo pagamento.

É uma garantia a favor das pessoas incapazes de se regerem e de administrarem os seus bens. Os respectivos administradores só no caso *de effectivo* pagamento podem consentir na extincção da hypotheca, isto é, só no caso de pagamento integral da divida; porque a hypotheca subsiste indivisivel em todos e em cada um dos predios sujeitos ao registo até á extincção completa da obrigação.

Art. 994.º Se o cancellamento do registo definitivo for requerido com o fundamento da prescripção, só poderá verificar-se em presença da sentença, passada em julgado, que tiver declarado prescriptos os direitos da pessoa a quem o registo aproveita.

(Vid. nota ao artigo 526.º)

Art. 995.º Quando, com falsidade ou indevidamente, se fizer qualquer registo, o seu cancellamento será feito por virtude de acção para esse fim intentada.

Art. 996.º Para esta acção é competente o juizo, em cuja jurisdição estiver situada a conservatoria, onde a inscripção tiver sido feita.

Art. 997.º Se a inscripção procedente do mesmo titulo tiver sido tomada em diversas conservatorias, intentar-se-ha a acção no julgado onde estiver situada a maior parte dos bens onerados, que será onde d'esses bens se pagar maior contribuição directa, ou no julgado do domicilio do registante, se ahi existirem alguns dos mencionados bens.

(Vid. nota ao artigo 950.º)

Art. 998.º O cancellamento do registo definitivo é nullo, faltando-lhe algum dos requisitos seguintes:

1.º Declaração expressa do respectivo conservador, de que reconhece a identidade da pessoa que requer o cancellamento ou a de duas testemunhas que a reconheçam;

2.º Verificação do direito que essa pessoa tem para requerer, em presença do documento em que se funda a petição;

3.º Declaração dos nomes de todos os interessados no averbamento, e designação da data do registo cancellado e da natureza d'elle.

Art. 999.º Será declarado nullo o cancellamento:

1.º Quando se julgar nullo ou falso o titulo, em virtude do qual foi feito;

2.º Quando se der erro que não possa ser emendado, ou quando se provar que houve fraude; mas, n'estes casos, a nullidade só prejudicará a terceiros, se já existir em juizo, a

respeito d'ella, acção que tenha sido competentemente registada.

(Vid. artigos 1028.º e 1029.º) O legislador, assim como cercára as inscripções de todas as formalidades possiveis para assegurar perfeitamente os direitos e as obrigações que n'ellas se fundam, adoptou igualmente toda a especie de precauções na cancellação para fazer tambem publicas a liberdade dos direitos e a extincção das obrigações.

Se a nullidade do cancellamento é visivel no registo, reputa-se vicio exterior, e prejudica mesmo a terceiros, que foram contratar sem attenção a essa nullidade. Quem quizer contratar com segurança não ha de limitar-se a examinar, se o cancellamento existe; deve tambem averiguar se elle está feito com as solemnidades legaes.

Se do cancellamento não consta a declaração expressa do conservador, de que verificou, por exemplo, o direito da pessoa que requereu o cancellamento, para o requerer, que podia ser uma pessoa illegitima, não póde queixar-se depois de que o cancellamento se annulle, e a inscripção reviva, com prejuizo dos seus direitos.

Esta verificação é tanto mais necessaria quando o cancellamento fôr requerido em nome de pessoa differente d'aquella a favor de quem estava feita a inscripção.

Conseguintemente, se a nullidade da cancellação é determinada por algum dos casos especificados no artigo 998.º, produz os seus effeitos, ainda em prejuizo de terceiro, que não poderá reclamar que se respeite o seu direito; porque, se para o constituir recorreu, ao registo, como lhe era permittido, e n'elle achou a falta de algum dos requisitos, pela lei considerados como essenciaes, e assim mesmo quiz contratar, a ninguem senão a si tem que imputar os damnos resultantes da nullidade da cancellação.

Pelo contrario, se a cancellação, como succede nos casos previstos no artigo 999.º, não contém vicio *exterior* de nullidade, não póde esta prejudicar terceiro que de boa fé, e não tendo motivos para duvidar da validade da cancellação, adquiriu o seu direito na persuasão de que a cancellação se fez com todos os requisitos legaes de que se achava *ostensivamente* revestida.

Se pois a nullidade não era visivel no cancellamento, como se resultava da falsidade do documento em que se fundou a extincção do registo que o terceiro, que examina o cancellamento, não podia ver, ha de ser respeitada a sua boa fé. O que contratou na boa fé não póde ser prejudicado pela annullação posterior do cancellamento e renovação da inscripção, nos casos do artigo 999.º, porque não tinha á vista a nullidade do cancellamento.

É por isso que a extincção das hypothecas só começa a ter effeito, depois de averbado o cancellamento á margem do respectivo registo, artigo 1028.º, e que no caso de renascer a hypotheca, já cancellada, por annullação de pagamento, não prejudica os direitos inscriptos depois do cancellamento, e antes da nova inscripção, artigo 1029.º, porque os interessados que n'este intervallo inscreveram os seus direitos, vendo o cancellamento feito com as formalidades legaes, não podiam adivinhar que o pagamento seria annullado, e reviviria mais tarde a hypotheca.

Ha de respeitar-se a sua boa fé, salvo o direito que tenha o crédor contra o devedor, para d'elle exigir a reparação dos damnos que soffreu com os direitos registados entre o cancellamento e a renovação da sua inscripção.



A hypothese do artigo 1029.º está evidentemente excluida do preceito do artigo 998.º, e comprehendida no preceito do artigo 999.º; ou antes o artigo 1029.º completa a disposição do artigo 999.º O cancellamento feito com as devidas formalidades não póde prejudicar a terceiros, que contrataram na boa fé de que estava devidamente extincta a inscripção cancellada.

Mas entre as proprias partes póde haver acção de perdas e damnos, se chegou a ser declarado nullo o cancellamento, aliás feito com as formalidades exteriores prescriptas na lei.

O regulamento de 28 de abril de 1870, estabelecendo no artigo 154.º que, as nullidades do registo ou do seu cancellamento sómente desde a data do registo da competente acção de nullidade, prejudicam a terceiros que ao tempo d'este registo se não achavam ainda inscriptos, sem distinguir entre as nullidades, mencionadas no artigo 998.º e as mencionadas no artigo 999.º, parece dar a entender que a nullidade do cancellamento em caso nenhum prejudica a terceiros, senão depois do registo da competente acção de nullidade.

Não é porém este o pensamento do artigo do regulamento, que não podia revogar os artigos do codigo, poisque no artigo 146.º reconhece o regulamento a distincção entre o cancellamento nullo e o cancellamento *declarado* nullo, que se acha consignada nos artigos 998.º e 999.º

Se porém é este o pensamento do regulamento ha de prevalecer o do codigo, que não podia ser revogado pelo regulamento. Nem a doutrina que deixâmos exposta póde ser impugnada, porque é clara a distincção feita pelo codigo entre as nullidades especificadas no artigo 998.º, e as prevenidas no artigo 999.º

A lei de Hespanha de 8 de fevereiro de 1861, d'onde esta doutrina foi extrahida, distingue perfeitamente a cancellação nulla sem prejuizo de terceiro da cancellação nulla em prejuizo de tereeiro.

É certo que mesmo o cancellamento, eivado dos vicios indicados no artigo 998.º, para deixar de produzir os seus effeitos, carece de ser julgado nullo por sentença, como nos casos do artigo 999.º No entretanto a differença entre as hypotheses dos artigos 998.º e 999.º está em que, annullado o cancellamento pelos motivos especificados no artigo 998.º, retrotrahem-se os effeitos da annullação até á data do cancellamento, e annullado pelos motivos taxados no artigo 999.º, só começam os effeitos da annullação desde a data do registo da competente acção de nullidade.

É de notar que as palavras *n'estes casos*, consignadas na segunda parte do n.º 2.º do artigo 999.º, não se referem só aos dois casos previstos na primeira parte d'esse numero, isto é, ás hypotheses de fraude e de erro insusceptivel de emenda, mas tambem ao caso, regulado em o n.º 1.º, de ter sido julgado nullo ou falso o titulo, em virtude do qual se fez o cancellamento.

Pela supracitada lei hespanhola, fonte d'este artigo, é expressamente referida aos tres casos a providencia, de que a nullidade não prejudica a terceiros antes do registo de acção.

No entanto o que a boa redacção pedia era que a segunda parte do n.º 2.º «*mas n'estes casos*, etc.» constituisse um § unico do artigo.

Convem igualmente notar que não é qualquer erro ou fraude que annulla a cancellação, mas erro ou fraude que affecte a essencia do registo, em conformidade dos principios geraes de direito, artigos 657.º e seguintes.

DIVISÃO VI

DO REGISTO DAS HYPOTHECAS DE PRETERITO

Art. 1000.º As hypothecas, que, pela legislação anterior a este codigo, não eram sujeitas a registo, ou o não eram com relação a certos e determinados bens, e que ainda subsistirem ao tempo da promulgação do mesmo codigo, são admissiveis a registo, nos termos dos artigos seguintes.

Art. 1001.º Se as ditas hypothecas forem especiaes, só poderão ser registadas nos bens em que especificadamente tiverem sido impostas: se forem geraes, poderão ser registadas em quaesquer bens do devedor, salvo a este o direito de reducção.

(Vid. nota ao artigo 949.º, n.º 1.º)

Art. 1002.º A hypotheca destinada a assegurar a responsabilidade do tutor, curador, ou administrador, depois de determinado o valor d'ella, nos termos do artigo 919.º, póde ser mandada registar pelo curador, pelos membros do conselho de familia, havendo-o, ou parentes do menor ou interdicto, salvo o que fica disposto no artigo 984.º

Art. 1003.º A hypotheca destinada a assegurar a restituição de dote, ou de outros bens proprios de mulher casada, ou o pagamento de arrhas ou de apanagios, póde ser mandada registar pela mulher, independentemente de consentimento do marido, ou por quaesquer parentes d'ella, ou ainda por algum estranho, se tiver sido o dotador, salvo o que fica disposto no artigo 984.º

(Vid. nota ao artigo 906.º, n.ºs 2.º e 3.º)

Art. 1004.º Estes registos regem-se pelas disposições d'esta sub-secção em tudo aquillo em que ellas lhes são applicaveis.

(Vid. nota ao artigo 949.º, n.º 1.º)

SUB-SECÇÃO VIII

DO CONCURSO DE CREDITOS PRIVILEGIADOS E HYPOTHECARIOS, E DA ORDEM DO PAGAMENTO D'ELLES

Art. 1005.º No pagamento dos credores pelo preço dos bens do devedor não póde haver preferencia, que não seja fundada:

1.º Em privilegio;

2.º Em hypotheca.

Art. 1006.º Os privilegios dão direito de preferencia, independentemente de registo. As hypothecas só são causa de preferencia sendo registadas.

(Vid. nota ao artigo 878.º)



DIVISÃO I

DO CONCURSO DOS CREDITOS MOBILIARIOS

Art. 1007.º Os credores, que têem privilegio especial sobre certos e determinados moveis, preferem aos que têem privilegio geral sobre todos os moveis do devedor.

Art. 1008.º O privilegio mobiliario da fazenda nacional, de que trata o artigo 885.º, dá-lhe preferencia sobre todos os outros credores privilegiados, especial ou geralmente.

(Vid. artigos 866.º e 1011.º e notas aos artigos 861.º, 885.º e 887.º)

A graduação dos creditos deve ser feita pela ordem seguinte:

1.º As custas do processo judicial da preferencia, as despezas de transporte, e quaesquer outras inherentes á liquidação que houver de fazer-se para pagamento dos credores, artigo 1011.º

Verdadeiramente estas despezas não figuram na graduação dos creditos, não se satisfazem os creditos senão depois de ellas estarem pagas, como determina o artigo 1011.º; ou, como diz o codigo commercial com relação á fallencia no artigo 1240.º, as custas judiciaes e as despezas de administração saem *precipuas* da massa. Se o valor dos bens pois for absorvido pela importancia das custas e despezas de liquidação, nada receberão os credores, por mais privilegiados que sejam os seus creditos.

Verdade seja que, tratando-se de custas judiciaes feitas no interesse commum dos credores em concurso de privilegios immobiliarios, parece que são consideradas apenas como o *ultimo* credito privilegiado, vistoque nos termos do artigo 1013.º os creditos privilegiados sobre immoveis são graduados pela ordem da sua numeração, e nas disposições dos artigos 887.º, o credito pelas custas judiciaes é mencionado só depois dos creditos pelos impostos, e pelas despezas com a conservação dos predios, nos termos dos n.ºs 1.º e 2.º do mesmo artigo.

A antinomia que parece existir entre os artigos 887.º n.º 3.º e 1011.º, resultante da sua má redacção, existia já na lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, artigos 88.º e 159.º; e foi por vezes notada na imprensa juridica.

Os redactores do codigo porém julgaram mais commodo copiar textualmente os artigos da referida lei, do que harmonisar convenientemente a sua redacção.

Alguns têem procurado explicar esta antinomia, applicando a disposição do artigo 887.º n.º 3.º ao concurso de privilegios immobiliarios, e a disposição do artigo 1011.º ao concurso de privilegios mobiliarios.

Não nos parece porém aceitavel similhante explicação, porque o preceito do artigo 1011.º, sem embargo da epigraphe da divisão, sob a qual está collocado, rege os concursos entre todos os credores privilegiados, ou os creditos sejam mobiliarios, ou immobiliarios, *de qualquer natureza que sejam.*

Dizem outros que na collisão entre as disposições dos artigos 887.º n.º 3.º e 1011.º deve prevalecer o preceito do artigo 1011.º, onde se trata *ex professo* do concurso de creditos, sobre a provisão do artigo 887.º, onde se faz apenas a enumeração dos privilegios immobiliarios.

Esta rasão é absolutamente inattendivel, porque é na ordem da *enumeração* dos creditos privilegiados que está a ordem da sua *graduação*, artigos 1009.º, 1010.º e 1013.º

Em nosso entender as disposições dos artigos 887.º n.º 3.º e 1011.º combinam-se perfeitamente, attendendo a que cada um abrange hypothese inteiramente differente.

As *custas judiciaes*, a que se refere o n.º 3.º do artigo 887.º, não são as custas do processo judicial do concurso de preferencias, mas sim as custas judiciaes, *feitas no interesse commum dos credores*, que não são de certo as custas feitas com os sellos dos autos, emolumentos dos juizes e salarios dos escrivães e officiaes de diligencias no processo de execução.

As custas feitas no interesse commum dos credores, a que se refere o n.º 3.º do artigo 887.º, são de certo as occasionadas pelos actos indispensaveis para assegurar a conservação do predio, como os actos para interromper a prescripção, e todos aquelles que os credores não poderiam dispensar-se de pagar, se o terceiro, que agora reclama o privilegio, não tivesse feito os adiantamentos, como as despezas feitas para reivindicar o predio, etc.

O credito privilegiado, reconhecido no n.º 3.º do artigo 887.º, como os reconhecidos em os n.ºs 1.º e 2.º do mesmo artigo, não seguem o predio sem registo, vistoque, como dissemos, os privilegios não acompanham o predio em poder de terceiro. Se pois os credores privilegiados deixarem levantar o valor do predio, não podem ir sobre este, que se acha em poder de terceiros.

As multas, de qualquer natureza que sejam, são pagas em ultimo logar, isto é, depois de pagos todos os creditos, como dispunha o projecto primitivo no artigo 1049.º

2.º O credito, que deve ser graduado em segundo logar, é o *pignoraticio*, artigo 886.º O credor pignoraticio tem o direito de ser pago pelo objecto do penhor, de preferencia aos outros credores, artigo 860.º n.º 1.º

Verdade seja que em vista dos artigos 885.º e 1008.º póde duvidar-se — se mesmo sobre o objecto do penhor a fazenda terá preferencia sobre o credor pignoraticio, vistoque o artigo 1008.º dá a fazenda preferencia sobre todos *os outros credores privilegiados*, especial ou geralmente.

Todavia o credito pignoraticio, comquanto o artigo 886.º esteja collocado n'uma divisão, que tem por epigraphe — *dos privilegios mobiliarios* — não vem especificado entre os privilegios mobiliarios, artigos 880.º a 884.º É um credito *especial* e *sui generis* que, depois de pagas as custas, é pago tambem *precipuo* do valor do objecto empenhado, sendo pagos em seguida por sua ordem os outros creditos; e o artigo 860.º n.º 1.º, que regula expressamente os direitos do credor pignoraticio sobre o penhor, dá-lhe o direito de ser pago pelo valor do penhor, *com preferencia aos demais credores* do devedor.

No projecto primitivo, no artigo (1044.º) correspondente ao artigo 882.º do codigo, na terceira classe dos privilegios sobre certos moveis, ainda figura em terceiro logar, e em seguida aos creditos pelo preço e pelos concertos do movel, *o credito por penhor, emquanto o dito penhor se conservar em poder do credor*.

A commissão revisora, porém, eliminando das classes dos creditos privilegiados este credito, a que aliás dá tanta consideração, de certo o collocou n'uma posição excepcional, favorecendo-o acima de todos os outros.

3.º Em terceiro logar deve ser graduada a fazenda, a qual tem credito privilegiado sobre os bens mobiliarios, *qualquer* que seja o *imposto* em divida, artigos 885.º e 1008.º, mas só pela divida dos impostos, e não por quaesquer outras; e nos bens immobiliarios tem credito privilegiado pelo imposto lançado ao *respectivo* predio, ou direito predial, artigo 887.º n.º 1.º



Seguem-se depois os creditos privilegiados enumerados nos artigos 880.º a 884.º e no artigo 887.º, que devem ser graduados nos termos dos artigos 1009.º, 1010.º e 1013.º

Não chegando os bens sujeitos ao privilegio para pagamento integral dos creditos privilegiados, procede-se a rateio nos termos do artigo 1010.º, como para pagamento de creditos hypothecarios registados na mesma data, artigo 1017.º

Nos bens não sujeitos ao privilegio ou á hypotheca são os credores privilegiados e os hypothecarios considerados unicamente como credores communs, artigos 866.º, 886.º, 942.º, 943.º, 1014.º, 1016.º e 1018.º

Art. 1009.º No concurso entre privilegios mobiliarios especiaes da mesma classe, a preferencia é regulada pela ordem por que cada um dos creditos se acha numerado nas suas respectivas classes.

§ unico. Dá-se a mesma regra no concurso de privilegios mobiliarios geraes entre si.

Art. 1010.º Concorrendo credores, que tenham todos privilegio mobiliario especial sobre os mesmos objectos, e tendo os seus respectivos creditos tambem a mesma numeração, o pagamento será feito rateando-se entre elles o valor do objecto ou objectos sobre que recáem os privilegios.

§ unico. A mesma regra é applicavel aos privilegios mobiliarios geraes da mesma classe e com igual numeração.

(Vid. nota ao artigo 879.º)

Art. 1011.º Em todos os concursos entre credores privilegiados, de qualquer natureza que sejam, a preferencia recaírá sobre o producto liquido, depois de pagas as respectivas custas, as despezas de transporte, ou quaesquer outras, que forem inherentes á liquidação que se fizer para pagamento dos credores.

(Vid. nota ao artigo 1007.º)

### DIVISÃO II

#### DO CONCURSO DOS CREDITOS IMMOBILIARIOS

Art. 1012.º Pelo preço dos bens immobiliarios do devedor serão pagos com preferencia:

1.º Os credores que tiverem privilegio immobiliario;

2.º Os credores que tiverem hypotheca registada.

(Vid. nota ao artigo 878.º)

Art. 1013.º No concurso de privilegios immobiliarios entre si, são os creditos graduados pela ordem da sua numeração n'este codigo.

(Vid. nota ao artigo 879.º)

Art. 1014.º Quando concorrerem diversos credores por despezas feitas para a conservação da cousa, na conformidade do n.º 2.º do artigo 887.º, se a importancia total dos creditos de todos exceder o valor da quinta parte, a que se refere o mencionado numero, a quantia, que se dever pagar por essas despezas, será rateada por todos, na devida proporção, e pelo resto que deixar de lhes ser pago serão credores communs.

Art. 1015.º Nas hypothecas não póde haver concurso senão entre aquellas, que recairem no mesmo predio, tenha ou não tenha o devedor mais bens livres ou onerados.

(Vid. nota ao artigo 887.º)

Art. 1016.º O credor ou credores que, tendo concorrido nos termos do artigo antecedente, deixaram de ser pagos da totalidade, ou de uma parte das suas dividas, pelo producto da hypotheca, ficam sendo credores communs a respeito da quantia de que não foram embolsados, embora o devedor tenha ainda outros bens livres.

(Vid. nota ao artigo 942.º)

Art. 1017.º No concurso de hypothecas entre si, o pagamento será feito pela ordem de prioridade do registo, e, se a antiguidade d'este for a mesma, será o pagamento feito prorata.

(Vid. nota ao artigo 956.º)

Art. 1018.º As hypothecas, aindaque legalmente constituidas, não se achando registadas, serão unicamente admittidas a pagamento nos mesmos termos em que o forem os credores communs do devedor, seja qual for a procedencia das dividas, ou o documento que as prove.

(Vid. nota ao artigo 942.º)

Art. 1019.º As hypothecas, de que trata o artigo 1000.º, podem ser admittidas a concurso independentemente do registo, dentro do praso de um anno, contado desde a promulgação d'este codigo, e, se forem registadas dentro d'este praso, preferirão, em concurso, a todas as hypothecas constituidas depois d'essa data, ainda quando estas hajam sido registadas anteriormente áquellas.

§ unico. O concurso das hypothecas, de que trata o artigo 1000.º, entre si, será regulado pela legislação a que estavam sujeitas antes da promulgação d'este codigo.

Art. 1020.º As hypothecas, mencionadas no artigo 1000.º, que forem definitivamente registadas fóra do praso estabelecido no artigo precedente, só podem entrar em concurso com quaesquer outras pelo modo declarado no artigo 1017.º



(Vid. nota ao artigo 949.º n.º 1.º)

Art. 1021.º A arrematação, adjudicação, ou transmissão de algum predio, por qualquer modo feita, não prejudica os privilegios mobiliarios especiaes, que a esse tempo se achem constituidos sobre fructos, rendas ou moveis do predio arrematado, adjudicado ou transmittido.

(Vid. nota ao artigo 878.º)

Art. 1022.º Os onus reaes, com registo anterior ao da hypotheca de que resultou a expropriação, ou ao da transmissão mencionada no artigo antecedente, acompanham o predio alienado, e do seu valor total é deduzida a importancia dos onus referidos.

Art. 1023.º Os onus reaes, com registo posterior ao da hypotheca ou da transmissão, não acompanham o predio.

§ unico. Exceptuam-se da disposição d'este artigo os onus reaes, constituidos antes da promulgação d'este codigo, que forem registados dentro do praso de um anno, contado desde a mesma promulgação.

(Vid. nota ao artigo 949.º n.º 2.º)

Art. 1024.º A expropriação, por qualquer modo que se verifique, torna exigiveis, desde a data d'ella, todas as obrigações que oneram o predio expropriado.

(Vid. nota ao artigo 741.º)

Art. 1025.º Não ha differença no concurso entre os creditos, que são representados por qualquer dos titulos que podem ser admittidos a registo.

(Vid. nota ao artigo 978.º)

## SUB-SECÇÃO IX

### DA EXTINCÇÃO DOS PRIVILEGIOS E DAS HYPOTHECAS

Art. 1026.º Os privilegios extinguem-se:

1.º Pela extinção da obrigação principal;

2.º Pela renuncia do credor;

3.º Pela prescripção;

4.º Nos casos especificados nos §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artigo 882.º, e nos §§ 1.º e 2.º do artigo 883.º, salvo o que fica disposto no § 6.º do artigo 882.º

Art. 1027.º As hypothecas extinguem-se:

1.º Pela expurgação:

2.º Por effeito de sentença passada em julgado;

3.º Por qualquer dos modos especificados nos n.os 1.º, 2.º e 3.º do artigo antecedente para a extincção dos privilegios.

Os privilegios e as hypothecas extinguem-se nos termos declarados n'estes artigos.

1.º Os privilegios são garantias juridicas que, como accessorios, se extinguem com a obrigação principal, quando a extincção d'esta é *total;* porque, emquanto subsistir alguma parte da obrigação principal, subsistem integralmente os privilegios, que são *indivisiveis* como as hypothecas.

Mas para a extincção das hypothecas produzir todos os seus effeitos não basta que se extinga simplesmente a obrigação principal. É preciso que, alem da extincção do encargo principal, seja cancellada a inscripção hypothecaria.

Ainda que o n.º 3.º do artigo 1027.º torne applicavel ás hypothecas o disposto no n.º 1.º do artigo 1026.º, é expresso o artigo 1028.º na declaração de que a extincção das hypothecas só começa a ter effeito depois de averbada no competente registo.

2.º Póde o credor renunciar tanto ao privilegio como á hypotheca, sem com isso renunciar á obrigação principal, porque cada um é senhor do seu direito, e póde dispor d'elle, como lhe aprouver, no todo ou em parte.

A renuncia póde ser *expressa*, e feita de um modo *positivo*, ou *tacita*, como se o credor consente na doação ou na venda do predio que lhe estava hypothecado. Mas n'este caso tambem subsistem os effeitos da hypotheca emquanto a extincção não é averbada no registo.

3.º A prescripção é um dos modos de extinguir todas as obrigações, e por isso commum aos privilegios e ás hypothecas. Mas para serem extinctas as hypothecas pela prescripção é necessaria tambem a cancellação, depois de obtida sentença passada em julgado que julgue prescriptos os direitos hypothecarios, artigo 994.º

E qual é o praso marcado para a prescripção d'estas garantias? Será o praso destinado para a extincção da obrigação principal?

Quanto aos privilegios, o disposto nos artigos 880.º e seguintes prova que duram muito menos tempo em regra do que a obrigação principal.

Mas quanto ás hypothecas, durará a acção hypothecaria tanto tempo como a acção principal? De certo. E por isso o codigo deveria em o n.º 3.º do artigo 1027.º referir-se unicamente aos n.os 1.º e 2.º do artigo 1026.º, vistoque, com relação ás hypothecas, a prescripção não é meio de as extinguir, isto é, nas hypothecas extinctas pela prescripção, a extincção d'ellas é consequencia immediata, não da prescripção da hypotheca, mas da extincção da obrigação principal.

Por isso no projecto primitivo vinha a seguinte disposição, contida no artigo 1040.º, que a commissão revisora eliminou: «A obrigação hypothecaria, inscripta, só póde ser prescripta, tanto em favor do devedor, como de terceiro possuidor, por effeito da prescripção da obrigação principal».

4.º A expurgação é applicavel só ás hypothecas, e só ás hypothecas nos casos do artigo 938.º, e tem por unico fim libertar o predio, porque os privilegios e as hypothecas exercitam-se sobre o *preço*, depois de exonerado o predio.

O meio de extinguir pela expurgação, que pela lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 era commum ás hypothecas e aos privilegios, os



quaes por aquella lei careciam n'um caso de registo, é pelo codigo privativo das hypothecas, vistoque nos termos do codigo nenhum privilegio é sujeito a registo.

5.º Em consequencia de sentença passada em julgado, póde reduzir-se ou cancellar-se uma inscripção, libertando em todo ou em parte o immovel obrigado.

Os privilegios mobiliarios, que recáem sobre certos e determinados bens, extinguem-se com a saida d'esses objectos do poder do devedor, n.º 4.º do artigo 1026.º O mesmo succede com os privilegios mobiliarios em geral, e com os immobiliarios, que tem a virtude de *preferir*, mas não de *acompanhar* o predio em poder de terceiro. Porém com a transmissão do predio não se extingue a hypotheca, que o acompanha em poder de qualquer possuidor, artigo 892.º

Art. 1028.º A extincção das hypothecas só começa a ter effeito, depois de ser averbada no competente registo, e só póde ser attendida em juizo, quando é apresentada a certidão de averbamento.

Art. 1029.º No caso de extincção da obrigação principal por pagamento, se este for annullado, renascerá a hypotheca; mas se a inscripção tiver sido cancellada, renascerá só desde a data da nova inscripção, salvo o direito que fica ao credor de ser indemnisado, pelo devedor, dos prejuizos que d'ahi provenham.

(Vid. nota ao artigo 998.º)

## CAPITULO XI

### DOS ACTOS E CONTRATOS CELEBRADOS EM PREJUIZO DE TERCEIRO

Art. 1030.º Os actos e contratos, celebrados em prejuizo de terceiro, podem ser rescindidos a requerimento dos interessados, nos termos seguintes.

Art. 1031.º Os actos ou contratos, simuladamente celebrados pelos contrahentes com o fim de defraudar os direitos de terceiro, podem ser annullados e rescindidos a todo o tempo, a requerimento dos prejudicados.

§ unico. Simulado diz-se o acto ou contrato, em que as partes declaram, ou confessam falsamente alguma cousa que na verdade se não passou, ou que entre ellas não foi convencionada.

Art. 1032.º Rescindido o acto ou contrato simulado, será restituida a cousa ou o direito, a quem pertencer, com seus fructos ou lucros, se fructos ou lucros houver.

(Vid. artigo 1044.º) Depois de estabelecidos os principios geraes que regulam o registo predial, e de determinadas as consequencias resultantes das inscripções e dos cancellamentos, forçoso era dispor as provisões necessarias para salvar os direitos de terceiro, que po-

diam ser compromettidos á sombra d'aquelles privilegios, ou por outro qualquer modo. Por isso, n'esta secção se consignam as garantias de que gosam terceiros contra actos juridicos simulados ou verdadeiros, mas feitos em prejuizo dos seus direitos.

O codigo não se occupa n'este capitulo senão de actos ou contratos que redundem *em prejuizo de terceiro.*

Por muito immoraes que sejam os actos juridicos, ou por mais reprovados que sejam pela legislação penal, ainda que entrem na esphera do direito civil, não são todavia regidos pelas provisões d'este capitulo emquanto não vão affectar direitos de terceiro.

O codigo considerou nullos, por exemplo, todos os actos e contratos contrarios á moral publica ou ás obrigações impostas por lei, artigo 671.º n.º 4.º

Não é porém d'essa especie que nos occupâmos n'este capitulo, mas sim dos actos e contratos, que, não se achando comprehendidos na disposição d'aquelle artigo, nem n'outra provisão prohibitiva, redundam todavia em prejuizo de terceiro.

Previnem-se n'este capitulo tres hypotheses distinctas de contratos e actos juridicos celebrados em prejuizo de terceiro: 1.ª, a de ser *simulado* o contrato ou acto juridico; 2.ª, a de ser *verdadeiro*, mas feito em prejuizo dos credores, artigos 1033.º e 1034.º; 3.ª, a de consistir o acto, tendente a prejudicar terceiro, unicamente em *preferencia indevida*, artigo 1042.º

O artigo 1030.º é a epigraphe dos restantes artigos do capitulo, e os dois artigos 1031.º e 1032.º encerram as provisões relativas aos contratos simulados.

Supponhamos que A se conluia com B, fingindo ter recebido d'este um emprestimo, e hypothecando-lhe um predio, unico que tinha, em que C, seu credor verdadeiro, podia fazer execução pelo montante do seu credito?

Resta ao credor verdadeiro o meio de fazer rescindir o acto juridico, e cancellar a hypotheca. O credor prejudicado póde *a todo o tempo* requerer a rescisão do acto juridico. Para annullar o contrato simulado com o fim de defraudar direitos de terceiro todo o tempo é tempo. Não é porém imprescriptivel esta acção; nem as palavras «*a todo o tempo*» podem significar a imprescriptibilidade da acção civil.

As palavras — *a todo o tempo* — referem-se sempre ao praso maximo da prescripção, que é de trinta annos. Decorrido este periodo, nem a má fé, nem a falta de titulo, póde já allegar-se, artigo 529.º, salva a hypothese singular e especialissima do artigo 510.º

Pelo codigo penal, artigo 455.º, aquelles que fizerem algum contrato simulado em prejuizo de uma terceira pessoa ou do estado, serão punidos com prisão de um a tres annos, e multa de 50$000 a 300$000 réis, dividida pelos co-réus.

Porém a acção penal é prescriptivel decorridos que sejam dez annos desde a pratica do crime, ou desde o ultimo acto judicial, citado codigo, artigo 123.º

Tambem as penas prescrevem, até depois de impostas por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 124.º e 125.º do citado codigo.

Conseguintemente fica sujeito o lesante não só á acção civil de reparação do damno intentada a todo o tempo nos termos expostos, mas tambem á acção penal durante o periodo marcado nas leis, visto ser incriminado o acto pelo direito penal.

Rescindido o acto juridico restitue-se o direito ao lesado com os seus interesses, se os houver.



Se o acto simulado consistiu, por exemplo, na venda de um predio, ha de o lesante restituir não só o predio, mas os seus rendimentos, para integral reparação do lesado.

E se a cousa não tiver produzido fructos ou lucros, não haverá logar a perdas e damnos? Parece que deve julgar-se implicito no direito de restituição a faculdade de haver a reparação de perdas e damnos, apesar do silencio do codigo; assim como ha logar á acção criminal, apesar do codigo não fallar n'ella.

No exemplo posto, o comprador, que consumiu os fructos, ha de repor o valor d'elles.

No caso de ser resultado de simples *insolvencia*, e não de simulação, a rescisão ou annullação do acto juridico, então só revertem á massa dos bens do devedor os *valores alienados*, sem rendimentos ou lucros alguns.

Portanto o codigo é muito menos rigoroso com os actos que importam insolvencia, do que com os actos simulados; e com rasão. Nos actos simulados ha verdadeira falsidade, com que o legislador devia ser muito mais severo.

A nossa legislação penal é que trata com o mesmo rigor o acto da simulação e o da insolvencia.

A respeito da insolvencia diz o artigo 449.º do codigo penal: «Todo o devedor não commerciante que se constituir em insolvencia, occultando ou alheando maliciosamente os seus bens, será punido com prisão de tres mezes a tres annos».

Para as fallencias em commercio ha legislação especial.

Não havendo pois differenças essenciaes entre a simulação e a insolvencia, quanto á responsabilidade penal, distinguem-se porém em materia civil; porque ao passo que é imprescriptivel durante trinta annos a acção de simulação, prescreve por um anno a acção de insolvencia, artigo 1045.º, e, alem d'isso, a rescisão do acto simulado obriga á restituição, não só da cousa, mas dos rendimentos, emquanto que a rescisão do acto de insolvencia obriga a restituir unicamente o *capital alienado.*

Alguns contam o anno marcado para se intentar a acção de insolvencia desde o facto da alienação, e outros desde que o facto chegou ao conhecimento dos credores.

O codigo porém estabelece uma jurisprudencia muito mais favoravel a estes, mandando contar o anno desde o dia em que se verificou judicialmente a insolvencia, artigo 1045.º

Convem igualmente notar, que decretada a rescisão do acto, revertem os valores alienados, bem como os lucros, se tiver havido simulação, ao cumulo dos bens do devedor, mas só em beneficio dos credores.

Entendem alguns que a acção de simulação de actos juridicos, comprehendidos no artigo 1031.º, póde accumular-se com a acção de rescisão, por insolvencia, dos actos comprehendidos no artigo 1033.º; e de uma sentença, que vem publicada na *Revista de legislação e jurisprudencia*, de Coimbra, se mostra que o juiz de direito de Villa Nova de Foscôa julgára procedente uma acção de simulação, accumulada com a de rescisão por insolvencia, na qual se pedia que fossem julgados *simulados* os actos juridicos, ou rescindidos, e declarados sem effeito, se fossem julgados *verdadeiros.*

*De jure constituendo* associâmo-nos a esta doutrina, porque em materia de processo adoptâmos o admiravel principio, de que o juiz julga pela verdade sabida, sem embargo dos erros do processo. Mas no estado da nossa legislação sobre o processo, e no rigor da praxe fo-

rense, não comprehendemos como possam coexistir duas acções, sendo a premissa de uma, que o facto *não existiu*, e é *simulado*, e a de outra, que o facto *existiu*, e é *verdadeiro*, mas que fôra celebrado em prejuizo do credor.

Julgâmos tão incompativel a acção de simulação com a de rescisão por insolvencia, como a acção de reivindicação com a de posse, comquanto desejassemos que fossem permittidos nos articulados os pedidos alternativos, ainda quando as premissas de um excluissem as de outro.

A simulação não importa nullidade *ipso jure*. É precisa declaração dos tribunaes sobre acção para esse fim intentada. Não póde pois a parte, demandada para cumprimento do contrato simulado, defender-se, deduzindo, como excepção, nos termos do artigo 693.º, o facto da simulação: ha de deduzir a simulação em reconvenção.

Em accordão de 16 de maio de 1871, publicado no *Diario do governo* n.º 138, de 22 de agosto do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que a contrariedade não era meio de pedir a nullidade de um contrato por simulação.

Diz o accordão: «Attendendo porém a que um contrato authentico celebrado por escriptura publica, é prova plenissima, que por isso deve surtir todos os effeitos legaes emquanto não é devidamente rescindido, ou por nova convenção das partes outorgantes que n'elle intervieram, ou por decisão judicial;

«Attendendo a que a contrariedade não é meio de pedir, mas de impedir, etc.»

A simulação não póde em regra provar-se directamente: resulta de indicios e presumpções. Hoje mesmo offerecem maior difficuldade estas acções, vistoque, nos termos dos artigos 2507.º e 2508.º, é inadmissivel a prova de testemunhas em contrario, ou alem do conteúdo de documentos authenticos, ou de escriptos particulares legalisados nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, salvo sendo arguidos esses escriptos de falsidade, erro, dolo ou violencia.

**Art. 1033.º** O acto ou contrato verdadeiro, mas celebrado pelo devedor em prejuizo do seu credor, póde ser rescindido a requerimento do mesmo credor, se o credito for anterior ao dito acto ou contrato, e d'este resultar insolvencia do devedor.

**Art. 1034.º** Se o acto ou contrato for oneroso, só poderá ser rescindido havendo má fé, tanto da parte do devedor, como da outra parte.

**Art. 1035.º** Se o acto ou contrato for gratuito, póde dar-se a rescisão, aindaque os estipulantes não procedessem de má fé.

**Art. 1036.º** Dá-se insolvencia, quando a somma dos bens e creditos do devedor, estimados no justo valor, não iguala a somma das suas dividas. A má fé, em tal caso, consiste no conhecimento d'esse estado.

(Vid. artigos 1040.º, 1041.º, 1149.º n.º 3.º, 1469.º e 1470.º) Trata-se agora dos actos verdadeiros, mas celebrados pelo devedor em prejuizo do crédor. Para que o crédor possa requerer a rescisão do acto juridico n'estas circumstancias, é necessario que se verifiquem duas condições cumulativamente: 1.ª, que o credito seja *anterior* ao acto rescindendo; 2.ª, que d'esse acto resulte a insolvencia do devedor.



Assim se o devedor fez uma doação, antes de contrahir a divida, ou mesmo depois, mas sem que a doação deixasse a sua fortuna desfalcada a ponto de não poder pagar aos credores, não póde ser rescindido o acto.

A procedencia da acção para a rescisão do acto verdadeiro, mas celebrado em prejuizo dos credores, é avaliada de modo differente, segundo este foi a titulo oneroso ou a titulo gratuito. Sendo o acto a titulo oneroso não procede a rescisão, se da parte de algum dos pactuantes houve boa fé, porque o illudido não deve ficar prejudicado nos seus direitos por uma fraude, em que não teve parte.

Supponhamos porém que o devedor, na boa fé de que não prejudicava o credor, vendeu propriedades, com cuja alienação ficou inhabilitado de pagar o credito no todo ou em parte, e que o comprador não ignorava que a venda collocava o devedor na impossibilidade de pagar integralmente as suas obrigações, poderá annullar-se o acto, havendo má fé só da parte do adquirente?

O artigo 1034.º diz expressamente que o acto oneroso só poderá annullar-se, havendo má fé, tanto *da parte do devedor*, como da outra parte. O legislador bem reconheceu o principio de que por parte do devedor podia presumir-se boa fé, porque no artigo1036.º se mostra que o legislador previu a hypothese de o devedor não conhecer o estado da sua fortuna.

Logoque haja boa fé, no acto juridico a titulo oneroso, da parte de qualquer dos pactuantes, ou do alheador, ou do adquirente, não póde ser rescindido o acto juridico no interesse dos credores. O codigo não fixa regras algumas sobre a rescisão de actos juridicos a requerimento dos credores. Algumas legislações determinam, por exemplo, que as alienações de bens immobiliarios não podem ser rescindidas, se a acção de rescisão não estava inscripta no registo antes de se registar a alienação, salvo se o adquirente procedeu dolosamente. Pela nossa lei porém, haja ou não execução ou acção sobre os bens do devedor, sempre que elle alienou quaesquer bens, com dolo, e em prejuizo dos credores, sendo o adquirente participante na fraude, ha logar á rescisão a requerimento dos lesados.

Se o acto porém foi gratuito, isto é, se o devedor fez uma doação dos seus bens em prejuizo do seu crédor, aindaque da parte do doado houvesse boa fé, o acto póde annullar-se pela regra de que o direito «*de damno evitando*» deve preferir ao direito «*de lucro capiendo*».

Nos artigos 1469.º e 1470.º reconhece-se o principio de que o donatario responde pelas dividas do doador, em certas e determinadas condições. Se a doação abrange todos os bens presentes do doador, a qual é licita, havendo reserva de usufructo, ou dos meios necessarios para a sua subsistencia, artigo 1460.º, fica o donatario obrigado a todas as dividas do doador anteriores á doação, artigo 1470.º, salvo declaração em contrario, que só obriga entre o doador e o donatario, e não os credores.

Mas isto é só com relação á doação dos bens na sua totalidade, porque se a doação for apenas de *certos e determinados* bens, não responde o donatario pelas dividas aos credores, aindaque estes fiquem prejudicados com ella, salvo o caso de fraude ou de os bens estarem hypothecados ás dividas. Se a doação for feita com a obrigação do donatario pagar as dividas do doador, esta obrigação só abrange as contrahidas ao tempo da doação, e que constarem de documentos authenticos ou authenticados, aliás poderia o doador, combinando-se com suppostos credores, fabricar titulos de dividas com data anterior á doação, mas contrahidas depois d'ella, inutilisando e illudindo a doa-

ção que fizera, e onerando mesmo os bens proprios do donatario com o peso de dividas que excedessem o valor dos bens doados.

É pois evidente a contradicção entre o disposto no artigo 1035.º, que permitte em quaesquer circumstancias a rescisão do acto ou contrato gratuito, de que resultou prejuizo para o credor, ainda que houvesse boa fé de ambas as partes, e o disposto no artigo 1470.º § 1.º, que não responsabilisa o donatario pelas dividas do doador, quando a doação é de certos e determinados bens, senão no caso de hypotheca ou *de fraude* em prejuizo dos credores.

Nos termos do artigo 1035.º, logoque a doação prejudicar os direitos dos credores, ou a doação seja de todos os bens, ou de certos e determinados bens, ou houvesse boa ou má fé da parte dos pactuantes, o acto é rescindivel.

O artigo 1470.º § 1.º parece conter uma excepção a este principio geral, determinando que, se a doação for de certos e determinados bens, não possa ser rescindida, ainda que prejudique os credores, salvo estando hypothecados os bens, ou havendo *fraude*.

Esta desharmonia, que existe entre o disposto no artigo 1035.º e o preceituado no § 1.º do artigo 1470.º, vem já do projecto primitivo, e foi conservada em todos os projectos da commissão revisora.

Qual das disposições pois ha de prevalecer, a do artigo 1035.º ou a do § 1.º do artigo 1470.º? Entendemos que deve preferir esta, pelo principio de que o especial deroga o geral; e porque, sendo o capitulo, relativo ás doações, o logar proprio onde se estabelecem as condições da constituição e da rescisão d'estes actos juridicos, devem preferir as provisões ahi consignadas ás que se acham desenvolvidas no capitulo, em que se trata *em geral* dos actos e contratos celebrados em prejuizo de terceiro.

Por outro lado é mais rasoavel e mais accommodada á estabilidade das transacções e á certeza dos direitos a providencia contida no § 1.º do artigo 1470.º; porque o credor, que tinha á sua disposição tantas garantias para segurar os seus direitos, como penhor, hypotheca, fiança, etc., e que não exigiu nenhuma d'ellas, a si, ao seu desleixo ou descuido deve imputar a perda dos seus direitos, que ainda assim não ficam compromettidos pela doação de certos e determinados bens, logoque se prove que n'este acto houve fraude.

Demais o sr. Seabra, respondendo a algumas observações que lhe fizera o sr. dr. Paes, sobre o artigo 2276.º do projecto primitivo, a que corresponde no codigo o artigo 2103.º, e estabelecendo a doutrina, de que a collação das doações tem por fim calcular a terça, mas que nenhum lucro póde dar aos credores, aos quaes não aproveita, dá a seguinte rasão da sua doutrina — porquanto, ou os credores são anteriores, ou posteriores ás doações; se são anteriores, podiam ter prevenido esse prejuizo, e se o não fizeram, a si o imputem; e se são posteriores, nenhum direito tem contra as transmissões anteriores. — N'estas poucas linhas sustenta o sr. Seabra uma doutrina inteiramente opposta á consignada no artigo 1035; e estabelece uma jurisprudencia ainda mais favoravel aos donatarios, e prejudicial aos credores, do que a consignada no artigo 1470.º Conseguintemente, segundo a opinião do sr. Seabra, manifestada na apostila, não havendo fraude, ou hypotheca anterior á doação em prejuizo dos credores, não póde esta ser rescindida em caso algum. Imputem estes a si o não se terem prevenido a tempo com as devidas seguranças.

Entendem alguns que as disposições consignadas no capitulo das doações regulam apenas as relações entre doador e donatario, mas não os direitos dos credores, que são regulados pelo disposto no artigo 1033.º e seguintes; e, partindo d'este principio, sustentam que, mesmo na hypothese do artigo 1469.º, se os credores não podérem haver do doador o pagamento de dividas existentes ao tempo da doação, que não constem de documento authentico ou authenticado, poderão reclama-lo do donatario, vistoque os preceitos dos artigos 1469.º e 1470.º, dirigindo-se a reger unicamente as relações entre doador e donatario, nada têem com as relações entre estes e terceiros, que são reguladas pelo artigo 1033.º e seguintes. Similhante opinião porém é abertamente contra as disposições do codigo.



Para se dar a *fraude*, nos termos do § 1.º do artigo 1470.º, será indispensavel que haja má fé, tanto da parte do doador como da parte do donatario, ou bastará que haja má fé da parte de um d'elles?

A redacção do citado § mostra que basta a má fé do donatario para se suppor a fraude, e haver logar á rescisão do acto juridico; e na verdade, como é o donatario o prejudicado com a rescisão da doação, é a boa ou a má fé do donatario o elemento que deve ser tido em conta para ser julgada a rescisão.

E a alienação de bens immobiliarios dotaes para pagamento de dividas do dotador, nos termos do artigo 1149.º n.º 3.º, estará sujeita ao preceito do artigo 1035.º, ao do artigo 1470.º § 1.º, ou será ainda mais favorecida do que as doações comprehendidas n'este artigo e §?

Nós julgâmos que o disposto no artigo 1470.º e seus §§ é applicavel a todas e quaesquer doações, ou sejam feitas em dote de casamento, ou com qualquer outro fim. Entendem alguns que a doação, a titulo de dote em casamento, ou seja de certos e determinados bens, ou da totalidade dos bens, por favor especial a este genero de doações, só póde ser rescindida no caso de se verificarem todas as circumstancias previstas no referido artigo 1149.º n.º 3.º, e de acrescer o mutuo consenso dos conjuges, salvo apenas o caso de fraude.

Visto porém o silencio do codigo sobre os favores concedidos n'este ponto aos dotes para casamento, entendemos que elles estão sujeitos ás provisões consignadas nos artigos 1035.º e 1470.º, em tudo aquillo em que estas não forem expressamente modificadas pelos preceitos claramente contidos nos artigos relativos ao regimen dotal.

Assim, se o dote for da totalidade dos bens, póde ser rescindido, logoque prejudique os credores, houvesse ou não má fé da parte dos outorgantes na doação; e se o dote for de certos e determinados bens, responde pelas dividas do doador, no caso de ter sido feito em prejuizo dos credores, se houver hypotheca registada sobre os bens, ou se tiver havido fraude na doação.

Para o donatario responder pelas dividas do doador, exige o codigo que ellas sejam anteriores á doação, e constem de documento authentico ou authenticado, nos dois casos de ser feita a doação com encargo de pagamento das dividas do doador, artigo 1469.º, ou de ser feita a doação a titulo de dote para casamento, artigo 1149.º n.º 3.º

Mas se a doação estiver comprehendida n'algum dos §§ do artigo 1470.º, tambem estará sujeita ás duas condições de serem anteriores á doação as dividas e de terem data authentica ou authenticada? Assim o entendemos, sem embargo do silencio do § 2.º, a respeito de uma d'essas condições, e do silencio do § 1.º, a respeito de ambas.

Onde ha a mesma rasão não póde deixar de seguir-se a mesma disposição.

Aqui não ha só a mesma rasão, ha maioria de rasão. Pois, se o donatario, quando aceita a doação com o encargo expresso e clausulado do pagamento das dividas, não fica, ainda assim, obrigado senão ao

pagamento das que tinham data authentica ou authenticada ao tempo da doação, como ha de elle, no caso de não haver ajuste algum a respeito das dividas, ficar obrigado a maiores encargos do que quando estipulou expressamente a sua responsabilidade pelo pagamento das dividas?

Alguns entendem, que na hypothese do § 2.º do artigo 1470.º, fica o donatario obrigado ao pagamento *de todas as dividas* do doador, ou tenham ou não data authentica ao tempo da doação; e, para evitar a contradicção que d'aqui resulta entre as provisões dos dois artigos, dizem que o artigo 1469.º se refere unicamente á doação *parcial* de bens.

Similhante interpretação porém é inadmissivel, não só por ser contraria á letra do artigo, mas porque aliás ficaria sem providencia especial a hypothese da doação geral de bens com encargo expresso do pagamento de dividas.

No artigo 1469.º trata-se a hypothese de ter sido feita a doação com o encargo expresso de pagamento das dividas, e no artigo 1470.º da hypothese de se ter feito a doação, sem se ter estipulado cousa alguma a respeito de dividas.

O artigo 1470.º comprehende em cada um dos seus §§ cada uma das duas hypotheses, de ser parcial ou geral a doação, no caso de nada se ter estipulado a respeito de dividas, e o artigo 1469.º comprehende na sua generalidade, tanto a doação parcial, como a doação geral, no caso de se ter feito a doação com o encargo expresso do pagamento das dividas.

As palavras «*salvo havendo declaração em contrario*» não significam, que o doador possa em caso algum eximir, com prejuizo dos credores, o donatario de pagar as dividas com data authentica ou authenticada ao tempo da doação; mas sim que o doador póde tomar sobre si o encargo de todas ou de algumas das dividas, exonerando, sob sua responsabilidade, o donatario em todo ou em parte da obrigação, que lhe cabe nos termos do § 2.º do artigo 1470.º

No caso de ter sido feita a doação em dote de casamento acresce unicamente a especialidade de ser indispensavel tambem auctorisação judicial, citado artigo 1149.º § 2.º, para a alienação dos bens em pagamento de dividas, a fim de evitar conluios entre credores e devedores, que chegassem á destruição do dote.

Pela mesma rasão os credores do usufructuario podem rescindir a renuncia, que este fizer do usufructo em prejuizo d'elles.

Pelo codigo commercial, artigo 901.º, a acção rescisoria ou revocatoria, resultante de fraude, tambem não compete aos credores, que no tempo do acto fraudulento não eram credores effectivos.

Cessa a acção de rescisão logoque cessou a causa que a determinava, e por isso deixa de ter logar assim que o devedor paga ou adquire bens que o colloquem na posição de soluvel, artigo 1040.º

Em todo o caso o devedor tem dois meios de evitar a acção de rescisão do acto juridico por insolvencia, que vem a ser: 1.º, a acquisição de bens, que o colloquem em circumstancias de pagar; 2.º, o pagamento effectivo; mas o adquirente tem só o segundo meio, que é pagar ao credor ou credores, artigos 1040.º e 1041.º

Art. 1037.º Se o originario adquirente houver transmittido a terceiro a cousa adquirida, aproveitará a este a sua boa fé, nos termos sobreditos, salvo o regresso do credor contra o transmittente.



Ao adquirente por titulo gratuito, ainda que seja o 4.º ou o 5.º, por exemplo, não lhe aproveita a boa fé, porque esta só aproveita ao adquirente *nos termos sobreditos*, isto é, no caso de ser oneroso o acto, e de não ter havido má fé, porque, nos termos sobredictos, se o acto foi gratuito, não aproveita a boa fé em caso algum ao adquirente. O artigo pois deverá referir-se unicamente ao adquirente por titulo oneroso; e com relação á acquisição a titulo gratuito deve entender-se o artigo tambem em harmonia com o disposto nos artigos 1469.º e 1470.º, e respectivas notas ao artigo antecedente.

Contra o transmittente, a não ser contra o devedor, tambem nos termos sobreditos o credor não tem acção, se o acto foi a titulo oneroso, e elle estava de boa fé.

Art. 1038.º A rescisão póde dar-se, tanto nos casos em que o devedor aliena os bens que effectivamente possue, como n'aquelles em que renuncia a direitos que lhe advieram, e que não sejam exclusivamente pessoaes.

A insolvencia manifesta-se do mesmo modo, ou o devedor aliene os bens, que tem já effectivamente no seu patrimonio, ou renuncie a outros de que não tem ainda a posse real e effectiva, mas que já lhe pertencem em face da lei, e que ha de vir a ter, ou como dizia o projecto primitivo, *direitos abertos em seu favor*, como uma successão aberta, um fideicommisso, etc., salvo se os direitos, que aliena ou renuncia, são *exclusivamente pessoaes*, como, por exemplo, uma pensão alimenticia, que não está sujeita a penhora. Ainda que o devedor se desapposse d'este direito, não prejudica o credor, que sobre elle não podia fazer execução forçada. É assim que nós entendemos as palavras finaes do artigo «e que não sejam exclusivamente pessoaes», que substituiram est'outras do projecto primitivo «e que forem de natureza puramente pecuniaria».

Art. 1039.º Póde igualmente rescindir-se o pagamento, feito pelo devedor insolvente, antes do praso do vencimento da obrigação.

(Vid. artigo 1042.º) Se o devedor pagou alguma obrigação antes do seu vencimento, e depois se tornou insolvente, induz presumpção de querer pagar a um credor com prejuizo dos outros, devendo por isso rescindir-se o pagamento.

Pela mesma rasão se o devedor tratou de pagar, por exemplo, a algum credor, que não estava em primeiro grau com prejuizo de outro, que tinha preferencia, limita-se a rescisão a collocar o credor prejudicado na sua respectiva posição juridica, artigo 1042.º

Art. 1040.º A acção de rescisão, mencionada no artigo 1033.º, cessa logoque o devedor satisfaz a divida, ou adquire bens com que possa desempenhar-se.

Art. 1041.º O adquirente demandado póde tambem fazer cessar a acção, satisfazendo a importancia da divida.

(Vid. nota ao artigo 1033.º)

Art. 1042.º Da fraude, que consiste unicamente na prefe-

rencia indevida obtida por algum credor, resulta só a perda d'essa vantagem.

(Vid. nota ao artigo 1039.º)

Art. 1043.º Se a parte, que allega a insolvencia do devedor, provar a quanto montam as dividas d'este, ao mesmo devedor incumbe a prova de que tem bens de igual ou de maior valor.

A parte que allega a insolvencia é obrigada, por assim dizer, só a *ametade* da prova, isto é, a provar a importancia das dividas, sem necessidade de provar a quanto montam os bens. Ao devedor incumbe provar, para illidir a acção de insolvencia, que tem bens de maior ou de igual valor para pagar o debito. Com esta prova destroe a allegação de estar insolvente.

Art. 1044.º Rescindido o acto ou contrato, revertem os valores alienados ao cumulo dos bens do devedor, em beneficio dos seus credores.

(Vid. nota ao artigo 1032.º)

Art. 1045.º Esta acção prescreve, não sendo intentada dentro de um anno, contado desde o dia em que a insolvencia do devedor haja sido judicialmente verificada.

(Vid. notas aos artigos 547.º e 1030.º)

## CAPITULO XII

### DA EVICÇÃO

Art. 1046.º Se aquelle, que adquiriu uma cousa por contrato oneroso, foi privado d'ella por terceiro, que a ella tinha direito, o alheador é obrigado a indemnisa-lo, nos termos seguintes.

(Vid. artigos 1055.º, 1142.º, 1143.º, 1252.º, 1468.º, 1581.º, 1606.º n.º 4.º, 2219.º § 2.º e 2159.º) Evicção é o abandono forçado a que é condemnado em todo ou em parte o adquirente de uma cousa. *Evincere est aliquid vincendo auferre.* A evicção é garantia dos contratos onerosos; não é da *essencia* d'estes contratos, mas é da sua *natureza.*

Em virtude do principio de que o alheador deve garantir ao adquirente a posse tranquilla da cousa, não é preciso estipular expressamente a clausula da evicção, para ella fazer parte das garantias do contrato; assim como tambem póde estipular-se que não haja similhante garantia, artigo 1051.º n.º 1.º, vistoque esta condição respeita ao interesse particular das partes, que a cada um é licito renunciar.

Exceptua-se porém o caso de dolo, cuja responsabilidade a ninguem é licito declinar por uma convenção, artigo 1055.º *Pacta quae turpem causam continent non sunt observanda.* Assim, se o vendedor que alienou a propriedade sabia que sobre ella pesava algum fôro, que não constava do registo da conservatoria, e o não revelou, é responsave.



por este encargo, ainda que tenha estipulado não garantir a evicção, emquanto não expirar o praso dentro do qual póde oppor-se a terceiro este onus real, independentemente de registo.

Em todo o caso a evicção é garantia natural só dos contratos a titulo oneroso. Onde é mais frequente o facto da evicção é na compra e venda. O vendedor é obrigado a assegurar a propriedade e posse pacifica do comprador, e a prestar a evicção, nos termos declarados n'este artigo e nos seguintes, artigo 1581.º

Assim como na venda é obrigado o alheador a assegurar a *propriedade* da cousa vendida, assim no arrendamento é obrigado a assegurar o *uso* da cousa arrendada, artigo 1606.º n.º 4.º, com a differença de que na venda dá a evicção logar á restituição do preço, e no arrendamento a abatimento na renda, artigo 1613.º, e a perdas e damnos, se houve má fé da parte do senhorio.

Assim como na venda o preço representa a *propriedade,* no arrendamento a renda representa o *uso* da cousa.

É porém indispensavel que o arrendatario seja perturbado por meio da acção relativa á propriedade, ou ao uso; porque se o terceiro, sem pretender *direito algum* sobre a cousa, e sómente pelo seu facto prejudica o goso *pessoal* do locatario, em nada ataca o proprietario da cousa, o unico atacado é o arrendatario, e é por consequencia a este que pertence perseguir em seu nome pessoal o lesante.

A evicção não tem logar senão quando ha perturbação de direito, como se o auctor reclama a posse do predio em virtude de arrendamento feito com o auctor da herança, e nunca quando ha uma simples perturbação de facto.

É turbação de mero facto se se introduzem rebanhos alheios no predio arrendado, se se roubam os fructos, se se expulsa á força o arrendatario da cousa arrendada, etc. Emquanto porém o ataque não se dirige judicialmente contra o direito de *propriedade* ou de *uso* da cousa, o arrendatario é o unico atacado, e só a elle toca defender-se.

É tambem necessario, para que o arrendatario tenha direito a ser indemnisado em consequencia da evicção, que avise o senhorio das usurpações tentadas contra a cousa, nos termos do artigo 1608.º n.º 4.º, porque se não avisou o proprietario, ou se não tomou a defeza d'este contra as pretensões de terceiro, não só nada póde reclamar do senhorio, mas fica ainda responsavel para com elle por todos os prejuizos.

O artigo 1608.º n.º 4.º impõe ao arrendatario a obrigação simultanea e cumulativa de dar parte ao senhorio das usurpações, tentadas ou feitas por terceiro, e de defender os direitos do mesmo senhorio; assim como o artigo 1451.º impõe ao depositario, perturbado ou esbulhado da cousa depositada, a obrigação cumulativa de avisar, sem demora, o depositante, e de tomar a defeza d'este até elle prover.

Porém na segunda parte do artigo 1451.º, para a qual remette o artigo 1608.º n.º 4.º, exonera-se o depositario de responsabilidade por perdas e damnos, logoque cumpre uma das duas obrigações, que cumulativamente lhe são impostas na primeira parte do mesmo artigo.

Portanto a lei, que impõe ao arrendatario e ao depositario duas obrigações simultaneamente no caso de serem offendidos os direitos do senhorio e do depositante, é a mesma que os exonera de responsabilidade logoque uma das obrigações seja satisfeita.

Com relação ao depositario, ainda poderia entrar em duvida se devia prevalecer, para regular a sua responsabilidade, a primeira ou a segunda parte do artigo 1451.º Mas com relação ao arrendatario nenhuma duvida póde haver de que a sua responsabilidade é regulada

pela segunda parte do artigo 1451.º, porque assim o determina o n.º 4.º do artigo 1608.º, fazendo referencia expressa só á segunda parte d'aquelle artigo, comquanto reproduza fielmente o disposto na primeira parte.

O arrendatario, quando for demandado por alguem que pretenda ter *direito* sobre a cousa, alem de avisar o proprietario e de começar a defeza dos seus direitos, como lhe prescreve o codigo, deve chamar á autoria o senhorio, *nomeando*, nos termos da ordenação, aquelle, em cujo nome possue, á demanda, e collocando-se fóra d'ella. Mesmo o auctor deve dirigir a sua acção tambem contra o senhorio, porque se o arrendatario o não nomear, e elle não for ouvido na acção, o auctor depois só poderá executar a sentença contra o arrendatario.

Até o usufructuario, cujo usufructo foi constituido por titulo oneroso, tem direito á evicção, artigo 2219.º § 2.º, sendo o alheador obrigado a pagar-lhe o valor do usufructo e das despezas do litigio, se o direito de usufructo lhe for evicto por terceiro.

As partilhas, ou judiciaes ou extrajudiciaes, para os effeitos da evicção, são equiparadas aos contratos por titulo oneroso, de modo que os coherdeiros são obrigados a indemnisar-se reciprocamente se algum soffrer prejuizo em consequencia de evicção, artigo 2159.º O fundamento da evicção nas partilhas é a igualdade dos lotes.

No mesmo caso do vendedor está o socio, que entra para a sociedade com algum objecto determinado, de que a sociedade vem depois a ser evicta, porque responde para com ella pelo valor do objecto, como responde o vendedor para com o comprador pelo preço da compra no caso de evicção da cousa vendida, artigo 1252.º

Convem notar que mesmo o comprador em praça, que for privado da cousa por terceiro, póde chamar á autoria o executado ou vendedor para responder pela evicção.

Nas transmissões a titulo gratuito, em que uma das partes dá sem receber, exercendo assim um acto de liberalidade, seria injusto impor a garantia da evicção ao doador; porque a ninguem deve ser prejudicial a sua liberalidade. Verificando-se n'este caso a evicção, fica o donatario apenas subrogado nos direitos do doador, artigo 1468.º, o que é uma consequencia da doação, e com o que nenhum prejuizo se causa ao doador.

O doador só responde pela evicção, se a isso se obrigou expressamente, artigos 1143.º e 1468.º, porque a vontade expressa das partes é a primeira lei dos contratos, ou se procedeu de má fé, sendo a doação feita em dote para casamento, citado artigo 1143.º, por exemplo, dotando a noiva com uma cousa, que sabia que não era sua.

A má fé nas doações só obriga á evicção quando ellas constituem dote para casamento, como bem se infere das disposições combinadas, que se acham consignadas nos artigos 1143.º e 1468.º

É certo que todo o contrahente, qualquer que seja o titulo por que contrata, responde pelo seu dolo, e nem a elle póde renunciar, artigo 668.º

Mas da obrigação, que tem o doador, que procedeu com dolo, de indemnisar das perdas e damnos o donatario, não póde deduzir-se responsabilidade pela evicção, que nos contratos gratuitos significa em regra a privação de um valor, e não perdas e damnos.

Alem das duas excepções, mencionadas nos artigos 1143.º e 1468.º, ao principio geral — de que o doador não responde pela evicção, ainda que as doações representem dote em casamento, se não houve má fé — ha outra excepção reconhecida no artigo 1142.º, que é o caso de ter sido constituido o dote pelos paes ou pelos avós da dotada, que são responsaveis pela importancia d'elle no caso de evicção, independentemente de boa ou de má fé.

A dotação para casamento reputa-se, para assim dizer, *obrigatoria* quanto aos paes e avós. O nosso codigo, se os não obriga, como outros, a dotarem os filhos e netos, responsabilisa-os todavia pela evicção, na constituição do dote, independentemente de accordo ou de má fé. É por estas considerações que se justifica o preceito do artigo 1142.º



Art. 1047.º O alheador, aindaque haja procedido em boa fé, é obrigado a pagar integralmente:

1.º O preço, ou o que haja recebido do adquirente evicto;

2.º Os gastos, que o mesmo adquirente tenha feito com o contrato e com o pleito da evicção, salva a excepção do artigo 1053.º;

3.º Todas as despezas uteis e necessarias, que não sejam abonadas ao adquirente pelo evicto ou pelo vencedor.

§ 1.º Se o adquirente for condemnado a restituir os rendimentos, poderá exigir do alheador os rendimentos ou interesses da cousa ou somma por elle prestada.

§ 2.º Se o adquirente não for condemnado á dita restituição, reputar-se-hão compensados os rendimentos com os interesses.

§ 3.º Se o adquirente houver tirado da cousa algum proveito por deteriorações, a cuja indemnisação não fosse condemnado, será encontrado esse proveito nas quantias que deva receber do alheador.

§ 4.º Se o adquirente for condemnado por deteriorações, não responderá por isso o alheador, salvo se tiverem acontecido por culpa sua.

§ 5.º Se o alheador tiver feito bemfeitorias antes da alienação, e estas forem abonadas pelo vencedor, serão encontradas na quantia, que o mesmo alheador tiver de pagar.

§ 6.º O alheador não responde pelas despezas voluptuarias, que o evicto haja feito.

Art. 1048.º Se o alheador houver procedido de má fé, será obrigado a indemnisar o evicto nos termos sobreditos, com esta differença.

§ 1.º Se o valor da cousa, ao tempo da evicção, foi superior ao valor prestado, responderá o alheador por essa differença.

§ 2.º Será responsavel o alheador por todas as perdas e damnos que resultarem da evicção, não exceptuando sequer as despezas voluptuarias.

(Vid. artigo 1053.º e § 1.º do artigo 2219.º) Se o alheador procedeu de boa fé, é obrigado a restituir ao adquirente só o preço ou cousa que recebeu, aindaque este seja obrigado a restituir muito maior valor do que tivesse recebido de outro adquirente em nova transmissão.

Se porém procedeu de má fé ha de restituir não só o preço que recebeu, mas o que o adquirente tivesse pago a mais, *verbi gratia*, por ser superior o preço da nova transmissão.

N'este caso ainda que a cousa pare nas mãos do primeiro adquirente, se ella augmentou de valor por qualquer circumstancia, ha de o alheador pagar-lhe esse augmento de valor que o tempo e quaesquer outras circumstancias favoraveis lhe proporcionaram.

O alheador de má fé responde, n'uma palavra, por todas as perdas e damnos, incluindo as despezas voluptuarias, para ser completa a reintegração do lesado.

O alheador de boa fé responde só até ao ponto de não se locupletar com a jactura alheia, e de garantir a posse pacifica da cousa.

O alheador de boa fé restitue:

1.º O que recebeu do primeiro adquirente, ainda que a evicção tenha logar estando a cousa em poder de outrem, devendo entender-se n'este sentido a pessima redacção do n.º 1.º do artigo 1047.º

2.º As despezas com o contrato, como o sêllo da escriptura, os salarios ao tabellião, a contribuição de registo, etc.

3.º As despezas que o adquirente fez na demanda, tanto para se defender da acção de evicção proposta por terceiro, como para chamar o alheador á autoria. Não responde porém o alheador pelas despezas da demanda, se, reconhecendo o direito do terceiro e a procedencia da evicção, se offerece a pagar o preço que do adquirente recebeu e as despezas do contrato, e o adquirente insiste em continuar no pleito, artigo 1053.º

N'este caso o alheador responde sim pelo preço que recebeu e pelas despezas do contrato, no caso de o adquirente decair, mas não responde pelas despezas do processo, que são filhas de *facto* do adquirente, e em que este se envolveu por vontade propria e contra a determinação do alheador.

As custas do litigio, quando foi constituido por titulo oneroso o usufructo, são pagas tambem pelo alheador, nos termos do n.º 2.º do artigo 1047.º, como parte do preço da evicção, artigo 2219.º § 1.º

Se o usufructo foi constituido a titulo gratuito, mas em dote de casamento, feito pelos paes ou avós, tambem são por conta d'estes as despezas dos litigios, visto serem aquellas pessoas obrigadas á evicção, artigo 1142.º

Se porém o alheador não é obrigado á evicção, porque alheou *mortis causa* ou *inter vivos* a titulo gratuito, sem ser em dote de casamento, são pagas pelo usufructuario as custas dos litigios em acções possessorias, isto é, para ser *mantido* na posse, porque nas acções de reivindicação é igualmente interessado o proprietario, e parece por isso que a este respeito deve observar-se por analogia o disposto nos artigos 2229.º, 2230.º, 2235.º e 2236.º

4.º As despezas necessarias e uteis que nao foram abonadas ao adquirente pelo vencedor, ou pelo evicto, quando a cousa foi objecto de nova transmissão, mas não as voluptuarias.

Se o adquirente tirou proveito das deteriorações por elle feitas, como por ter demolido um edificio e ter vendido os materiaes, o alheador imputará no preço as sommas que elle recebeu em virtude d'estas deteriorações.

Art. 1049.º Se o adquirente for apenas privado de parte da cousa, ou de parte do direito transferido, observar-se-hão as mesmas disposições em relação á parte evicta, sendo, aliás, licito ao evicto rescindir o contrato, ou exigir indemnisação por essa parte, nos termos referidos.



Art. 1050.º A disposição do artigo precedente é applicavel ao caso, em que duas ou mais cousas tenham sido conjuntamente transferidas, e alguma d'ellas for evicta.

(Vid. artigo 1558.º § unico) É licito ao adquirente, que foi privado de parte da cousa, ou de alguma das cousas adquiridas, rescindir o contrato, artigo 1558.º § unico, ainda que a cousa ou parte da cousa evicta não influa no principal, vistoque o codigo não faz restricção alguma, aliás reconhecida na legislação de outros paizes.

Por mais insignificante que seja, pois, o valor da cousa, ou parte da cousa evicta, fica ao adquirente sempre o direito de optar entre a rescisão do contrato e a indemnisação pela evicção.

E como ha de ser calculado com relação a essa parte evicta o preço da indemnisação? Ha de calcular-se com relação ao custo da acquisição, ou com relação ao valor da cousa no tempo da evicção?

O codigo civil francez, que, n'este ponto, como em muitos outros, foi a fonte do nosso codigo, determina que a indemnisação seja paga segundo o valor da cousa ao tempo da evicção, e não proporcionalmente ao preço da acquisição. Parece-nos todavia que o alheador deve responder, calculado o preço da acquisição como base da sua responsabilidade.

Art. 1051.º O alheador não responde pela evicção:

1.º Se assim foi estipulado, ou se, sendo advertido o adquirente do risco da evicção, o tomou sobre si;

2.º Se, conhecendo o adquirente o direito do evictor, dolosamente o tiver occultado ao alheador;

3.º Se a evicção proceder de causa posterior ao acto da transferencia, não imputavel ao alheador, ou de facto do adquirente, quer seja posterior, quer anterior ao mesmo acto;

4.º Se o adquirente não tiver chamado á autoria o alheador.

1.º e 2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1046.º, e artigos 1584.º, 1593.º, 1674.º e 2160.º) Assim como o alheador pesa com a responsabilidade dos encargos, que não declarou na occasião da transmissão, assim cessa tambem a sua responsabilidade, desde que o adquirente teve conhecimento d'elles.

Por um lado não é necessario advertir lo que já sabe do risco: «*Non videtur celatus qui scit, neque certiorari debuit qui non ignoravit*»; e por outro lado o adquirente não póde queixar-se de supportar encargos, a que sciente e voluntariamente se sujeitou. A transmissão toma n'este caso o caracter de contrato aleatorio. As vantagens e as perdas do adquirente dependem de um acontecimento incerto, e em attenção a esta incerteza fixou elle provavelmente o preço.

3.º, etc. A regra é que o alheador responde pela evicção, se o facto que a determina é anterior á transmissão, salvo se é imputavel ao adquirente; e não responde quando o facto é posterior á transmissão, salvo se é imputavel a elle.

A obrigação do alheador é garantir a posse pacifica da cousa ao tempo da transmissão. Se factos posteriores pozeram em duvida o di-

reito do adquirente, não deve ser obrigado o alheador a responder por aquillo a que não deu causa.

A doutrina do artigo 2160.º está tambem comprehendida nas regras estabelecidas em os n.os 1.º a 3.º d'este artigo. Nas partilhas judiciaes ou extra-judiciaes cessa igualmente a obrigação de indemnisar os prejuizos da evicção, salva convenção em contrario, se a evicção proveio de causa posterior á partilha, ou de facto do evicto, quer posterior quer anterior á partilha.

É preciso que a causa seja anterior á partilha, porque depois de feita a partilha corre por conta do herdeiro o risco de uma cousa, que só a elle pertence.

Se o predio, que lhe coube, lhe foi depois expropriado pelo estado, nada tem que reclamar dos co-herdeiros. Tambem estes não respondem pela evicção, quando ella proveiu de culpa do coherdeiro, como se elle, demandado por um terceiro, não oppoz a excepção de prescripção, que aliás lhe aproveitava.

4.º, etc. Se o adquirente não chamou o alheador á demanda, e se deixou condemnar, não póde obriga-lo á indemnisação pela evicção, porque o alheador poderia ter rasões para destruir o pedido do evictor, ou mesmo querer desonerar-se desde logo da sua responsabilidade, para evitar as despezas do pleito, reconhecendo o direito do evictor.

Por isso o foreiro, que for perturbado no seu direito por terceiro, que lhe dispute o dominio directo e a validade do emprazamento, deverá chamar o senhorio directo á autoria, se quizer ter regresso contra elle nas perdas e damnos que porventura possa padecer no caso de evicção, artigo 1674.º

Se o comprador, com espera do preço, é ou receia vir a ser perturbado no seu direito de propriedade ou de posse, de modo que se veja ou possa ver-se na necessidade de demandar o vendedor pela evicção, póde depositar judicialmente o preço, emquanto o vendedor não fizer cessar a turbação, ou lhe não der caução, salvo se outra cousa tiver sido estipulada, artigo 1584.º

O permutador, a quem for evicta a cousa, que recebeu em troca, póde reivindicar a que prestou, achando-se ainda em poder do compermutador, ou exigir o valor d'ella. E se a cousa dada em troca tiver sido onerada pelo compermutador com encargos registados, continuarão estes a subsistir; mas o permutador que a reivindicar terá tambem direito a ser indemnisado pelo dito compermutador da diminuição do valor, que a cousa teve por effeito dos mesmos encargos, artigo 1593.º

Ao codigo do processo pertence regular o estado da causa, em que deve fazer-se o chamamento á autoria, que em todo o caso deve ser a tempo de o alheador poder allegar todas as excepções que tiver, produzir todas as rasões a bem da sua justiça, e dar prova a ellas.

Nos termos da nossa actual lei de processo o adquirente só na qualidade de réu, e não na de auctor, é que póde chamar o alheador á autoria.

Por exemplo. Pedro compra a Paulo um pinhal, se um terceiro demanda Pedro para abrir mão do pinhal com o fundamento de que Paulo não era o verdadeiro dono, Pedro póde chamar Paulo á autoria.

Se pelo contrario o terceiro, que se julga com direito ao pinhal, em logar de tentar a acção contra Pedro, vae cortar os pinheiros, como seus, e colloca Pedro na posição de o demandar por perdas e damnos, não póde Pedro chamar á autoria o vendedor.

Se Pedro decair, poderá intentar acção de indemnisação contra Paulo, mas chama-lo á autoria na demanda primitiva não lh'o permitte a ordenação livro III, titulo XLV. Oxalá que no codigo do processo se conceda igual direito ao adquirente para, ou na qualidade de réu ou de auctor, chamar sempre o alheador á demanda.



Sobre o chamamento á autoria têem-se levantado grandes duvidas, sobretudo por via da combinação do artigo 322.º da novissima reforma judicial com a ordenação, livro III, titulo XLIV, § 1.º, e titulo XLV, § 1.º

Pela reforma parece que só póde ser chamado á autoria o alheador immediatamente anterior, porque dispõe que, se o chamado á autoria não comparece, ou comparecendo se recusa a defender a causa, toma-se-lhe por termo essa declaração, e o juiz assigna ao réu praso para contrariar, quando a ordenação admittia o chamamento gradual e successivo, isto é, que no mesmo processo o primeiro chamado á autoria chamasse o segundo immediato, e este o terceiro, e assim por diante, se muitos houvesse.

A verdade é que, nos termos do codigo, o adquirente, que da cousa foi privado, tem o direito a demandar o alheador de quem a houve, e que se este não tiver por onde pague, nem quizer chamar o alheador immediatamente anterior a defende-lo, fica sem indemnisação o evicto.

Tanto pelo codigo, como pela reforma, o evicto não póde demandar simultanea nem successivamente todos os alheadores, mas só e simplesmente o alheador immediatamente anterior, restringindo-se a este o litigio, se elle não quizer chamar á demanda o seu ante-possuidor.

Mas tambem é verdade por outro lado que cada alheador demandado póde chamar ao pleito o seu antecessor immediato.

Pela citada ordenação era permittido chamar successivamente a autoria todas as pessoas para esse fim indicadas, e por isso a causa só progredia com o ultimo aceitante; esse é que podia contestar, os outros só podiam ser admittidos como assistentes, na qualidade de interessados na causa, conforme a ordenação, livro III, titulo XX, § 32.º, e novissima reforma judicial artigo 342.º; mas era necessario que viessem requerer n'esta qualidade, e se discutisse o seu interesse na causa, se fossem alfim admittidos.

O codigo não revogou a lei do processo, e por isso, nos termos do artigo 322.º § 1.º da reforma judicial, com o chamado á autoria é que a causa prosegue.

O adquirente nada tem com o pleito, salvo querendo figurar, como assistente.

O codigo figura a hypothese, artigo 1053.º, de o adquirente seguir a causa contra a vontade do alheador, mas é no caso de o alheador a não querer seguir.

Em todo o caso, se o alheador, chamado á autoria, não vier tomar a defeza da causa, seguindo o adquirente a demanda em todas as instancias, e usando de todos os recursos legaes, se a final decair, póde pedir a indemnisação ao alheador, independentemente de novo processo, e de nova sentença, e só á vista da sentença que o condemnou.

Art. 1052.º O alheador responde, todavia, pela evicção, ainda que não tenha sido chamado á autoria:

1.º Se, parecendo indubitavel o direito do evictor, o adquirente abandonou a cousa com conhecimento e acquiescencia do alheador;

2.º Se o adquirente succedeu nos direitos que um terceiro tinha á evicção;

3.º Se o adquirente, para conservar a cousa, pagou aos credores o credito hypothecario registado, que não tinha tomado sobre si.

1.º, etc. Se o adquirente abandonou a cousa, por lhe parecer evidente o direito do evictor, e o alheador soube e acquiesceu ao abandono, tomou sobre si a responsabilidade da cousa, como se acha disposto no artigo 1053.º

2.º, etc. Por exemplo, se o adquirente ficou herdeiro de terceiro, que tinha direito á evicção, cujos direitos n'esse caso representa, póde desde logo exigir do alheador a respectiva indemnisação.

3.º, etc. N'este caso ficou subrogado nos direitos dos credores hypothecarios, não carecendo de chamar á autoria o alheador para pagar estes creditos, vistoque elles acompanham o predio nas mãos de qualquer possuidor, e nem o alheador os podia impugnar senão por motivo de falsidade, que póde aliás allegar a todo o tempo.

Art. 1053.º Se o alheador, chamado á autoria, ou tendo tido de qualquer modo conhecimento da pretensão do evictor, se offerecer, reconhecendo o direito d'este, a satisfazer, até onde chegar a sua responsabilidade, não responderá pelos gastos, a que possa dar causa a insistencia do adquirente.

(Vid. nota ao artigo 1047.º)

Art. 1054.º O alheador, que, ao tempo da transferencia da cousa, não fosse realmente dono d'ella, não póde intentar a acção de evicção contra o adquirente, ainda que adquira depois essa qualidade.

Se o alheador não era o verdadeiro dono da cousa ao tempo da alheação, e depois veiu a sê-lo, por exemplo, por succeder ao verdadeiro dono, não póde valer-se do direito, que posteriormente adquiriu, sendo este preceito em castigo da sua má fé, porque alheou, como propria, uma cousa que era de outrem.

Pedro vendeu, como sua, a Paulo uma cousa, que era de Martinho, se Pedro posteriormente comprou essa cousa a Martinho, não póde servir-se d'esta acquisição para demandar Paulo por ella.

O projecto primitivo em seguida ao artigo (1111.º) correspondente ao artigo 1054.º do codigo, consignava um capitulo, composto de um unico artigo, sob a epigraphe «*Disposição geral*», que era redigido nos seguintes termos: «As disposições consignadas no presente titulo, ácerca dos direitos e obrigações resultantes dos contratos, são applicaveis a quaesquer outras obrigações, salvo nos casos em que a lei especialmente disponha outra cousa».

Sem embargo de ter sido eliminada esta disposição do numero dos preceitos legaes d'este titulo pela commissão revisora, julgâmo-la em vigor por força do disposto no artigo 2393.º

Art. 1055.º Os contrahentes podem augmentar, ou diminuir, convencionalmente os effeitos da evicção; mas não renunciar á responsabilidade, que possa resultar do seu dolo ou má fé.

(Vid. nota aos artigos 663.º e 1046.º)